

**Concessões e PPPs:**  
**melhores práticas em licitações e contratos**

Mauricio Portugal Ribeiro

Rio de Janeiro, julho de 2010

# Índice

<b>Índice</b>	<b>2</b>
<b>Agradecimentos</b>	<b>6</b>
<b>Nota do Autor</b>	<b>7</b>
<b>Apresentação (por Floriano de Azevedo Marques Neto)</b>	<b>12</b>
<b>PREFÁCIO (por Alexandre Aragão)</b>	<b>14</b>
<b>I. Introdução</b>	<b>23</b>
I.1. Objetivo	24
I.2. Objeto	24
I.3. Terminologia	25
<b>II. Melhores práticas na modelagem de licitações de concessões e PPPs: à busca dos participantes adequados e da maximização da competição</b>	<b>29</b>
II.1. Iniciando a Modelagem de uma Licitação	30
II.2. Uma palavra sobre a relação entre conluio, barreiras de entrada e corrupção em grandes licitações no Brasil	31
II.3. A modelagem da qualificação técnica nas licitações de concessões e PPP	33
II.3.1. Setores Tecnicamente Maduros	33
II.3.2. Setores Imaturos Tecnicamente ou de Maturidade Média	34
II.4. A modelagem da qualificação econômico-financeira	36
II.4.1. Modelagem da Qualificação Econômico-Financeira em Setores Maduros	37
II.4.2. Modelagem da Qualificação Econômico-Financeira em Setores com Diversos Entrantes Potenciais, Setores Imaturos, e a Idéia de "Sinais de Capacidade Financeira"	38
II.4.3. A cumulação de exigência de patrimônio líquido, capital social mínimo, e garantia de proposta	39
II.5. A cronologia da recepção de documentos e a competitividade da licitação: separação da recepção dos documentos da pré-qualificação dos documentos da proposta, separação da recepção das garantias de proposta do restante da documentação, e tempo entre a abertura de proposta e o leilão	40
II.6. Outras questões que afetam a eficiência do procedimento licitatório sem afetar a sua competitividade	42
II.6.1. Garantia de proposta, sua forma e momento de abertura	42
II.7. A discussão em torno da exigência de plano de negócios a título de metodologia de execução, proposta técnica ou proposta econômica e a idéia de inexequibilidade da proposta em concessões e PPPs	46
II.8. A divulgação do projeto e o nível de detalhamento dos estudos	50
II.8.1. A publicação dos estudos, consultas e audiências públicas	50
II.8.2. Os estudos para a realização de concessões e PPPs e sua publicação	51
II.8.2.1. O nível de detalhamento dos estudos – a noção de "elementos do projeto básico"	51
II.8.2.2. A tradução técnica da noção de "elementos do projeto básico", nível de detalhamento e vinculação dos estudos e prazos para realização de proposta	53
II.8.2.3. As estimativas de custo e a competitividade da licitação	56
II.8.2.4. Quais entre os estudos realizados pelo Poder Público devem ser publicados?	57
II.8.3. O Road Show	58
II.9. A modelagem do leilão	59
II.9.1. Os quatro tipos básicos de leilão e o Teorema da Equivalência de Receitas	60
II.9.2. Qual é a forma de leilão mais eficiente para o Poder Público?	62
II.9.3. O preço de reserva	62
II.10. As Alterações na Lei n. 8.666/93, decorrentes da Medida Provisória n. 495/10: razão e fundamento	63
II.10.1. As alterações na Lei 8.666/93 realizadas pela MP 495/10 se aplicam às licitações de privatizações de empresas prestadoras de serviço público?	64
II.10.2. As alterações na Lei 8.666/93 realizadas pela MP 495/10 se aplicam às licitações de PPPs e concessões comuns?	64
II.10.2.1. Os critérios de desempate criados pela MP 495/10	64

II.10.2.2.	As margens de preferência criadas pela MP 495/10	65
II.10.2.2.1.	Margem de preferência no caso das concessões comuns e PPPs	66
II.10.2.2.2.	Margem de preferência no caso das concessões comuns e PPPs para a prestação de serviços públicos	67
II.10.3.	Conclusão sobre aplicação dos critérios de desempate e preferências criadas pela MP 495/10	67
<b>III.</b>	<b>As melhores práticas para modelagem de contratos de concessões e PPPs: alinhando os incentivos para a prestação adequada e eficiente dos serviços</b>	<b>69</b>
III.1.	O que significa melhores práticas para efeito da modelagem de contratos?	70
III.2.	Estrutura econômica dos contratos de concessão comum, administrativa e patrocinada para a prestação de serviços públicos	70
III.3.	Indicadores de desempenho e a distinção entre obrigações de desempenho e de investimento	72
III.4.	Sistema de pagamentos e sua conexão com os indicadores de desempenho, exceção de descumprimento de contrato e desconto de reequilíbrio	75
III.5.	Distribuição de Riscos e Equilíbrio Econômico-Financeiro	76
III.5.1.	Matriz de riscos e critérios para distribuição de riscos	77
III.5.1.1.	Crítérios para distribuição de risco	78
III.5.1.2.	Exemplos de matriz de riscos	79
III.5.1.2.1.	Exemplo de Matriz de Riscos	79
III.5.1.2.2.	Cláusula de Alocação de Riscos do Contrato de Concessão da BR116/324	91
III.5.1.1.	O art. 9º, da Lei 8.987/95, a matriz de riscos e a equação financeira do contrato	93
III.5.2.	Função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro	96
III.5.2.1.	Sistema de equilíbrio econômico-financeiro, proteção constitucional e o marco legal	97
III.5.2.2.	Revisão Contratual e procedimento e atividade para a realização do equilíbrio econômico-financeiro	98
III.5.2.3.	O plano de negócios: faz sentido vinculá-lo ao contrato?	99
III.5.2.3.1.	O plano de negócios vinculante : devolvendo para o Poder Público os riscos de projeto e de disponibilidade do serviço	99
III.5.2.3.2.	A análise possível do plano de negócios oferecido pelo parceiro privado	101
III.5.2.3.3.	Plano de negócios, custos unitários e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	102
III.5.2.3.4.	O plano de negócios e a garantia de taxa interna de retorno	103
III.5.2.3.4.1.	O que é a taxa interna de retorno de um projeto: uma explicação conceitual para não financistas	103
III.5.2.3.4.2.	Os usos possíveis da taxa interna de retorno do projeto para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, e suas conseqüências	104
III.5.2.3.5.	Conclusão sobre o uso do plano de negócios vinculante	105
III.5.2.3.6.	Se a metodologia tradicional da vinculação do plano de negócios é inadequada, então qual o parâmetro sugerido para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro?	106
III.5.2.3.7.	A utilização do fluxo de caixa marginal para realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	107
III.5.2.3.8.	Exemplo de cláusula sobre metodologia do fluxo marginal para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	107
III.5.2.4.	O que é importante constar no contrato sobre o equilíbrio econômico-financeiro	109
III.6.	Seguros e Garantia de Cumprimento do Contrato	110
III.6.1.	Garantia de Cumprimento de Contrato	110
III.6.1.1.	Obtenção pelo parceiro privado e funcionamento da garantia de cumprimento de contrato	110
III.6.1.2.	A exigência de "rating" de crédito das empresas provedoras dos seguros e das garantias de cumprimento do contrato	111
III.6.1.3.	A questão do valor da garantia de cumprimento de contrato	113
III.6.1.4.	Prazo e renovação da garantia de cumprimento do contrato	115
III.6.1.5.	Formas de outorga de garantia de cumprimento de contrato	115
III.6.2.	Seguros exigidos em contratos de concessão comum e PPPs-	115
III.7.	A proteção e garantias aos financiadores, e o acompanhamento e fiscalização dos aspectos financeiros da SPE no edital e no contrato de concessão comum e PPP	116
III.7.1.	O financiamento das concessões comuns e PPPs: por que proteger os financiadores nesses contratos beneficia os usuários e o Poder Público?	117
III.7.2.	O financiamento de projetos ( <i>project finance</i> ): as receitas futuras do projeto como garantia do financiamento	118
III.7.3.	O alinhamento dos interesses dos financiadores com os do Poder Público nos projetos financiados como <i>project finance</i> e a contribuição do financiador na fiscalização financeira do projeto pelo Poder Público	120
III.7.4.	<i>Project finance</i> e os artigos 28 e 28-A, da Lei 8.987/95	121
III.7.5.	O que é necessário constar do contrato de concessão ou PPP para viabilização do financiamento do projeto e facilitar a fiscalização dos aspectos financeiros da SPE	122
III.8.	Estruturas para lidar com situações graves de conflito ou de inadimplemento contratual: intervenção, "step in rights", mediação e arbitragem	122
III.8.1.	Intervenção	123
III.8.2.	Assunção de controle pelos financiadores (os "step in rights")	126
III.8.2.1.	Explicando o direito de assunção de controle pelos financiadores a partir da estrutura de financiamento de projeto	126

III.8.2.2.	Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do financiador _____	127
III.8.2.3.	Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do Poder Público _____	128
III.8.2.4.	Possibilidade de inexigibilidade de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal para o exercício do direito de entrada do financiador _____	129
III.8.2.4.1.	Capacidade técnica _____	130
III.8.2.4.2.	Idoneidade financeira _____	131
III.8.2.4.3.	Regularidade fiscal e jurídica _____	131
III.8.2.5.	A transferência para terceiro do controle assumido pelo financiador _____	131
III.8.2.6.	Sucessão nas obrigações do controlador _____	132
III.8.2.7.	Compatibilidade do direito de entrada do financiador com o Direito brasileiro _____	133
III.8.2.7.1.	Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.946 _____	134
III.8.2.8.	Considerações finais sobre o direito de assunção de controle da SPE pelos financiadores _____	136
III.8.2.9.	O que é importante incluir no contrato de concessão comum ou PPP em relação ao direito de assunção do controle pelos financiadores _____	136
III.8.3.	Procedimento para solução de controvérsias: mediação e arbitragem _____	137
III.8.3.1.	A mediação _____	137
III.8.3.2.	A aplicação da arbitragem _____	137
III.8.3.2.1.	O que é importante constar do contrato de concessão comum e PPPs em relação à arbitragem _____	140
<b>III.9.</b>	<b>A extinção do contrato de concessão comum e PPPs _____</b>	<b>141</b>
III.9.1.	As principais preocupações nos casos de extinção dos contratos de concessão comum e PPPs _____	141
III.9.1.	A rescisão do contrato e a exigência de operação do serviço pelo parceiro privado até sentença transitada em julgado _____	142
III.9.2.	As indenizações aos financiadores e investidores e o artigo 36, da Lei 8.987/95 _____	143
III.9.3.	A discussão sobre o momento da indenização ao parceiro privado _____	143
III.9.4.	Os bens reversíveis _____	145
III.9.4.1.	O regime legal dos bens reversíveis _____	145
III.9.4.2.	O problema da caracterização de quais são os bens reversíveis e dos efeitos da reversibilidade _____	146
III.9.5.	O que o contrato de concessão comum e PPPs deve estabelecer sobre a extinção do contrato, indenizações, e a reversão de bens _____	149
<b>IV.</b>	<b>À guisa de conclusão e informações para contato _____</b>	<b>152</b>

A Gabriela, que tem sido a melhor parte de minha vida, e que teve a idéia d'eu publicar as reflexões aqui expostas como livro.

A Maria e Dedeinha, em tudo mães; a Rosane, irmã e amiga; e, a Rodolpho Gurgel, que se fez irmão.

Aos verdadeiros agentes públicos, técnicos ou políticos, que pautam suas ações pela busca da competência, da seriedade, e da coragem de inovar no atendimento ao interesse público.

## Agradecimentos

O presente livro é produto da experiência que tivemos nos últimos 15 anos no desenvolvimento e estruturação de editais e contratos de concessões comuns e PPPs, e mais recentemente na gestão da parceria entre o IFC – International Finance Corporation, o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento para a estruturação de projetos de concessões comuns e PPPs nos setores de infraestrutura econômica e social, na qual estamos dia a dia buscando elaborar e consolidar melhores práticas para participação privada no provimento de serviços públicos.

Diversas pessoas contribuíram para a formação das idéias e impressões aqui expostas. A todas elas o nosso agradecimento. Mas mesmo com risco de esquecer alguém, é preciso citar alguns nomes.

Andrea Azeredo, Cecília de Lima Pessanha, Maria Angélica Braga, Fernanda D’Emidio Martins, Richard Cabello, Robert Taylor, Andrew Gunther, Laurence Carter, Henrique Pinto, Ari Skromne, Alexandre Porciúncula foram nossos companheiros em equipes de projeto, que assessoraram Governos a estruturar concessões comuns e PPPs. Nesse âmbito, em especial, é preciso destacar Paulo de Meira Lins, que além de parceiro no dia a dia da consultoria sobre projetos, é co-professor do curso de Direito de Infraestrutura na graduação da Direito-Rio, da FGV – Fundação Getúlio Vargas, no qual tivemos oportunidade de começar a sistematizar, com um formato mais didático as idéias que originaram esse livro. Tomas Anker, que foi companheiro de primeira hora na implantação da parceria IFC/BNDES/BID, e, nessa condição, deu diversas contribuições para as experiências descritas nesse livro. E, Henrique Souza (Carvalho), que foi braço direito até o último minuto no desenvolvimento do projeto da concessão rodoviária do sistema da BA093, onde vários dos temas tratados nesse livro foram discutidos a exaustão.

Rogério Princhak, Graça Matos, Jorge Solla, Carlos Martins, Mara Clécia, Rafael Oliveira, Clementino Coelho, Pablo Santos, Isaac Averbuch, Priscila Romano, Paulo Moreno, Juliana Lima, Maira Queiroz, Edite Hupsel, Camila Aguiar, Maria Amélia Amaral, Anibal Coelho foram nossos clientes em alguns dos projetos recentes que estruturamos, e, nessa condição, contribuíram para aperfeiçoamento de várias idéias expandidas nesse livro.

Tatiana Cymbalista, Floriano de Azevedo Marques Neto, José Roberto Batista, Juan Piazza, Mauricio Zamboin, Marcela Costa, Gilson Calleman, Carlos Ari Sundfeld, Caio Mario da Silva Pereira Neto, Luis Felipe Valerin, Caio Loureiro, Paulo Leonardo Casagrande, Matheus Piva, Mariana Chiesa e Marina Zago foram consultores de projetos nos quais as recomendações aqui realizadas foram discutidas e parcialmente seguidas e, por isso, participaram diretamente da experiência que nos levou a escrever esse livro.

## Nota do Autor

O Brasil foi o país em desenvolvimento que fez, nos últimos 20 anos, o maior e mais abrangente processo de desestatização<sup>1</sup>, com exceção das economias em transição.

Além disso, com a grande demanda existente neste momento por investimentos nos setores de infraestrutura no Brasil, e com as condições particularmente favoráveis ao investimento privado – malgrado haver atualmente ainda uma série de circunstâncias de natureza política que têm refreado o uso de participação privada massiva – é possível que, nos próximos anos, assistamos a um crescimento da participação privada em setores em que tradicionalmente o Poder Público era o principal investidor e operador.

Tudo isso só potencializa as conseqüências de, apesar da nossa já vasta experiência na realização de concessões comuns, PPPs, permissões, autorizações etc., estarmos ainda em um momento inicial da consolidação de melhores práticas em estruturação desses arranjos contratuais.

Especificamente em relação aos editais de licitação e contratos de concessão comum e PPP, a formulação, discussão e consolidação de melhores práticas ocorre na interface entre dois mundos: o mundo no qual os projetos de infraestrutura são desenvolvidos, licitados, implantados e fiscalizados, e o mundo do Direito Administrativo, que, entre nós, padece de problemas e dificuldades muito particulares, ínsitos à relação entre o mundo profissional e o ensino e pesquisa do Direito no Brasil.

Essa nota introdutória tratará da relação entre esse livro, e o mundo do Direito Administrativo, já que outros trabalhos de nossa autoria, disponíveis na internet<sup>2</sup>, cuidam da relação entre as melhores práticas na estruturação de editais e contratos e as execução de projetos nos setores de infraestrutura.

---

<sup>1</sup> *Note-se que, por conta do disposto no artigo 4º, inc. VI, da Lei 9.491/97, que estabelece o PND – Programa Nacional de Desestatizações, as concessões comuns, assim como as PPPs, são consideradas, da perspectiva jurídica, “desestatizações”. Contudo, é forçoso reconhecer que, muitas vezes, a realização de concessões comuns, patrocinadas ou administrativas tem o efeito de aumentar o controle do Estado sobre o ativo e sobre a prestação do serviço objeto do contrato, e, paradoxalmente, neste sentido, as PPPs e concessões comuns podem representar uma “reestatização” do serviço, isto é um aumento de controle da qualidade do serviço e dos ativos pelo Poder Público. Por exemplo, no setor de saúde, geralmente os serviços não clínicos necessários ao funcionamento de um hospital ou de um posto de saúde, como vigilância, lavanderia, esterilização etc., geralmente são contratados por meio da Lei 8.666/93. Ora, a realização de uma PPP para a prestação, por um só parceiro privado, e por meio de um único contrato, de todas essas atividades, aumenta o controle público sobre a qualidade do serviço, e reduz o tempo perdido pelos agentes públicos no gerenciamento de diversas licitações e contratos, que, realizados sob a Lei 8.666/93, precisam ser refeitos no máximo a cada 5 anos. Além disso, a escala criada pela junção de todos os contratos cria a possibilidade de envolvimento de prestadores de serviço de maior porte, com maior musculatura técnica e financeira. O resultado disso é que o uso de concessões comuns e PPPs nesses casos aumenta o controle do Poder Público sobre a qualidade do serviço. Neste contexto, não faz sentido dizer-se que houve, na prática, uma desestatização. Um outro exemplo: o caso dos estádios de futebol públicos que estavam sendo operados pelos clubes, e que foram retomados pelo Poder Público para desenvolver, sob a forma de concessão administrativa, novo modelo para viabilização de investimentos e operação privada dos estádios. Por conta do disposto no artigo 4º, inc. VI, da Lei 9.491/97, trata-se, no sentido jurídico, de uma desestatização. Mas, na prática, é uma “reestatização” de um ativo público, que, por meio da concessão, passa a ser operado sob controle mais rigoroso do Poder Público. Somos gratos a Marcelo Gouvêa Teixeira e Helcio Tokeshi por nos chamar atenção para isso. Complementando essa observação, cremos ser interessante notar que é uma tendência no Direito Continental Europeu que a classificação de atividades como “serviços públicos” se faça não mais para ter o Estado como seu principal prestador, mas, apenas para que os serviços sejam prestados pela iniciativa privada sob a forma de concessão, e, por essa razão, sob maior controle do Poder Público. Portanto, a própria definição de atividades como serviços públicos tem sido empregada, não para estatizá-las no sentido de garantir sua prestação direta pelo Estado, mas apenas para estatizá-las no sentido de garantir um maior controle estatal sob a sua prestação, por meio do envolvimento da iniciativa privada sob contratos de concessão de serviço público.*

<sup>2</sup> Cf.: .... *uma agenda para infraestrutura...*

\* \* \*

Conversando uma vez com Rosane Menezes Lohbauer e Frederico Turolla, após uma exposição que realizei sobre melhores práticas para a estruturação de editais e contratos de concessões e PPPs, em um curso organizado por eles, Rosane dizia que, apesar de concordar com várias das nossas recomendações, ela tinha dificuldades de convencer seus clientes no setor público sobre a utilização de algumas das inovações que sugeríamos, apesar dela e deles reconhecerem que tais inovações eram benéficas para o Setor Público.

A resistência à utilização dessas inovações vinha dos departamentos jurídicos e procuradorias, que não encontravam nos livros de Direito Administrativo argumentos para fundamentar o uso de tais inovações. Após discutirmos o assunto, chegamos à conclusão que, raramente, pessoas que possuem experiência prática de estruturação de projetos de infraestrutura no Brasil sob a perspectiva da Administração Pública se dedicam a escrever sobre o assunto, de maneira que a disseminação das melhores práticas sobre esse tema termina sendo lenta e fragmentada.<sup>3</sup>

Além disso, como é entre nós comum que a carreira jurídico-acadêmica seja atividade marginal, uma parte relevante da teoria jurídica sobre os contratos administrativos, especialmente sobre temas como equilíbrio econômico-financeiro, provém indiretamente de pareceres de advogados, contratados para defender interesses de empresas prestadoras de serviço ao Poder Público. É corriqueiro que esses pareceres, com algumas melhorias, sejam publicados como artigos, e, com o tempo e alguma elaboração, essas idéias venham frequentemente a integrar livros de curso de Direito Administrativo, onde artificialmente unidas pela neutralidade científico-acadêmica, são ensinadas como se não fossem fruto indireto de trabalho de consultoria à iniciativa privada.<sup>4-5</sup>

Também é comum que os livros de curso de Direito Administrativo tratem os temas em torno dos contratos administrativos sem preocupação muitas vezes de explicar a lógica econômica subjacente aos contratos. Apenas para dar um exemplo, a diferença entre os contratos de concessão e permissão de serviços públicos é muitas vezes ensinada sem que seja mencionado que a permanência do vínculo que geralmente se encontra nas concessões (e mais raramente nas permissões) se deve à necessidade de tempo para depreciar, amortizar e remunerar o investimento privado, e, por isso, a necessidade, no caso das concessões, de proteções outras indispensáveis para atrair investidores sérios, como, por exemplo, indenizações em caso de ruptura prematura do vínculo contratual. Um segundo exemplo: o equilíbrio econômico-financeiro é ensinado como um princípio ético-jurídico, que compensa e protege o contratado da Administração Pública, dos seus poderes exorbitantes. Mas muito pouco é dito sobre como se traduz, do ponto de vista financeiro, esse princípio, de maneira que os alunos da graduação em direito saem da faculdade treinados para enunciar um princípio que, na prática, eles não sabem exatamente o que significa. E isso se prolonga também para a ambiência profissional, onde um número muito limitado de pessoas termina tendo experiências que as fazem superar essas circunstâncias.

Adicionalmente, como é natural acontecer não só no Brasil, o ensino universitário a respeito das licitações e dos contratos de concessão comum e PPP é geralmente feito em torno dos temas tratados no marco legal. Como lamentavelmente o marco legal sobre esses assuntos nem sempre tem qualidade adequada, havendo omissões sobre

---

<sup>3</sup> Houve já quem sugerisse que vale aqui aquela conhecida anotação geralmente atribuída a Jeremy Bentham, de que, nesta matéria, "...os que sabem, fazem; e, os que não sabem, ensinam...".

<sup>4</sup> Parece-nos perfeitamente legítima a elaboração de teoria jurídica interessada, desde que essa circunstância seja explicitada, o que muitas vezes não acontece, especialmente após as alterações que transformam pareceres ou opiniões legais em artigos.

<sup>5</sup> Cf.: (Michelon and Mendes 2009).



vários aspectos relevantes e super-regulação de outros de pouca relevância, o ensino sobre as licitações e contratos de concessão comum e PPP termina por sofrer distorção também por essa circunstância.

Note-se que há um acervo imenso de experiências, interpretações, aplicações do direito etc. realizados pelos diversos atores implicados nos processos de desestatização – que, por haverem raros esforços para a sua sistematização, foge à percepção daqueles que resolvem conhecer e ensinar as desestatizações apenas pela leitura seca das leis e regulamentos que tratam desse assunto.

Nesse contexto, um livro sobre as melhores práticas para a estruturação de licitações e contratos de concessões comuns, PPPs e demais desestatizações tem por objetivo expor sobre a racionalidade econômica, jurídica e prática por trás da estruturação de cada parte desses editais e contratos.

A intenção é disseminar o conhecimento sobre o tema, de maneira a melhorar a qualidade desses documentos entre nós, aumentando a competitividade nas licitações de concessão comum e PPP, de modo a beneficiar a Administração Pública e o usuário dos serviços, gerando incentivos adequados para o aumento da eficiência econômica na execução dos contratos.<sup>6</sup>

Para isso, esse livro se baseia na experiência que acumulamos nos últimos 15 anos no trabalho diário com desestatizações, das mais diversas perspectivas, como agente público, consultor da Administração Pública, assessor jurídico e, anos depois, assessor financeiro da iniciativa privada, e responsável pelo financiamento de empresas privadas no setor de infraestrutura. Essa experiência foi acumulada, com profundidade variada, nos mais diversos setores econômicos nos quais o Brasil realizou desestatizações: telecomunicações, energia elétrica, siderurgia, petroquímico, mineração, rodoviário, portuário, ferroviário, e, mais recentemente, nas ainda pioneiras experiências em setores como o de irrigação, e o de saúde, de maneira que as anotações aqui realizadas são indissociáveis dos limites e peculiaridades do contexto institucional, jurídico, regulatório, político e econômico brasileiro, em torno das desestatizações.

Ressalte-se, desde logo, que esse livro foca-se especificamente em explicitar os raciocínios e preocupações que, na nossa opinião, devem orientar a redação dos editais e contratos de concessão comum e PPP. Não há aqui esforço de percorrer, levantar, comparar, e, elaborar em torno das estruturas de edital e contrato utilizadas em cada um dos diversos projetos havidos nos setores de infraestrutura para, por indução, chegar ao que seriam as melhores práticas para cada tema. Isso seria um trabalho hercúleo, que não cremos ser viável fazer. Como o leitor verá, ao longo do texto, usamos alguns poucos projetos nos quais estivemos envolvidos profissionalmente, como exemplo ou como motor de arranque, para levantar as questões e esboçar as reflexões que nos parecem mais relevantes no processo decisório sobre como estruturar tais editais e contratos.

Por fim, é importante assinalar, que esse trabalho é um desdobramento mais prático de várias idéias que já havíamos exposto no nosso livro de Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos, publicado originalmente em 2007, e com reimpressão em 2010, pela Malheiros Editores, em co-autoria com Lucas Navarro Prado, idéias essas cuja aplicação não se limita apenas às parcerias público-privadas tratadas na Lei Federal 11.079/04, mas também a outras formas de desestatização, como, por exemplo, as concessões comuns e as privatizações de empresas concessionárias de serviços públicos.

---

<sup>6</sup> *Importante notar que a maior eficiência econômica na prestação do serviço gera a possibilidade de, em contexto de regulação adequada, distribuição dos ganhos de eficiência do parceiro privado, com os usuários dos serviços e a Administração Pública.*

Rio de Janeiro, julho de 2010

Mauricio Portugal Ribeiro



## Apresentação

(por Floriano de Azevedo Marques Neto)

Diz a boa regra que a apresentação de um livro deve se limitar a expor o conteúdo da obra e procurar despertar o interesse do leitor. Diferente de um Prefácio, ela não deve conter digressões do apresentador sobre o tema da obra, nem comportar suas opiniões pessoais sobre o assunto tratado, sobre o escritor ou as posições por ele adotadas. Esta é a boa regra que, como toda regra, merece ser episodicamente desatendida. Ou, diria melhor, admite uma interpretação permissiva.

Baseado nisso, irei um bocadinho além na tarefa de apresentar este interessante livro, escrito pelo Maurício Portugal Ribeiro. Permito-me traçar algumas notas, breves, sobre a obra e seu autor.

Trata-se de um livro raro. Primeiro, dada a escassez de bons trabalhos, no Brasil, sobre o regime jurídico das PPP. Dentre os poucos que há, destaca-se outra obra escrita pelo Maurício Portugal Ribeiro, o já clássico Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada - Fundamentos Econômico-Jurídicos escrito em parceria com o Lucas Navarro do Prado, outro craque. Definitivamente é ainda pobre a literatura brasileira sobre PPP. E dentre as que existem, muitas são panfletos para criticar o instituto. Chega a ser curioso – isso me foi apontado por um professor espanhol, recentemente, em visita ao Brasil, após uma tarde passeando pelas estantes de uma livraria jurídica – que por aqui haja autores que se movam a escrever monografias sobre uma lei ou sobre um instituto jurídico apenas para demonstrar (ou tentar demonstrar) que o seu objeto de estudo (i) não é novidade alguma; (ii) é uma aberrante inconstitucionalidade e, por conseguinte, (iii) não serve para nada. Dizia meu amigo espanhol: se o autor achava tudo isso, porque investiu tanto tempo a escrever um compêndio e, pior, para que publicar tal esforço? Coisas de nossa doutrina.

Pois bem, dizia eu que a obra que apresento é rara. Mas não o é só pela ausência de boas obras sobre PPP. Também assim é pela sua peculiar característica. Entre nós tem sido muito difícil encontrar obras jurídicas com viés prático (o que o presente livro efetivamente é), mas que não sejam manuais simplistas e óbvios (o que ele definitivamente ele não é). O mercado editorial de livros jurídicos por aqui é composto ou por manuais de curso (muitos voltados ao exercício de memorização em que se transformaram os concursos para carreiras jurídicas), ou por monografias sobre temas específicos, as quais padecem em regra de excessiva abstração teórica e pouca utilidade para o operador do Direito. Nestas obras sobram digressões sobre os modelos de Estado liberal, social e intervencionista e falta análise de jurisprudência; abundam páginas sobre princípios e rareiam linhas sobre teoria da argumentação. Daí a (grata) satisfação com o resultado do esforço empreendido pelo Maurício.

Este é um livro diferente. Consegue conciliar reflexão teórica séria, com rigor metodológico, e ensinamentos de enorme utilidade prática. Tens em mão, caro leitor, um roteiro aprofundado, mas prático, de como estruturar e operar uma PPP. Vai um pouco mais além ao indicar, para o administrador público, riscos e alternativas para melhor modelar um contrato de PPP. Aqui talvez residam os principais pontos-fortes do livro: a clareza com que identifica os problemas; a criatividade e consistência com que apresenta soluções e alternativas; a coragem de tocar em pontos polêmicos.

A fluidez do texto, outra nota importante, é a mesma quando aborda pontos específicos como a cumulação de exigências de garantia de proposta e capital mínimo, ou quando enfrenta temas áridos como a distribuição de riscos e equilíbrio econômico e financeiro. A explicação, didática e ilustrada, de como se deve fazer para uma alocação adequada de obrigações de cada patê ou como se monta uma matriz de risco é o exemplo dessa capacidade de tornar simples questões complexas.

Estou convicto que este livro só poderia ter sido escrito pelo Maurício Portugal. Sua trajetória explica algumas das características da obra. Maurício possui uma base teórica consistente. Fez mestrado em teoria geral do direito na PUC-SP e, depois, teve seu LLM em Harvard. Trabalhei com ele na advocacia por três anos e sou testemunha do rigor com que ele enfrenta as questões jurídicas e de sua capacidade de analisar uma questão sob todos os aspectos. Algo que é facilitado por sua capacidade de trabalho inesgotável. Jornadas de doze, quinze horas seguidas são para ele comuns. Desenvolve-as de forma absolutamente tranqüila. Quando Maurício voltou ao Brasil, sugeri seu nome para assumir, no Ministério do Planejamento, a assessoria jurídica do então incipiente programa de PPP federal. Com a lei nº 11.079/04 ainda fresca, o responsável pelo programa, Demian Fiocca, outro velho amigo, precisava de alguém que dominasse igualmente os instrumentos de direito público e privado, e que tivesse experiência prática na estruturação jurídica de projetos de infraestrutura e uma relevante disposição para o novo. Conhecimento, o Maurício tinha de sobra.

Experiência, havia amalhado nos anos em que trabalhamos juntos na advocacia. E novidade e trabalho nunca o intimidaram. Desnecessário dizer que a trajetória dele na administração pública federal foi plena de sucesso. Do Planejamento Maurício só saiu por opção própria, quando entendeu cumprida sua missão. Daí em diante nunca mais saiu da lida com as PPP e os projetos de infraestrutura. Passou, porém, a trabalhar do lado financista. Primeiro, em bancos privados. Mais recentemente no IFC, braço do Banco Mundial. Sua incursão pelo o setor financeiro é visível na familiaridade com que, no texto, lida com os aspectos financeiros, em especial nos capítulos III.7. e III.5.. Notável, contudo, também é que ele não perdeu a embocadura jurídica. Desconfio que Maurício tenha se tornado um jurista-financeiro (ou um financista-jurista). Por sorte está na companhia de brasileiros ilustres como Santiago Dantas e Rui Barbosa. São estes apetrechos intelectuais que fazem a diferença no livro que apresento.

Há no livro, a par de todas as vantagens já destacadas, um mérito adicional. Trata-se da feliz capacidade de demonstrar a importância do instrumento contrato para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura no país. Temos por aqui uma baixíssima deferência ao instrumento contratual. Fruto do nosso positivismo e da concepção de que a Administração Pública só pode estar submetida à lei, nos legou uma vulnerabilidade institucional grave: os contratos da Administração são-lhe, nesta concepção, pouco ou nada vinculantes. Daí sermos pouco atentos com a formulação dos termos contratuais (se não se vai cumpri-los, para que dar muita atenção à sua elaboração?) e menos ainda ciosos com as garantias, de parte a parte, de sua boa execução. Afinal, as tais cláusulas exorbitantes serviriam a tudo corrigir (o que sabemos não corresponde à verdade). Estes raciocínios se revelaram fonte de um certo atraso institucional, que vimos, ao longo dos últimos quinze anos, tentando recuperar. O livro ora apresentado contém um esforço grande em contribuir para superarmos este atraso. Questões como a adequada modelagem de um projeto (que vai se refletir nos termos contratuais em que ele se consubstanciará), ou da importância de clara alocação de riscos e de mecanismos para garantia de cumprimento de obrigações de cada parte e para reduzir a mutabilidade dos ajustes são destacados e enfrentados com brilho.

Disse que não concordo com todas as posições expostas no livro. Nem seria de se esperar o contrário (afinal sou mero apresentador, não co-autor). Dentre elas, destaco a posição defendida sobre a publicidade dos estudos elaborados pelo poder público, sobre qualificação técnica em licitações e sobre documentos de pré-qualificação. As divergências, porém, não retiram em nada os méritos do trabalho. Em alguns casos, após a leitura, pus-me a refletir sobre minhas convicções. Ainda não as abandonei, mas confesso eu num ou noutro caso a argumentação fez-me balançar. Ai reside outra riqueza do livro: certo ou errado, Maurício é bem convincente.

Confesso que tentei identificar algum tema, assunto ou polêmica relevante que tivessem ficado fora do livro. É sempre um bom mote para uma crítica, dizer que o esforço do autor é válido, mas que teria faltado este ou aquele assunto. Minha tentativa foi em vão, Acho que não falta nada, embora como disse ora e vez eu não concorde com alguma opinião do autor. Claro que para o futuro poderá surgir um ponto que não tenha sido abordado. Mas isso só ocorrerá porque algum assunto não é relevante hoje, no estado da arte das PPP, mas com o seu dever, poderá vir a ser uma questão. Afinal essa é a riqueza do Direito, sempre inesgotável nas suas aplicações. Mas então superveniência de um novo tema não será mais que um bom motivo para nova edição do livro. O que será bem vindo, haja vista que a presente, creio, logo estará esgotada. Não por conta do autor da apresentação, mas pelos méritos intrínsecos da obra e de sue autor. Bom proveito.

Setembro de 2010

Florian de Azevedo Marques Neto

Advogado, Doutor e Livre-Docente em Direito Público pela Universidade de São Paulo e Professor Associado do Departamento de Direito Público e Constitucional da Faculdade de Direito da USP

## PREFÁCIO

(por Alexandre Aragão)

É um prazer muito grande prefaciá-la obra de Maurício Portugal Ribeiro em razão inclusive da sua oportunidade do momento atual do Direito Administrativo Econômico e da regulação e gestão da infra-estrutura, especialmente de serviços públicos, em nosso País.

Ao contrário do que muitas vezes se pode dar a entender, a gestão das infra-estruturas no Brasil começou a ser feita preponderantemente pela iniciativa privada, mediante o instituto da concessão que adotava o sistema de custo, pelo qual o concessionário privado fazia jus a receber em tarifa ou diretamente do poder público as quantias necessárias para cobrir os seus custos acrescida de determinada margem de lucro.

Foi com a vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil que se começou a pensar sobre os serviços públicos de infra-estrutura urbana. A nobreza portuguesa, não suportando o odor e a insalubridade na Cidade do Rio de Janeiro, pressionou o Rei para que tomasse providências. O Rei, sem recursos para financiar as infra-estruturas, apelou para os traficantes de escravos, que possuíam recursos, mas nenhum status, o que o Rei tinha de sobra para conceder-lhes (títulos de nobreza, recepções nos palácios, etc.).<sup>7</sup> Vê-se que a primeira parceria do poder público brasileiro com a iniciativa privada na prestação de serviços públicos, além de não ter sido nada edificante, se deu na base do improviso e da troca informal de favores.

No Império, foram feitas as primeiras concessões, ainda baseadas na idéia de concessão para utilização do domínio público, sobretudo de ferrovias.<sup>8</sup> O primeiro marco legal sobre concessões foi a Lei Geral nº. 641, de 1852, que autorizava o Governo Federal a conceder a construção e exploração de uma ferrovia entre as províncias do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, estabelecendo as seguintes cláusulas básicas: prazo de noventa anos para o "privilégio" de não haver outras linhas em trinta e um quilômetros de cada lado; cessão gratuita dos terrenos públicos necessários à construção da linha de ferro; poder de desapropriação sobre terras particulares; isenção do imposto de

---

<sup>7</sup> "A massa nobre chegou resmungando; para eles era decadência demais deixar a civilizada Lisboa pelos apertos e improvisações daquela Vila. Os estrangeiros de outros países faziam coro, reclamando dos escravos, da imundície das ruas, do calor sufocante, dos insetos, dos mulatos, da chuva, da poeira, da grosseria dos modos nativos, da falta da carne de carneiro. Os coloniais ouviam a cantinela de orelhas murchas. A crua exposição de sua rudeza doía: para civilizar minimamente o local, viver outra vez com dignidade, era preciso redesenhar a Cidade. Os recém-chegados tinham planos para tudo: novos prédios, teatros, palácios, sedes de órgãos administrativos. E para chegar a um novo patamar de decência, realçavam ainda a necessidade de obras de infra-estrutura; abastecimento de água, calçamento de ruas, melhor iluminação, mais transportes. (...) A saída seria tirar mais dinheiro da colônia, mas o problema é que ele (o Rei) não sabia como. O dinheiro da Alfândega era um manancial que ele mesmo secara; os ingleses tinham exigido taxas baixas para os seus produtos, e Dom João VI cedera, assinando um Tratado em 1910, pelo qual os produtos ingleses, os únicos disponíveis, pagavam apenas 15% de imposto. Estava encurralado: era um rei pobre e pressionado para gastar, instalado em uma Cidade em que só quem tinha dinheiro de verdade eram poucos traficantes, de nenhuma tradição social" (CALDEIRA, Jorge. Mauá: o empresário do Império, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1995, pp. 77-78).

<sup>8</sup> Demonstrando o estreito liame histórico entre o domínio público e idéia moderna dos serviços públicos como atividades reservadas à titularidade do Estado, Ruy Barbosa assinalou que, "como a força, os esgotos, a água, o gás iluminante se hão de conduzir forçosamente, por meio de canalizações, que ocupem o subsolo das ruas, como as transvias ocupam a superfície, e os fios do telégrafo ou do telefone o espaço aéreo, e essa faculdade se não pode entregar à exploração individual, nenhum desses cometimentos cabe na esfera do comércio e da indústria protegidos e assegurados aos indivíduos pela garantia constitucional da nossa declaração de direitos" (BARBOSA, Ruy. Privilégios Executivos, Rio de Janeiro, 1911, p. 4).

importação sobre os equipamentos e insumos necessários à prestação do serviço; direito de cobrar tarifa em valor não superior ao valor cobrado anteriormente nos demais meios de transporte, fixada em comum acordo com o Governo; garantia de rentabilidade mínima (garantia de juros) de 5% ao ano, devendo a concessionária, por outro lado, repassar ao Poder Concedente o que excedesse os dividendos de 8% ao ano e reduzir as tarifas; e direito de resgate e reversão da concessão ao Estado, observadas as condições contratuais.<sup>9</sup>

Já nos estertores do Império, deu-se início à eletrificação urbana. "Foi na atividade industrial que mais se verificou a produção de energia elétrica (por particulares) para uso exclusivo nas próprias instalações (o que se convencionou chamar de autoprodução). Os excedentes de energia elétrica produzida eram entregues às prefeituras que, por sua vez, faziam a distribuição às comunidades locais. 'Em 1883, surge a hidroeletricidade no Brasil: mesmo não dispondo de um instrumento formal de concessão, um minerador constrói uma usina hidrelétrica no Ribeirão do Inferno, afluente do Rio Jequitinhonha, em Diamantina, Minas Gerais, para movimentar duas bombas de desmonte hidrelétrico que, com jatos d'água, revolviavam o terreno e propiciavam a descoberta de diamantes. No mesmo ano, os primeiros bondes elétricos começaram a circular em Niterói e em Campos. Também nessa Cidade, Campos, no Estado do Rio de Janeiro, era inaugurado o sistema de iluminação pública que, com trinta e nove lâmpadas, iluminava, pela primeira vez uma Cidade na América do Sul'.<sup>10</sup> Nas grandes capitais, os concessionários de energia elétrica passaram a ser, via de regra, empresas estrangeiras.

Foi o malogro dessa experiência na gestão privada de serviços públicos, aliado a outros fatores econômicos e políticos, que fez com que o Estado passasse a exercer diretamente – pela Administração Direta ou Indireta – grande parte das suas competências em serviços públicos e na implantação das infra-estruturas nacionais.

Com o advento do Estado Novo a matéria, acompanhando o aumento da intervenção estatal nas atividades econômicas em geral,<sup>11</sup> receberam grande atenção de juristas como BILAC PINTO,<sup>12</sup> ANHAIA MELO<sup>13</sup> e

---

<sup>9</sup> JOHNSON, Bruce Baner et alli. *Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas*, Ed. Edgard Blüncher, São Paulo. 1996, pp. 53/4.

<sup>10</sup> GIRARDI, Cláudio. *Regulação da Energia Elétrica: uma visão prática*, in *Regulação Pública no Brasil* (coord. Rogério Emílio de Andrade), Edicamp, Campinas, 2003, p. 175.

<sup>11</sup> "Comissões e autarquias envolvem todas as áreas significativas da economia, para a defesa da agricultura e da indústria extrativa. O Departamento Nacional do Café (1933), extinto em 1946, renasceria com o nome de Instituto Brasileiro do Café – IBC, em 1952, submetendo os produtores a uma quota de sacrifício, depois ao chamado confisco cambial, em benefício da própria lavoura e da economia global. O açúcar, para o favorecimento da homogeneidade dos preços no mercado interno, submete-se à Comissão de Defesa da Produção do Açúcar (1931), transformada, em 1933, no Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA. O pinho, o mate, o sal e a borracha cedem a controles oficiais, com novos mecanismos burocráticos. A regulamentação do câmbio está presente, por intermédio do Banco do Brasil (1931) e mais tarde com a supervisão do Ministério da Fazenda, por meio de agência própria. A legislação, modificada e modernizada, segue o mesmo curso, com o estatuto das sociedades anônimas, burocratizando, não raro, todas as atividades particulares" (FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*, 3ª. edição, Ed. Globo, São Paulo, 2001, p. 804).

<sup>12</sup> "Em setores dos mais importantes dos serviços de utilidade pública, como o da eletricidade, do gás e do telefone, as empresas que dominam os maiores mercados do país são mantidas pelo capital estrangeiro, provavelmente pelo sistema de pirâmidação. Algumas das nossas estradas de ferro estão também em situação semelhante. Tais empresas se oporão, fatalmente, à regulamentação e lançarão mão de todos os meios ao seu alcance para frustrá-la. (...) O Estado que não tiver o controle real dos serviços de utilidade pública será sempre impotente em face dos managements das holding companies, pois que o seu poder estará permanentemente dividido com estas formidáveis potências econômicas." (PINTO, Bilac. *A Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública* [atual. Alexandre Santos de Aragão], 2ª. edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, pp. 54-55 e 87).

<sup>13</sup> "Nós também não podemos consentir que dentro dos limites do Brasil, a propriedade degenerem em instrumento de opressão, e é no campo dos serviços de utilidade pública que há perigo dessa degenerescência e desse aviltamento. É fundamental para a nossa vida de povo livre e soberano, bem orientar a opinião nacional, para a urgente defesa dos interesses da coletividade, num setor tão importante da economia brasileira. Esses perigos, que não são fantasiosos, mas reais, advêm da própria natureza desses serviços e das corporações que os prestam, das revolucionárias transformações de ambos no último decênio e também do nosso atraso em matéria de legislação e regulamentação, o que, aliás, não é muito de estranhar" (MELO, Luiz de Anhaia. *O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*, Pub. da Prefeitura do Município de São Paulo, São Paulo, 1940, p. 164).

ALFREDO VALADÃO,<sup>14</sup> com grande influência da doutrina norte-americana das public utilities,<sup>15</sup> e o Governo, inspirado pelo nacionalismo que desconfiava das multinacionais delegatárias dos serviços públicos e pelos conflitos com elas sobre os critérios de reajuste dos valores das tarifas pela chamada "cláusula-ouro", iniciou o grande processo de estatização da prestação dos serviços públicos no Brasil. <sup>16</sup>

O Decreto Oswaldo Aranha (Decreto nº. 23.501/33) declarou a nulidade de todas as cláusulas contratuais que admitissem a variação do ouro como índice de reajuste das tarifas, devendo a remuneração, a partir de então, ser feita com base no custo histórico dos bens da concessionária (valor de aquisição, havendo divergências se reajustado monetariamente ou não), com a taxa de 10% de juros ao ano, que poderia ser ultrapassada em até 3% acima da taxa oferecida pelos títulos da União se ocorressem mudanças significativas na economia (Decreto-lei nº. 3.128/41).<sup>17</sup> "Houve, na prática, uma acomodação entre o Governo federal e as concessionárias que permitiu a estas manter uma rentabilidade satisfatória. (...) Na prática, a solução dos problemas jurídicos (tarifas, expansão, etc.) se dava mais por negociação política do que por aplicação objetiva de normas estabelecidas. Ainda assim, a simples ameaça de aplicação das normas devia ser instrumento eficaz de pressão".<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> "O controle do poder público sobre as empresas hidroelétricas, eu o estabeleci nos termos os mais amplos, no projeto remodelado; isto é, nos termos da *regulamentação dos serviços de utilidade pública pela Comissão Administrativa*, como se pratica nos Estados Unidos. Assim o estabeleci, traduzindo esse direito de controle da própria organização e andamento da empresa – *'the right to control the very organization and conduct of the enterprise'*, de que fala John Bauer. Esse direito, em nossos dias, ninguém pode desconhecer ao Estado; é o de fixar os *standards* de serviço, as tarifas a cobrar, os lucros que podem ser realizados, a estrutura financeira, os métodos de contabilidade das empresas consideradas de utilidade pública" (Anteprojeto do Código das Águas [16 de junho de 1933] - Alfredo Valadão, Relator; Inácio Veríssimo de Melo; Castro Nunes).

<sup>15</sup> "O Código de Águas (Decreto nº 24643/1934), cuja base doutrinária foi detalhadamente comentada por Alfredo Valadão em sua *Exposição de Motivos*, procurou aproveitar o melhor e mais atual da cultura reguladora americana da época, incorporando princípios de democratização de acesso e de intervencionismo estatal típicos do new deal de Roosevelt. A sociedade brasileira passava então por mudanças profundas e a definição de domínio público sobre os bens e serviços que se afiguravam essenciais ao fortalecimento da nova economia urbana se alinhava com os princípios liberais das recentes revoluções de 1930 e 1932. No Código de Águas, pela primeira vez se estabeleciam normas de conduta sobre o conteúdo dos serviços e sua função social, assim como se estabeleciam limites à apropriação de lucros por parte dos concessionários" (SILVA, Ricardo Toledo. Público e Privado na Oferta de Infra-Estrutura Urbana no Brasil, *in* Anuário GEDIM 2002 – Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 55).

<sup>16</sup> Alberto Torres, influente político e jurista da época (ex-deputado, Ministro da Justiça e do STF) dizia que "os países novos carecem de constituir artificialmente a nacionalidade. O nacionalismo, se não é uma aspiração, nem um programa, para os povos formados, se, de fato, exprime, em alguns, uma exacerbação mórbida do patriotismo, é de necessidade elementar para um jovem, que, jamais chegará à idade da vida dinâmica, sem fazer-se 'nação', isto é, sem formar a base estática, o arcabouço anatômico, o corpo estrutural, da sociedade política" (TORRES, Alberto. O Problema Nacional Brasileiro, Ed. Nacional, São Paulo, 1938, p. 95). Comentando estas idéias, Raymundo Faoro afirma "não se tratar, agora, do nacionalismo antiluso, jacobino, dos dias de Floriano Peixoto. A perspectiva, mais larga e com base mais ampla, não se limita à defesa raivosa dos nativos contra o estrangeiro, mas sobre inspirações próprias, reconstruir, reorganizar, reformar o país, por meio do Estado" (FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder, 3ª. edição, Ed. Globo, São Paulo, 2001, p. 751). Pela primeira vez houve também um acentuado pensamento de igualitarismo social perante o Estado, que deveria, inclusive pela prestação de serviços públicos, assegurar condições mínimas de vida aos menos favorecidos. Vejamos as palavras do próprio Getúlio Vargas: "Se o nosso protecionismo favorece os industriais, em proveito da fortuna privada, corre-nos, também, o dever de acudir o proletariado, com medidas que lhe assegurem relativo conforto e estabilidade e o amparem nas doenças como na velhice" (apud FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder, 3ª. edição, Ed. Globo, São Paulo, 2001, p. 773).

<sup>17</sup> "A Light chegou a entrar com uma ação argüindo a inconstitucionalidade do Código de Águas (que posteriormente reiterou a norma do Decreto Oswaldo Aranha), que foi declarada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal – STF" (BARROS, Cecília Vidigal Monteiro de. Reestruturação do Setor Elétrico e Concorrência, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, mimeo., p. 106).

<sup>18</sup> JOHNSON, Bruce Baner et alli. Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas, Ed. Edgard Blüncher, São Paulo. 1996, pp. 63 e 69, grifamos.



Vejam os que dizia GETULIO VARGAS em relação aos serviços públicos: "Não sou exclusivista, nem cometeria o erro de aconselhar o repúdio do capital estrangeiro a empregar-se no desenvolvimento da indústria brasileira, sob a forma de empréstimos, no arrendamento de serviços, concessões provisórias ou em outras múltiplas aplicações equivalentes. Mas quando se trata de indústria do ferro, com a qual havemos de forjar toda a aparelhagem dos nossos transportes e da nossa defesa; do aproveitamento das quedas d'água, transformadas em energia, que nos ilumina e alimenta as indústrias de paz e de guerra; das redes ferroviárias de comunicação interna, por onde se escoam a produção e por onde se movimentam, em casos extremos, os nossos exércitos, quando se trata – repito – da exploração de serviços de tal natureza, de maneira tão íntima ligados ao amplo e complexo problema de defesa nacional, não podemos aliená-los, concedendo-os a estranhos, cumprindo-nos, providentemente, manter sobre eles o direito de propriedade e domínio. (...) É aconselhável a nacionalização de certas indústrias e a socialização progressiva de outras, resultados possíveis de serem obtidos, mediante rigoroso controle dos serviços de utilidade pública e lenta penetração na gerência das empresas privadas, cujo desenvolvimento esteja na dependência de favores oficiais".<sup>19</sup>

Com o regime militar implantado no País em 1964 por vinte anos, o modelo estatizante foi mantido e ampliado, tanto na área dos serviços públicos, como em atividades econômicas em geral, muitas vezes através da participação societária do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE.

Com o esgotamento desse modelo na década de 80/90 do século passado voltou-se maciçamente a confiar à iniciativa privada a gestão de serviços públicos.

Com efeito, a partir da Década de Oitenta, dentro da onda mundial de desestatizações, privatizações e liberalizações,<sup>20</sup> fortalecida pelo elevado déficit público e pela idéia de o setor público ser menos eficiente, o Estado brasileiro vendeu à iniciativa privada grande parte das suas empresas que exploravam atividades econômicas stricto sensu e delegou ainda muitos dos serviços públicos que eram prestados por sua Administração Direta ou Indireta.<sup>21</sup>

No Brasil, o esgotamento do modelo de intervenção direta na economia e de prestação de serviços públicos pelo próprio Estado, após ter propiciado um desenvolvimento satisfatório para o País nas décadas de Trinta à de Setenta, foi agravado por dois fatores: a compressão dos preços e tarifas cobradas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, utilizadas para fins de políticas macroeconômicas, sobretudo para a contenção do processo inflacionário; e a utilização dessas empresas para efetuar operações de financiamento quando a capacidade de endividamento da própria União já estava se esgotando.

O modelo privado de gestão de serviços públicos já vem, todavia, sofrendo certo desgaste na opinião pública de alguns países, sobretudo na América Latina. A aproximação entre as desestatizações européias e as latino-americanas deve ser feita com cautela. Em primeiro lugar, porque não temos o pano de fundo de uma integração econômica e política, que pressupõe o livre trânsito de pessoas e capitais em todos os setores econômicos, inclusive no dos serviços

---

<sup>19</sup> Apud FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder, 3ª. edição, Ed. Globo, São Paulo, 2001, pp. 802-803.

<sup>20</sup> No Brasil, a retração da participação direta do Estado da economia foi implementada a nível nacional pelo Plano Nacional de Desestatização – PND, instituído pela Lei nº. 8.031, de 12 de abril de 1990, substituída pela Lei nº. 9.491, de 09 de setembro de 1997, que, por sua vez, foi alterada pela Lei nº. 9.635, de 15 de maio de 1998, e pela Lei nº. 9.700, de 12 de novembro de 1998.

<sup>21</sup> COPELLO, María Mercedes Maldonado. Privatización de los Servicios Públicos Domiciliarios y Transformación del Derecho Estatal en Colombia, *in* Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de Mercosul, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp. 323-324.

públicos.<sup>22</sup> Ademais, entre nós "o processo de reforma do Estado foi muito pouco pensado e debatido, em função das próprias carências do Estado".<sup>23</sup>

Alguns dos problemas ocorridos nas desestatizações latino-americanas decorrem do fato de que por vezes visaram mais à redução do déficit público do que garantir uma tarifa módica ou um serviço público de qualidade, preponderando como critério de escolha do licitante o de maior valor da outorga. A priorização na arrecadação de recursos fez com que, sobretudo nos Estados-membros, fossem outorgados direitos de exclusividade aos concessionários privados sem que houvesse razões técnicas suficientes para tanto, mas simplesmente porque contratos com exclusividade geram um maior valor de outorga para o Ente licitante.<sup>24</sup>

Outro ponto crucial que hoje já se pode analisar das desestatizações de serviços públicos é o dos critérios de reajuste e revisão das tarifas, havendo um certo paroxismo em como são justamente os "preços administrados" que mais têm elevado os índices de inflação, subindo mais do que os preços livres do mercado,<sup>25</sup> seja em razão de cláusulas contratuais que não se preocuparam com esses efeitos laterais perversos, seja em razão de uma interpretação excessivamente passiva dessas cláusulas.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Não houve entre os países do Mercosul um processo formal de aproximação do regime jurídico dos seus serviços públicos, ao contrário do que se deu na União Européia. "Sendo o Mercosul um direito da integração pré-comunitário, carece das possibilidades que confere o direito propriamente comunitário, estando limitado a avançar lentamente, com a força relativa do sistema de consensos, na matéria dos serviços públicos. As perspectivas podem, todavia, ser boas já que, como adverte Jorge Salomoni, 'os países-membros do Mercosul têm uma base normativa e um sistema hermenêutico sobre os serviços públicos bastante semelhantes'. (...) O Mercosul tropeça atualmente com duas dificuldades: as assimetrias nas economias dos Estados-partes e a tibieza política evidenciada por um desenvolvimento excessivamente lento dos objetivos propostos para alcançar os fins perseguidos. A primeira delas é uma dificuldade objetiva, ainda que não insuperável. A segundo é uma carência subjetiva, cuja superação requer estadistas da estatura de um Schuman, de um Adenauer, de um De Gasperi" (SÁNCHEZ, Alberto M. El Impacto de la Integración Regional en los Servicios Públicos, *in* Servicio Público, Policía y Fomento [Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral], Ed. RAP, Buenos Aires, 2003, pp. 510-511).

<sup>23</sup> MORAS, Juan Martín González. Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el Principio de la Subsidiariedad, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 191-192. O autor lembra que "na Europa o processo de desestatização foi muito mais gradual, tendo permitido inclusive a possibilidade de reserva de certos setores-chave pelos governos nacionais" (ob. cit., p. 192).

<sup>24</sup> Quanto ao fenômeno na Argentina, ver CAIELLA, Pascual. Regulación de los Servicios Públicos e Concurrencia, *in* Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C, vol. 12, 2003, p. 114. No Brasil ver a crítica de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 5ª. ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2005.

<sup>25</sup> "Esse fenômeno pode ser explicado por várias razões. Em primeiro lugar, pela ênfase do governo brasileiro na questão fiscal no Programa de Desestatização, isto é, privilegiou-se uma forma de leilão na qual o vencedor era escolhido pelo maior preço oferecido pelo ativo. Dessa forma, as empresas de serviço público foram vendidas a preços bastante elevados, o que requereu grande esforço de captação de recursos para financiamento das aquisições e conseqüente endividamento por parte dos investidores, reduzindo-se, conseqüentemente, a capacidade privada para novos investimentos e propiciando um patamar inicial de tarifas elevado. Essa situação foi ainda agravada pela desvalorização cambial de janeiro de 1999, a qual teve por efeito a elevação do nível de endividamento das empresas, e pressionou ainda mais as tarifas dos serviços públicos, já que os custos em muitos casos eram indexados à moeda americana. No setor elétrico, por exemplo, grande parte da energia comprada pelas distribuidoras vem da usina Itaipu Binacional e é cotada em moeda estrangeira. Além disso, turbinas são em muitos casos importadas e financiamentos de longo prazo são oferecidos por instituições financeiras, privadas ou não, estrangeiras, como, por exemplo, o Banco Mundial" (LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. Conseguirão as PPPs atrair os investimentos pretendidos?, mimeo., 2005). Defendendo que, se o índice de reajuste previsto for significativamente superior à inflação e aos custos setoriais, haverá um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato favorável ao concessionário, ABREU, Odilon Rebés. A Escalada das tarifas Públicas e a Possibilidade Jurídica de Revisão das Cláusulas de Reajuste Automático, *in* Marco Regulatório, vol. 4, 2001, pp. 69-75.

<sup>26</sup> A origem desses problemas pode estar nas "afirmações de que o Brasil não teria experiência em regulação, o que ensejou a contratação de consultorias estrangeiras para montar o chamado 'marco regulatório'. As 'modelagens' produzidas por consultorias estrangeiras têm contemplado, como regra, apenas os aspectos formais e comerciais de gestão de contratos de concessão e pouco têm a ver com um conceito mais amplo de regulação pública" (SILVA, Ricardo Toledo. Público e Privado na Oferta de Infra-Estrutura Urbana no Brasil, *in* Anuário GEDIM 2002 – Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 89). Para um balanço, um tanto quanto negativo, dos resultados das desestatizações realizadas na América Latina, com o qual não concordamos em termos tão gerais, ver o artigo do Professor Titular do Instituto de Economia da UNICAMP, Luciano Coutinho (COUTINHO, Luciano.

É nesse quadrante de verdadeira definição de rumos que a importância do livro de Maurício Portugal Ribeiro se sobressai. É o momento de tentarmos escapar da perversa lógica pendular da atuação direta do Estado na economia.<sup>27</sup>

A questão da exploração de serviços públicos pelo Estado ou pela iniciativa privada não deve ser vista com maniqueísmos, como se de times de futebol se tratasse. Cada infra-estrutura e serviço público, em cada local e momento deve ter os seus aspectos econômicos e técnicos analisados para aferir qual o modo de gestão mais eficiente para ele, não apenas optando-se pela modalidade estatal ou privada de prestação, como, dentro de cada uma delas, analisando-se as múltiplas opções presentes (pela Administração Direta ou pela Administração Indireta, por concessão tradicional ou por PPP etc.).

Nem a gestão pública é necessariamente favorável à população (veja-se exemplificativamente o número de desvios de conduta presentes em muitas estatais prestadoras de serviços públicos, as regras burocráticas a que estão submetidas), nem a prestação privada de serviços públicos é necessariamente eficiente, como testemunha, por exemplo, o transporte municipal de passageiros, setor no geral sujeito a uma fraquíssima e muitas vezes capturada regulação pela Administração Direta e no qual, mesmo decorridos mais de vinte anos da Constituição Federal de 1988, mal se conseguiu ainda submetê-lo à licitação, em um verdadeiro estado de anomia constitucional.<sup>28</sup>

Estamos em um momento crucial para que os erros do passado – e alguns do presente – na regulação de serviços públicos prestados por empresas privadas não se repitam, levando a eventualmente se justificar mais uma vez a descriteriosa reestatização do seu exercício no médio e longo prazo.

O livro que prefaciamos é, nesse sentido, um guia fundamental para que os erros na regulação da delegação de serviços públicos e infra-estruturas públicas a particulares sejam evitados ou contornados. Algumas das conclusões a que chega vão além de meras pautas de sugestão para uma melhor regulação, consistindo mesmo em imposição dos princípios da eficiência, economicidade e moralidade administrativa. Podemos asseverar que ilegítima seria a licitação de desestatização que não atentasse para várias das conclusões a que chega Maurício Portugal Ribeiro.

É que os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas econômica ou sociológica,<sup>29</sup> sendo elementos essenciais para determinar como, a partir destes dados empíricos, devam ser

---

Regulação e Desenvolvimento, *in* *Jornal "Valor Econômico"*, de 13, 14 e 15 de fevereiro de 2004, p. A15). O autor, após excepcionar as telecomunicações em razão do avanço tecnológico ocorrido, explica o que para ele foi um malogro em razão das "contradições derivadas do fato de que a missão social intrínseca às infra-estruturas que oferecem serviços de utilidade pública, é, por várias razões, pouco compatível com os objetivos de maximização de lucros do investidor privado" (ob. e p. cit.).

<sup>27</sup> Nos referimos ao seminal artigo de Caio Tácito, no qual defende que a maior ou a menor exercício direto pelo Estado de atividades econômicas, especialmente de serviços públicos, se dá de forma cíclica, com fases de concessões e desestatizações, sucessivamente seguidas por fases de reestatizações e criação de novas empresas estatais, e vice-versa, continuamente (TÁCITO, Caio. "O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro" *In*: Revista de Direito Administrativo, n.º 202. São Paulo: Renovar, out/dez, 1995. p. 5.).

<sup>28</sup> Isso sem considerarmos pensamentos de economistas como Joseph Stiglitz: "O efeito da influência de Stiglitz é tornar a Economia mais presumivelmente intervencionista do que Samuelson propunha. Samuelson considerava as falhas de mercado como "exceções" à regra geral dos mercados eficientes. Mas os teoremas de Greenwald-Stiglitz postulam ser as falhas de mercado a "norma", e estabelecem que "os governos quase sempre podem potencialmente melhorar a eficiência da alocação de recursos em relação ao livre mercado." E o teorema de Sappington-Stiglitz "estabelece que um governo 'ideal' poderia atingir um maior nível de eficiência administrando diretamente uma empresa estatal do que privatizando-a" (SAPPINGTON, David E. M. e STIGLITZ, Joseph E. *Privatization, Information and Incentives*. Columbia University; National Bureau of Economic Research (NBER) June 1988; NBER Working Paper No. W2196).

<sup>29</sup> "O momento indica que a luta pela demarcação de campos disciplinares está cada vez mais perdendo o seu ímpeto. NOBERT ELIAS já falava, na década de 70, que a preocupação em separar a História da Sociologia devís ser revista. O mesmo, cremos, vale para a Teoria do Direito, a sociologia e a antropologia. Concluindo, a Teoria do Direito como sistema lógico não poderá suprir-se por si mesma e será cada vez mais exposta às rupturas na sua pretensão de ausência de lacunas e contradições. Uma possibilidade compreensiva,

interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação.

A este propósito, são essenciais as lições de LUCIO IANNOTTA, para quem, "no que diz respeito à fundamental relação com o princípio da legalidade, a Administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas – tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípios do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de tipo informal e substancial ou até mesmo econômico-empresarial, expressos em termos de quantidade e qualidade dos bens e dos serviços assegurados, de tempestividade das prestações, de quantidade dos recursos empregados, de prejuízos causados a terceiros, de relação custos-benefícios, etc. A Administração de resultado parece, portanto, carregar consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de Administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade, etc. Este dilema é constituído por dois termos: redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados, ou atenção à lei em todos os seus componentes e relevância dos resultados apenas no limite da observância da lei. No primeiro caso, teríamos a instrumentalização (ou mesmo sacrifício) da lei em relação ao resultado, e no segundo, do resultado em relação à lei."<sup>30</sup>

O Direito Administrativo brasileiro ficou em grande parte preso na matéria de delegação de serviços públicos a antigos paradigmas que pouco ou nada têm a ver com os contratos de desestatização celebrados a partir da década de noventa. Emblemático disso é o tratamento que a grande maioria dos manuais dispensa ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, um dos pontos em que Maurício Portugal Ribeiro traz maior contribuição à nossa doutrina.

Basta lembrarmos a vetusta distinção entre reajuste e revisão de tarifa: a primeira, mera correção monetária; e a segunda, instrumento excepcional de adequação do valor da tarifa diante de fatos extraordinários e imprevisíveis. Mas hoje, pelas revisões quinquenais amplamente adotadas nos contratos de concessão há uma análise periódica de toda a planilha de custos, incluindo ganhos ou perdas de eficiência, da concessionária, análise que deverá readequar a tarifa para manutenção da equação econômico-financeira inicial, inclusive em relação a fatos previsíveis como variação de demanda e aumento do custo dos insumos, e compartilhamento com os usuários de eventuais ganhos de eficiência, sobretudo através da aplicação do chamado "fator X".<sup>31</sup>

---

*que unifique e reconheça a falta de base Teórica desta Teoria do Direito e a abra para o convívio com outras ciência de maneira não 'colonizadora', ou seja, com prevalência de uma sobre a outra, poderia restabelecer suas características de narrativa lógica" (VERONESE, Alexandre. Os Conceitos de Sistema Jurídico e de Direito "em rede": análise sociológica e da teoria do Direito, in Plúrima – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, vol. 24, p. 147)*

<sup>30</sup> IANNOTTA, Lucio. *Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato*, in *Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti* (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 37/8. Mais adiante, o autor italiano vai ainda além, afirmando, diante da eficácia expansiva dos direitos fundamentais, que, "à luz do princípio (F. SATTA), hoje cada vez mais aplicado, pelo qual a Administração, salvo expressa vedação da lei, pode sempre adotar os instrumentos mais idôneos para realizar os fins impostos ou indicados pelas leis, a Administração – sempre que não sejam possíveis até mesmo a interpretação de adequação ou a desaplicação, em razão da clareza do dispositivo limitador de direitos fundamentais e pela correspondência integral dos fatos a ele – poderá e, portanto, deverá, diante de direitos fundamentais injustamente atingidos, buscar outras vias que não produzam tal efeito" (autor e ob. cit., p. 46).

<sup>31</sup> "A fórmula utilizada para reajustes (Retail Price Index minus X – algo como índice de preços ao consumidor menos X) passou a ser utilizada para indicar a figura. O modelo também é conhecido como price-cap (...). O órgão competente fixa uma tarifa inicial, cujo montante presume-se adequado a cobrir todos os custos. (...) Prevê-se desde logo e para data futura, um reajuste vinculado a determinado índice, mas sujeito a uma redução determinada (normalmente uma percentagem). (...) O valor real da tarifa sofrerá uma redução, em virtude da aplicação do deflator. (...) Os ganhos de eficiência da concessionária serão apropriados pelo concessionário até a data do reajuste e na medida em que ultrapassem o deflator. Suponha-se que o concessionário reduza seus custos em valores reais de 10% ao final do primeiro ano e mantenha seus custos nesse patamar por cinco anos. Ao final do quinquênio, aplica-se o reajuste, com um deflator de 8%. Isso significa que o concessionário incorporou ao seu patrimônio o lucro de 10% por quatro anos e, depois, teve um ganho de 2%" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, pp. 359-360).

Medidas como essas também contornam as dificuldades da distinção entre as áleas ordinária e extraordinária<sup>32</sup> levarem a “uma definição extremamente vaga do risco efetivamente suportado pelo concessionário, em cotejo com uma definição muito larga dos riscos suportados pelo concedente. Sem definições mais precisas, o conflito tende a não ser resolvido ou a sê-lo em desfavor do erário e do usuário, que acabarão de uma forma ou outra conservando a missão de manter sob o seu custeio o serviço público em funcionamento. Avançar, portanto, a partir do marco colocado pela teoria das áleas ordinária e extraordinária, é imprescindível”.<sup>33</sup>

Em sua obra Maurício Portugal Ribeiro sustenta e dá exemplos detalhados da necessidade de os editais de licitação estabelecerem pormenorizadamente a matriz de riscos do contrato a ser celebrado, não deixando espaço para que a solução dos problemas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sejam transferidos para o momento da execução do contrato. Para o autor, “a forma eficiente de reduzir o risco da Administração é a estruturação de matrizes de riscos adequadas”, desde o edital.

Concordamos com o autor de que essa sua sugestão em nada colide com a previsão constitucional de proteção das “condições efetivas da proposta” (art. 37, XXI, CF), uma vez que, estando a matriz de riscos já preestabelecida no edital, ela já integrará a proposta a ser mantida ao longo do contrato. Além disso, “os arts. 9º, § 2º, e 23, IV, Lei nº 8.987/95, conferem espaço de modelagem das delegações de serviços públicos suficiente para que a Administração adote, no instrumento convocatório, diferentes modalidades de revisão tarifária e de compartilhamento de riscos.”<sup>34</sup>

Além disso, para Maurício “o melhor remédio contra pleitos oportunistas de reequilíbrio econômico-financeiro seja nos casos de obra, seja nos casos de contrato de desestatização é a transferência para o parceiro privado da responsabilidade por analisar e corrigir falhas e erros nos projetos e estudos disponibilizados pelo Poder Público”.

Essas duas diretrizes fazem com que os licitantes disputem na licitação pela oferta de melhor proposta ao poder público com aquela determinada e certa matriz de riscos, ao invés de posteriormente tentar, dentro de sua legítima ótica de maximização de lucros, simplesmente transferir ao Estado e aos usuários o ônus por riscos não claramente divididos, em um momento em que não estará mais pressionado pela concorrência com outros agentes privados.

Nesse aspecto, espelhando a sua multifacetada experiência atuando no Estado, na iniciativa privada e em organizações financeiras, a obra é um exemplo de independência acadêmica e de união entre o Direito e a Economia na

---

<sup>32</sup> Essa divisão de riscos, se, em tese, parece clara, diante de exemplos concretos torna-se bastante nebulosa, com inúmeros casos em uma grande zona cinzenta intermediária, e a questão, no final das contas, acaba sendo definida pelo Poder Judiciário. Até que ponto, por exemplo, variações cambiais mais bruscas devem ser consideradas como fatos imprevisíveis? A partir de que variação? O mesmo se diga das previsões de demanda, ponto em relação ao qual há rico debate também na doutrina e jurisprudência argentinas, decorrentes das divergências quanto à natureza comutativa ou aleatória do contrato de concessão (v. SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 378 e seguintes.). “Não existe critério objetivo, abstrato e predeterminado para diferenciar álea ordinária e extraordinária. Aliás, as tentativas de definição tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. Essa fórmula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos. A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinary ou a extraordinariedade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 400).

<sup>33</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviços Públicos, Tese, USP, 2005, p. 127.*

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Direito dos Serviços Públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, XII.14.1.*

busca de modelagens contratuais que, sem descuidar dos interesses econômicos dos agentes privados, não deixem desguarnecidos os usuários e o Estado.

O livro trata, com forte embasamento teórico, de assuntos eminentemente práticos, nada tendo a ver com as análises meramente retóricas que muitas vezes são feitas dos serviços públicos, por exemplo, sugerindo modelagens licitatórias e contratuais que mitiguem as chances de as empresas privadas corromperem os agentes públicos encarregados da promoção das licitações; explicando que nos setores maduros não deve ser dada tanta importância aos aspectos técnicos dos licitantes, privilegiando-se o preço; alertando para as exigências econômicas desnecessárias das empresas e para que muitas vezes os licitantes acostumados a dominar certo nicho do mercado sustentam sem fundamento que as propostas dos entrantes são inexequíveis; para a necessidade de se adotar a inversão das fases da licitação como regra independentemente de existência de regra legal expressa admitindo-a; para que os estudos prévios feitos pela Administração Pública e os planos de negócios dos licitantes sejam empregados na licitação de forma que não transfiram ao setor público todos os riscos do negócio; sustentando que a lógica das sanções, sempre geradora de contenciosos, deve ser trocada pelo escalonamento da remuneração de acordo com índices de qualidade da infraestrutura e dos serviços através dela prestados; entre muitos outros pontos da mesma relevância.

Já trata o autor de novíssimos desafios hermenêuticos, tais como a aplicabilidade da MP nº 495/10 que, ao dar nova redação à Lei nº 8.666/93, estabeleceu a preferência em certa faixa de diferença de preços aos serviços e produtos brasileiros – note-se: sejam eles produzidos por empresas brasileiras ou estrangeiras –, concluindo que, na prestação de serviços públicos, como eles se destinam a usuários aqui localizados, a preferência não se aplica em razão de tais serviços serem por sua própria natureza já gerados no Brasil.

Trata-se, enfim, de um livro único na bibliografia nacional de Direito Administrativo, ao, conjugando os ensinamentos da moderna doutrina jurídica com a análise das consequências econômicas das decisões administrativas e com a experiência empírica em modelagens contratuais, estabelecer um “código de boas práticas” em contratos de delegações de atividades econômicas lato sensu à iniciativa privada.

Alexandre Aragão

## I. Introdução

## I.1. Objetivo

Apesar dos já mais que 15 anos do início dos processos de desestatização no Brasil, não há ainda um livro voltado para aqueles que enfrentam o desafio de estruturar editais de licitação e minutas de contratos de concessão comum e PPP da prestação de serviços públicos. O objetivo desse livro é fornecer ao gestor público, ao membro da procuradoria, advocacia, ou departamento jurídico que lhe assiste um guia das principais preocupações que devem presidir a estruturação de editais de licitação e contratos de concessões comuns e PPPs para a prestação de serviços públicos.

Esse livro pretende ser também útil aos consultores que assessoram a Administração Pública no processo de desenvolvimento de projetos de concessão comum e PPP, e também, àqueles que tendo que participar de licitação de concessão comum e PPP, ou assessorar participante de licitação, procuram entender a lógica econômica, jurídica e prática subjacente à construção de editais e contratos de concessão comum e PPP.

Por fim, esse livro pode também trazer alguma contribuição para aqueles que têm por ofício analisar e julgar a adequação econômica e jurídica dos editais e contratos de concessão comum e PPP, como, por exemplo, os Tribunais de Contas, o Ministério Público, e o Judiciário.

Para atingir esse objetivo, esse livro divide-se em dois capítulos. O primeiro sobre as licitações. O seguinte sobre os contratos.

O primeiro capítulo concentra-se na estruturação de licitações que assegurem ambos a seleção de parceiro privado capaz de prestar os serviços de forma adequada, e a maximização da concorrência entre eles pelo contrato.

Além disso, as recomendações constantes do primeiro capítulo desse livro têm por objetivo também a redução das possibilidades de ocorrência de algumas situações que já se tornaram temas clássicos na literatura sobre organização industrial, regulação econômica, e direito antitruste: barreiras de entrada, conluio, captura e corrupção.

Já o segundo capítulo centra-se em orientar a redação do contrato de concessão comum e PPP para que dele conste tudo que é essencial para o alinhamento dos incentivos para a busca da eficiência na prestação dos serviços. Perceba-se que, apesar da busca da eficiência ser um imperativo da nossa Constituição Federal (art. 37, *caput*), ainda falta à literatura jurídica pátria sobre desestatizações o esforço de transpor tal busca para o plano da técnica de redação dos contratos de concessão comum e PPP. Nesse contexto, a nossa tentativa no presente livro é iniciar esse processo respondendo a uma pergunta extremamente básica do ponto de vista econômico-jurídico: o que deve conter cada uma das cláusulas do contrato de concessão comum e PPP para que alinhe adequadamente os incentivos das partes na direção da produção de ganhos de eficiência?<sup>35</sup> A resposta clara e didática a essa pergunta é o cerne do Capítulo 2.

Perceba-se que, apesar do Capítulo 1 fazer menção e utilizar como referência algumas experiências pioneiras entre nós de modelagem de licitação, ele é bastante propositivo e inovador nas suas sugestões e desdobramentos, mesmo quando considerada a experiência internacional sobre o assunto. Já o Capítulo 2 busca explicar, consolidar e unificar como melhores práticas experiências que estão mais disseminadas no nosso meio. A única parte em que ele é em vários aspectos inovador em relação à literatura pátria é na separação clara entre indicadores de serviço, sistema de pagamentos, matriz de riscos, e nos efeitos dessas separações sobre a definição dos mecanismos para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Nisso, aliás, desdobra e avança o Capítulo 2 no detalhamento de percepções e idéias que já havíamos esboçado no nosso livro de Comentários à Lei de PPP.

Observe-se, por fim, que apesar desse livro se basear em diversos estudos acadêmicos, alguns deles bastante sofisticados, sua linguagem e seu discurso são dirigidos para fornecer explicações, subsídios e orientações para profissionais que trabalham com projetos de concessão comum e PPP. Um acadêmico tradicional se ressentirá certamente de termos simplificado e abreviado algumas discussões, malgrado o nosso esforço de reproduzi-las com precisão.

## I.2. Objeto

O objeto desse livro é a estruturação de editais de licitação e contratos de concessão comum e PPP para a prestação de serviços públicos, especialmente aqueles que envolvam investimento considerável do parceiro privado, e que, portanto, requerem prazos longos para a sua remuneração, como por exemplo, as concessões comuns, patrocinadas ou administrativas, e as privatizações de empresas prestadoras de serviços públicos.

---

<sup>35</sup> Apesar desse capítulo tocar em vários temas atinentes à transferência para os usuários e para a Administração Pública de pelo menos parcela dos ganhos de eficiência gerados pelo parceiro privado, o seu principal objetivo é apenas elencar o que é indispensável, do ponto de vista da técnica de redação contratual, para obter o alinhamento dos incentivos das partes para a produção de ganhos de eficiência.



Desestatização significa aqui a transferência para o setor privado da operação de bens ou prestação de serviços, em contratos de longo prazo. Nesse sentido, concessões e PPPs são desestatizações, e constam ambas entre as modalidades operacionais para a realização de desestatização previstas no artigo 4º, inc. VI, da Lei 9.491/97, que estabelece o PND – Programa Nacional de Desestatizações. Contudo, como já fizemos notar antes neste trabalho<sup>36</sup>, muitas vezes a realização de concessões comuns ou PPPs, na prática, aumenta o controle do Poder Público sobre a prestação dos serviços públicos e sobre os ativos empregados para tanto, e, paradoxalmente, pode-se considerar que, muitas vezes, concessões e PPPs, neste sentido, “reestatizam” a prestação de serviços públicos.

Serviços públicos são aquelas atividades econômicas que, por sua essencialidade para a coletividade, têm a responsabilidade pela sua prestação atribuída pela Constituição ou por Lei à Administração Pública, que pode escolher prestá-los por delegação à iniciativa privada.

A desestatização de serviços públicos é geralmente realizada sob a forma de concessão (comum, administrativa<sup>37</sup> ou patrocinada), permissão ou autorização. Dentre essas formas de delegação à iniciativa privada da prestação dos serviços públicos, as concessões comuns, administrativas e patrocinadas constituem aquelas que formam vínculo mais permanente entre a Administração e delegatário. A razão econômica para a legislação permitir a longevidade do vínculo nos contratos de concessão é que geralmente tais contratos envolvem investimentos relevantes pelo parceiro privado na infraestrutura para a prestação dos serviços, e esses investimentos precisam de prazos longos para sua depreciação, amortização e remuneração, que é feita pela cobrança de tarifas ao usuário e/ou percepção de pagamento da Administração.

O foco desse livro é a estruturação de editais e contratos que geram esses vínculos de maior permanência (concessões comuns, administrativa e patrocinadas), mas várias das suas recomendações se aplicam também aos vínculos mais precários (permissões e autorizações) para prestação de serviço público, até mesmo porque a estrutura legal e institucional montada para a realização e execução das permissões e autorizações de serviço público tem diferenças apenas pontuais em relação à incidente sobre as concessões comuns, administrativas ou patrocinadas.

Vale notar que, ao centrar atenção na realização de concessões comuns, administrativas e patrocinadas, este livro também abrange aqueles casos em que há privatização de empresas prestadoras de serviço público, que já possuem, portanto, contratos de concessão assinados com a Administração Pública. O melhor exemplo são as privatizações que ocorreram no Brasil nos setores de telefonia fixa e de distribuição de energia. Nestes setores, empresas estatais foram privatizadas, após modelagem que estabelecia um novo formato para os seus contratos de concessão, de maneira a permitir a transferência da sua gestão para a iniciativa privada, sem perder as possibilidades do poder público regular e fiscalizar a prestação dos serviços. As recomendações constantes do Capítulo 2 desse livro sobre contratos de concessão eficientes se aplicam perfeitamente à modelagem do contrato de concessão realizada, nestes casos, anteriormente à privatização dessas empresas.

Já em relação às recomendações sobre licitações eficientes constantes do Capítulo 1 desse livro, elas se aplicam nestes casos à licitação para a privatização das empresas. Contudo, por se tratar da venda de uma empresa (e não de mera concessão de um serviço sem transferência da titularidade de ativos) é preciso avaliar preliminarmente quais as capacidades técnicas e econômico-financeiras que já estão aportadas na empresa por ocasião da sua venda, e quais outras faz sentido exigir-se que os potenciais adquirentes da empresa comprovem ter no processo de licitação. A comprovação de capacidade financeira e de *expertise* técnica dos potenciais adquirentes da empresa na licitação será especialmente importante se o contrato de concessão da empresa exigir a realização de novos investimentos ou a prestação de novos serviços, cuja *expertise* para tanto não esteja aportada na empresa a ser vendida.

### I.3. Terminologia

Utilizaremos, neste livro, as seguintes definições e siglas, que são apresentadas abaixo na sua ordem alfabética:

AASHTO	American Association of State Highway and Transportation Officials
--------	--

<sup>36</sup> Cf.: nota de rodapé n. 1, acima.

<sup>37</sup> Existe discussão sobre em que medida a concessão administrativa pode ser ou não utilizada para prestação de serviços públicos econômicos. Para tratamento adequado desse temas, remetemos ao nosso (Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007), II.2.

ABCON	Associação Brasileira das Concessionárias Privadas dos Serviços de Água e Esgoto
ABCR	Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias
ABDIB	Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústrias de Base
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTT	Agência Nacional de Transporte Terrestre
ASBEA	Associação Brasileira dos Escritórios de Arquitetura
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
Bps	<i>Basic points</i> , expressão usada ordinariamente no mercado financeiro para precificação de taxas, como proporção de valor da operação. 100 bps corresponde a 1%.
CAF	Corporação Andina de Fomento
CBUQ	Concreto Betuminoso Usinado a Quente
CCHSA	<i>Canadian Council on Health Services Accreditation</i> , instituição canadense que realiza processo de certificação de qualidade no setor de saúde
CDI	Certificados de Depósito Interbancário. O CDI é mencionado neste trabalho em virtude das taxas que regem esses títulos serem usadas muitas vezes para indexação de empréstimos bancários, ou no mercado de capitais.
CEF	Caixa Econômica Federal
CNT	Confederação Nacional dos Transportes
Comentários à Lei de PPP	O livro intitulado Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos, publicado pela Malheiros Editores, 2007, de co-autoria entre Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado
Concessão administrativa	O contrato administrativo definido no art. 2º, § 2º, da Lei Federal 11.079/04
Concessão comum	O contrato administrativo definido no art. 2º, incisos II e III, da Lei Federal 8.987/95
Concessão patrocinada	O contrato administrativo definido no art. 2º, § 1º, da Lei Federal 11.079/04
Contrato de Desestatização de Serviço Público <sup>38</sup>	Os contratos de concessão comum, patrocinada e administrativa, as permissões e as autorizações, quando realizados para a prestação de serviços públicos
Desestatização	Transferência da operação de bens ou serviços em contratos de longo prazo de entes estatais para o setor privado
Desestatização de Serviço Público	É a Desestatização da prestação de Serviço Público
FAT	Fundo de Assistência ao Trabalhador, cujos recursos são utilizados pelo BNDES para realização de empréstimos de longo prazo a juros subsidiados.
FIDC	Fundo de Investimento em Direitos Creditórios
FMI	Fundo Monetário Internacional
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IFC	International Finance Corporation, órgão do Banco Mundial, de fomento à iniciativa privada em países em desenvolvimento

<sup>38</sup> Ver nota de rodapé n. 1 sobre a relação entre o conceito jurídico de desestatização e a utilização de concessões e PPPs para aumentar o controle do Poder Público sobre a prestação dos serviços públicos.

IGP	Índice Geral de Preços, calculado pela FGV – Fundação Getúlio Vargas
IPCA	Índice de Preços ao Consumidor Amplo, calculado pelo IBGE
IRI	International Roughness Index, que é o índice de irregularidade longitudinal, utilizado, em conjunto com outros índices, para medir a qualidade do pavimento de rodovias
ISO	International Organization for Standardization
JCI	Joint Commission International, instituição americana que realiza processo de certificação de qualidade no setor de saúde
Lei de Concessões	A Lei Federal n. 8.987/95
Lei de PPP	A Lei Federal n. 11.079/04
Lei Geral de Concessões	A Lei Federal n. 8.987/95
LIBOR	London Interbank Offered Rate, que é a taxa usada nos empréstimos no mercado interbancário de Londres, que é referência para vários empréstimos internacionais.
Licitação de Desestatização <sup>39</sup>	É o processo seletivo do ente da iniciativa privada a controlar, gerir e operar os bens ou serviços a serem desestatizados
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONA	Organização Nacional de Acreditação, instituição brasileira que realiza processo de certificação de qualidade no setor de saúde
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
Parceiro privado	A SPE em concessões comuns, patrocinadas ou administrativas
PER	Programa de Exploração da Rodovia
PFI	Private Finance Initiative, programa que é parte do programa de PPP do Reino Unido. Apesar da sua diversidade, os projetos que integram o PFI geralmente envolvem a transferência para o parceiro privado das atividades de construção, operação e manutenção de infraestruturas. No caso, por exemplo, dos setores de saúde e educação, os projetos integrantes do PFI <b>não transferem</b> para a iniciativa privada a atividade fim, apenas a prestação dos serviços de infraestrutura e apoio. Portanto, nos PFIs dos setores de saúde e de educação ficam sob a responsabilidade do setor público respectivamente a atividade pedagógica, e a atividade clínica.
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, do IBGE
PPP – Parceria Público-Privada	As Parcerias Público-Privadas em sentido amplo, o que abrange as concessões comuns, as concessões administrativas e patrocinadas.
RFFSA	Rede Ferroviária Federal S/A
SDE	Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça
Serviço Público	É a atividade econômica que, pela sua essencialidade para a coletividade, tem a sua prestação colocada sob a responsabilidade da Administração Pública, pelas Constituições, da União ou dos Estados, pela Lei Orgânica dos Municípios, ou pela Lei, federal, estadual ou municipal.
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda
SPE	Sociedade de Propósito Específico, constituída para celebrar o Contrato de Desestatização
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCM	Tribunal de Contas do Município

<sup>39</sup> Ver nota de rodapé n. 1 sobre a relação entre o conceito jurídico de desestatização e a utilização de concessões e PPPs para aumentar o controle do Poder Público sobre a prestação dos serviços públicos.

TCU	Tribunal de Contas da União
TJLP	Taxa de Juros de Longo Prazo, a taxa subsidiada utilizada pelo BNDES para os empréstimos realizados, com fundos do FAT
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJSC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

II. Melhores práticas na modelagem de licitações de concessões e PPPs: à busca dos participantes adequados e da maximização da competição

## II.1. Iniciando a Modelagem de uma Licitação

Supondo que o Poder Público contratou os seus consultores técnicos, jurídicos e econômico-financeiros para a estruturação do projeto, o ponto de partida para a modelagem de qualquer licitação, especialmente as de concessão comum e PPP, é o conhecimento do mercado alvo, dos potenciais adquirentes, ou compradores do direito de operação do projeto. Essa análise é basicamente, o que se costuma chamar de análise ou mapeamento da indústria ou setor dentro do qual o projeto se insere, com vistas a determinar o conjunto de operadores-alvo para o projeto, que é o universo daqueles com capacidade técnica e financeira para realizar os investimentos e para prover o serviço com a qualidade estabelecida pela Administração Pública.

Dados, por exemplo, relativos à dimensão do setor, à sua composição em termos de produtos, à sua geografia, seus ciclos, sazonalidade, insumos, à demanda pelo produtos/serviços, à demografia, pesquisa e desenvolvimento de projetos, exposição a questões legais, regulatórias e ambientais, ambiente competitivo e perfil financeiro, dimensão dos operadores do setor, suas principais fontes de receitas e custos, aspectos macroeconômicos que afetam o setor, os seus principais riscos, os principais agentes, as respectivas áreas de atuação, capacidade de contrair novas dívidas, disponibilidade de capital próprio, estratégia, perspectivas de curto e médio prazo, apetite para novos projetos, potenciais entrantes no setor e suas características etc. todos esses são dados que afetam a participação em uma licitação e que devem ser mapeados como condição da sua modelagem.<sup>40</sup>

Esse mapeamento é geralmente conduzido pelos consultores técnicos e financeiros contratados para a modelagem do projeto.

Em muitos casos, contudo, principalmente quando se tratar de setores novos, isto é em que ainda não houve concessão comum e PPP, não haverá informações disponíveis ao público sobre todos esses aspectos, de maneira que essa análise deverá ser simplificada em vista do que pode ser obtido nas fontes disponíveis de pesquisa. Muitas vezes, as melhores fontes de dados sobre vários desses aspectos são as associações de agentes do respectivo mercado<sup>41</sup>, e a (s) agência (s) reguladora (s), ou associações de usuários do serviço.<sup>42</sup>

Feito esse levantamento e definido o universo de agentes que se espera trazer para a licitação, há duas preocupações fundamentais que devem presidir a estruturação de qualquer edital de licitação, **a primeira é encorajar a entrada no procedimento de licitação de participantes capazes de prestar os serviços adequadamente**. Dadas algumas premissas básicas, é possível provar que, quanto maior o número de participantes, melhor, em média, o preço a ser obtido pelo Poder Público na licitação.<sup>43</sup> Portanto, um objetivo importante de qualquer licitação é garantir número maior possível de participantes, assegurando-se, também, que tais participantes terão as condições de executar adequadamente o contrato.<sup>44</sup>

A segunda preocupação é **maximizar a concorrência entre os participantes capazes de prestar o serviço**

---

<sup>40</sup> Cf.: *Para um modelo estruturado de análise de indústria, cf: (Porter, On Competition 2008), (Porter, Competitive advantage: creating sustaining superior performance: with a new introduction/Michael E. Porter 1998), (Tirole 1988)*

<sup>41</sup> *No caso do mercado de rodovias, por exemplo, a ABCR, ou a ABDIB.*

<sup>42</sup> *Por exemplo, a CNT, ou associações de transportadores rodoviários.*

<sup>43</sup> Cf.: *(McAfee and McMillan 1987), pp. 711.*

<sup>44</sup> *Na cultura de elaboração de editais e contratos, sob a Lei 8.666/93, e na legislação de alguns Estados e Municípios sobre licitações, desenvolveram-se restrições a previsão no edital e contrato de autorização para a realização de subcontratações de serviços. Por exemplo, em alguns Estados, a lei estadual de licitações e contratos administrativos estabelece percentual máximo do objeto contratual que pode ser subcontratado pelo vencedor da licitação, com objetivo de garantir a natureza "intuito personae" do contrato administrativo, isto é para garantir que o vencedor da licitação seja aquele que de fato executará o contrato. Note-se, em primeiro lugar, que a Lei 8.666/93 não impede a subcontratação de serviços, nem impõe qualquer limite à sua realização por referência à dimensão do valor ou do objeto do contrato. A Lei 8.666/93, nos seus artigos 72, e 78, inciso VI, apenas exige que a subcontratação seja autorizada pela Administração Pública, seja tal autorização dada após a assinatura do contrato administrativo, seja ela já prevista no edital e no contrato. Nos contratos de desestatização, em regra, não faz sentido eventual limitação de subcontratação. É que, neste caso, é importante dar ao parceiro privado, já no edital de licitação, a liberdade de escolher qual a forma mais eficiente de prestar o serviço, diretamente, ou por meio da subcontratação. E, supondo-se, que a licitação será transparente e competitiva, os ganhos de eficiência que o parceiro privado vier a obter com o uso dessa liberdade reverterão, pelo menos parcialmente, em favor do Poder Público e dos usuários do serviço, por meio da realização de proposta com melhor preço.*

**adequadamente, evitando estruturas de licitação que deixem espaço para a ocorrência de situações inibidoras da competição, como conluio, captura ou corrupção, e barreiras de entrada desnecessárias.**

Nas linhas a seguir, vamos primeiro tocar rapidamente no tema das situações inibidoras da competição – conluio, captura ou corrupção, e barreiras de entrada desnecessárias – e depois falar de como as preocupações fundamentais na modelagem da licitação devem ser tratadas em cada caso.

## II.2. Uma palavra sobre a relação entre conluio, barreiras de entrada e corrupção em grandes licitações no Brasil

O Professor Eduardo Engel<sup>45</sup> defendeu – no seminário intitulado *International Seminar on Improving the Quality of Public Investment and Public-Private Partnerships* organizado pelo FMI, em Brasília, em 25 de abril de 2005 – a utilização do já famoso modelo de licitação de concessões pelo menor valor presente líquido das receitas<sup>46</sup>, como forma de aumento da eficiência na realização das outorgas.

Na condição de debatedor do mencionado professor no aludido seminário<sup>47</sup>, sustentamos que os principais problemas das licitações de grandes projetos de obra, concessões comuns e PPPs no Brasil estão relacionados com temas muito mais simples e conhecidos da teoria da organização industrial e da regulação que são: (a) as barreiras de entrada desnecessárias, que às vezes são inseridas nos editais de licitação<sup>48</sup>; (b) o conluio, que ocorre quando os participantes da licitação combinam estratégia para evitar os efeitos benéficos da concorrência no processo de licitação<sup>49</sup>; (c) a captura, definida como influencia do regulado sobre o regulador, na definição da própria estrutura da licitação, por conta de ascendência técnica do regulado em relação ao regulador; e, (d) a corrupção como recepção de

---

<sup>45</sup> Eduardo Engel é professor do Departamento de Economia, da Universidade de Yale. Ele ficou conhecido pelo desenvolvimento do modelo de licitação de concessões pelo menor valor presente líquido de receitas. Seus trabalhos mais conhecidos nessa área são: “Privatizing Highways in the United States,” (with R. Fischer and A. Galetovic), *Review of Industrial Organization*, 29, 27–53, 2006; “Highway Franchising and Real Estate Values,” (with R. Fischer and A. Galetovic), *J. of Urban Economics*, 57, 432–448, 2005; “Privatizing Highways in Latin America: Fixing What Went Wrong,” (with R. Fischer and A. Galetovic), *Economia, The Journal of the Latin American and Caribbean Economics Association (LACEA)*, 4(1), October 2003, 129–158; “A New Approach to Private Roads,” (with R. Fischer and A. Galetovic), *Regulation*, Fall 2002, 18–22; “”, (with R. Fischer and A. Galetovic), *J. of Political Economy*, 109 (5), October 2001, 993–1020; “Highway Franchising: Pitfalls and Opportunities”, (with R. Fischer and A. Galetovic), *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 87 (2), 68–72, May 1997. Reprinted in D. Grimsey and M.K. Lewis, eds., *The Economics of Public Private Partnerships*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, February 2005.

<sup>46</sup> Cf.: (Engel, Fischer and Galetovic 2001).

<sup>47</sup> Cf: apresentação utilizada no seminário, disponível no seguinte website: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/050425-mmpr-competicao-nas-licitacoes-de-ppp>

<sup>48</sup> As vezes barreiras econômicas podem ser removidas por decisões jurídicas. Observe-se o caso da concessão da Ferrovia Norte-Sul, que é, a rigor, um ramal da Ferrovia dos Carajás, cuja operação desta já era concedida a Vale do Rio Doce, quando da realização do leilão da concessão da Ferrovia Norte-Sul. Ora, o acesso por um eventual operador da Ferrovia Norte-Sul ao Porto de Itaqui, no Maranhão, só poderia ser realizado pelo uso da Ferrovia dos Carajás, que já estava concedida à Vale. Portanto, se o uso da Ferrovia dos Carajás pelo operador vencedor da licitação da Ferrovia não estivesse garantido adequadamente antes da licitação, somente a Vale do Rio Doce participaria da licitação, pois, a operação da Ferrovia Norte-Sul sem o acesso ao Porto de Itaqui é, por assim dizer, pouco útil. É importante notar que a mera assinatura de contratos de direito de passagem e tráfego mútuo pela Vale, com o Poder Público – que são os instrumentos regulatórios ordinários para permitir o compartilhamento do uso da infraestrutura ferroviária – muitas vezes não é suficiente para remover barreira de entrada, especialmente quando, há desconfiança no mercado sobre a efetividade desses contratos. E, de fato, a Vale participou sozinha desse leilão e arrematou a concessão pelo preço mínimo. Esse é o típico caso em que uma providência jurídica poderia ter removido uma barreira econômica à competição, se fosse adequadamente implementada. Na prática regulatória esse tipo de situação ocorre com frequência. Veja-se, por exemplo, a discussão sobre o “unbundling” (desdobramento) de redes de telefonia ou de energia para uso compartilhado por diversos prestadores de serviço, na qual a adoção de determinadas providências regulatórias/jurídicas, permite a redução ou eliminação de barreira de entrada econômica, viabilizando competição entre operadores apesar da unicidade da rede (supondo que a barreira técnica ao compartilhamento da rede está superado). Cf.: (Ribeiro, *Aspectos jurídicos e regulatórios do compartilhamento de infra-estrutura no setor ferroviário 2005*)

<sup>49</sup> No Brasil, o conluio em licitações públicas geralmente caracteriza crime, nos termos do art. 90 e seguintes da Lei 8.666/93. Apesar de caracterizar conduta criminosa, a punição do conluio é bastante rara em vista das dificuldades de prova. A SDE criou unidade para combate a conluio em licitações públicas, cujo sucesso, ao que conseguimos apurar, é bastante limitado, em vista das dificuldades de obtenção de provas.

vantagens de potenciais participantes da licitação pelos agentes públicos encarregados de estruturar a licitação.<sup>50</sup>

Sugerimos, naquela ocasião, que apesar de, no mundo teórico, esses quatro temas (barreiras de entrada, conluio, captura e corrupção) possuírem tratamento diverso, na prática das licitações de grandes projetos de obras ou concessões comuns e PPPs, eles aparecem juntos, em uma relação de complementaridade crescente, que poderia ser representada por uma espiral logarítmica.

Esse debate com o professor Eduardo Engel aconteceu em 2005, e desde então a nossa experiência ao longo dos anos com licitações de concessões comuns e PPPs só tem confirmado as impressões então expostas: conluio, barreiras de entrada, corrupção, e captura na modelagem de licitações de grandes obras, concessões comuns e PPPs aparecem em regra juntas, em uma sistemática que chamaremos de “*ciclo de locupletação ilícita da licitação*”. A gênese desse ciclo é a existência de três condições:

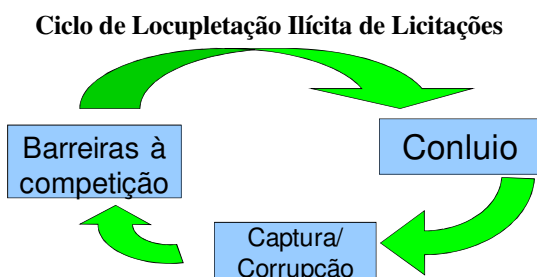
(1) um agente público responsável por um processo licitatório de uma desestatização ou grande obra suscetível por razões lícitas (ascendência técnica), ou ilícitas (corrupção) à influência de um ou de um conjunto de potenciais participantes da licitação;

(2) um ou um conjunto de potenciais participantes de licitação que possam se coordenar para propor um conjunto de condições para a participação de licitação que impeçam outros potenciais participantes de entrar na licitação;

(3) possibilidade de desenvolvimento de barreiras de mercado que possam ser incluídas nos editais de licitação, e ocultadas ou legitimadas perante os fiscalizadores do Governo, por exemplo, TCU, TCEs, Ministério Público etc.

Quando há essas três condições básicas, então o ciclo de locupletação ilícita da licitação pode se fechar, permitindo:

- (a) a criação de barreiras de entrada, o que permite reduzir a um universo controlado aqueles que poderão participar na licitação;
- (b) a redução do universo de participantes permite que eles combinem entre si as formas de distribuição dos ganhos advindos da licitação viciada (que pode envolver um, ou mais projetos, simultaneamente ou seqüencialmente), ou seja permite a ocorrência de conluio.
- (c) eventual sucesso do conluio realimenta o ciclo, posto que o canal no Poder Público para a realização da corrupção ou influencia indevida que deu origem ao ciclo se torna conhecido dos participantes do conluio, que se tem por encorajados a perpetuar o ciclo.



A melhor forma de prevenir a ocorrência desse ciclo é **reduzir ou eliminar barreiras de entrada desnecessárias**, que não se sustentem à luz dos objetivos do Governo na realização da licitação. Por esse meio, é possível controlar e evitar os efeitos deletérios da influencia indevida dos potenciais participantes da licitação na configuração das condições de participação da licitação (ascendência técnica ou corrupção), e também, evitar a realização das condições necessárias à ocorrência de conluio.<sup>51-52</sup>

<sup>50</sup> Essas vantagens ocorrem tanto no nível técnico, como no nível político. No nível de decisão político, ocorre, por exemplo, quando um Secretário de Estado, interessado em seguir carreira política, para recebimento futuro de financiamento de campanha, toma decisões que beneficiam em particular um potencial participante da licitação.

<sup>51</sup> Ainda possa haver conluio mesmo em licitação com poucas barreiras à competição, evidentemente isso é mais difícil de ocorrer.



Portanto, apesar de conluio e incentivo a entrada na licitação (por meio especificamente do combate às barreiras de entrada desnecessárias) serem temas teoricamente diversos, na realidade das licitações brasileiras de grandes obras e projetos de concessão comum e PPP esses temas aparecem imbricados, de maneira que a melhor forma de combater conluios, do ponto de vista da técnica de modelagem de licitações e contratos, é evitar que conste do edital de licitação barreiras desnecessárias de entrada.

Perceba-se ademais que a apuração e punição de conluios, captura e corrupção é em regra obstada pelas dificuldades de prova. O foco, entretanto, na análise objetiva e remoção de eventuais barreiras desnecessárias à competição contribui sobremaneira, no contexto acima mencionado, para minimizar as possibilidades de ocorrência de conluios, corrupção e captura.

Por fim, é preciso assinalar – como ademais ficará claro abaixo – que existem barreiras à competição que são necessárias, para evitar que empresas ou consórcios incapazes de prestar o serviço que o Poder Público pretende contratar tenham chances de ganhar a licitação. Essas barreiras são elemento relevante para que a competição ocorra entre empresas capazes de prestar adequadamente o serviço.

### II.3.A modelagem da qualificação técnica nas licitações de concessões e PPP

Uma vez que o principal objetivo de qualquer licitação de desestatização de serviços públicos, especialmente de concessões ou PPPs, é a seleção de agente capaz de prestar o serviço com a qualidade estipulada pelo Poder Público, a primeira questão a ser tratada neste ponto é como devem ser modeladas as exigências de qualificação técnica para concessões e PPPs.

A primeira pergunta a ser realizada, desta perspectiva, é: qual o nível de maturidade técnica do setor? Como explicaremos abaixo, a depender da maturidade técnica do setor devem ser adotadas estruturas diferentes de licitação para maximização da competição.

#### II.3.1. Setores Tecnicamente Maduros

Se o setor pode ser considerado maduro tecnicamente, isto é se a *expertise* técnica necessária a prestação do serviço na qualidade requerida pelo Governo é algo que pode ser adquirido facilmente no mercado, então a melhor forma de estruturar a licitação é deixar em segundo plano a exigência de *expertise* técnica, e focar a licitação na busca do melhor preço e na análise da capacidade financeira dos participantes para dar cabo das obrigações previstas no contrato.

Isso porque, se o concessionário ou o parceiro privado tiver a capacidade financeira adequada, e se o contrato de concessão ou PPP for bem estruturado do ponto de vista técnico, ou seja se os indicadores de resultado forem adequadamente estabelecidos, o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a *expertise* técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato.

É, pois, desnecessário, neste caso, focar o processo de habilitação na verificação da capacidade técnica, até mesmo porque, se a *expertise*, para tanto, está disponível para todos no mercado, é melhor centrar o processo na obtenção do melhor preço, tomando-se, contudo, os cuidados para garantir que o contratado tenha as condições financeiras para estruturar a concessionária e adquirir no mercado a *expertise* técnica necessária ao cumprimento do contrato.<sup>53</sup>

Apenas para ter certeza da compreensão dos requisitos técnicos envolvidos na prestação do serviço objeto do contrato, e da capacidade do participante da licitação de contratar no mercado a *expertise* necessária, faz sentido

---

<sup>52</sup> Na literatura internacional sobre conluio, um tema que aparece freqüentemente é o da viabilidade e credibilidade da punição para o caso de “furo” do conluio por um dos participantes. Isso se aplica a situações em que o participante ganharia mais se vencesse a licitação fora do conluio do que participando dele.

<sup>53</sup> Cf.: nota de rodapé 44, acima.

requerer que os participantes da licitação apresentem prova de capacidade técnico-profissional<sup>54</sup>, demonstrando que possui nos seus quadros, ou vinculado de alguma forma a empresa, profissional que tenha em seu nome atestado de responsabilidade técnica de obras e serviços semelhantes aos que são objeto do contrato de PPP ou concessão.

### II.3.2. Setores Imaturos Tecnicamente ou de Maturidade Média

Se, contudo, o setor no qual se insere o projeto não puder ser considerado maduro tecnicamente, o que quer dizer que não há disponível no mercado para fácil contratação a *expertise* técnica necessária a prestação do serviço previsto no contrato, então será necessária a realização de licitação que envolva análise de técnica.

Neste caso, a primeira possibilidade a se considerar é verificar em que medida a análise da capacidade técnica pode ser feita, como parte do processo de qualificação. A Lei 8.666/93 permite que se peça atestados probatórios da capacidade técnico-profissional (art. 30, §1º, inc. I), que são atestados que comprovam que os profissionais vinculados a empresa possuem experiência compatível com o serviço a ser contratado, ou técnico-operacional (art. 30, inc. II), que são atestados que demonstram que a empresa já executou contratos semelhantes ao objeto da licitação. Em qualquer dos casos, esses atestados na melhor das hipóteses apenas certificam que a empresa, ou profissional integrante do seu quadro, esteve envolvido na execução de contrato semelhante ao objeto da licitação. Contudo, esses atestados pouco dizem sobre a qualidade do trabalho realizado, de maneira que, em se tratando de licitação em que a boa técnica é condição importante para a execução do objeto e, na qual a *expertise* necessária para tanto não pode ser considerada disponível no mercado, **tais atestados são absolutamente insuficientes para verificar a capacidade técnica do participante para desempenho adequado do objeto do contrato.** Daí porque é necessário, nesses casos, ou a qualificação de proposta técnica nos termos do artigo 12, inciso I, da Lei 11.079/04, que se aplica apenas às licitações de concessão administrativa e patrocinada, ou a licitação com julgamento de técnica (só técnica, ou técnica e preço).

Em qualquer dos casos acima, a exigência é que os critérios de julgamento de técnica estabelecidos no edital sejam completamente objetivos, exigência essa que foi aprofundada pela cultura de desconfiança nos agentes públicos, criada em torno da Lei 8.666/93 pelos órgãos de controle da Administração Pública. Por isso, não se admite entrevistas com potenciais contratados ou a obtenção de informações pela comissão de licitação para além dos estritos limites formais do procedimento licitatório.

Essa limitação do julgamento de técnica aos estritos limites do procedimento formal e escrito, cria um outro problema que é a possibilidade de seleção de um parceiro privado menos em vista da sua efetiva capacidade para dar cabo do objeto do contrato, do que da sua capacidade de fazer propostas bem elaboradas, cumprindo a risca as formalidades e requisitos do edital. **Em outras palavras, o foco no julgamento da proposta *per se* – e não na efetiva capacidade de executar o contrato – cria a possibilidade de agentes que desenvolvem “o talento” de apresentar propostas tecnicamente perfeitas, sem terem, todavia, a menor condição de executá-las.**

Para evitar essa situação, tem se desenvolvido a prática de se requerer, a título de melhor técnica, a comprovação do agente deter certificação, de entidades independentes, reconhecidas pelo mercado, que comprovem a capacidade efetiva de execução do objeto do contrato. Veja-se, por exemplo, nesse sentido, a licitação da PPP do Hospital do Subúrbio, do Estado da Bahia, na qual a proposta técnica estava focada basicamente em dois critérios, completamente objetivos: (a) comprovação da gestão pelo participante da licitação de hospital com número de leitos e complexidade compatível<sup>55</sup> com a do Hospital do Subúrbio; (b) comprovação de operar unidade hospitalar acreditada, por qualquer das instituições acreditadoras reconhecidas neste mercado, quais sejam, a ONA, a JCI e a CCHSA.

<sup>54</sup> *Discordamos de posição, nos termos da adotada pelo TCE do Estado do Rio Grande do Sul, que impede, em qualquer caso, a exigência de qualificação técnico-operacional para contratações no âmbito da Lei 8.666/93, por entender que a exigência desse tipo de qualificação é necessariamente restritiva da competição. Há situações – particularmente quando se trata da contratação de serviços que envolvem expertise técnica rara no mercado – nas quais faz todo sentido exigir-se qualificação técnico-operacional das empresas para a participação da licitação. Esse tipo de posição do TCE – RS, na nossa opinião, representa proselitismo em prol do aumento da competição, atualmente comum em alguns órgãos de controle e também em procuradorias jurídicas. Esse proselitismo termina por permitir muitas vezes a participação em licitações de agentes que não possuem a capacidade de prestação dos serviços – em nome de uma falsa sensação de amplitude da competição – pode ser tão deletério ao objetivo de realização de licitações adequadas e eficientes, quanto o mal que deseja debelar, que é a restrição indevida à competição.*

<sup>55</sup> *Nesse processo, complexidade compatível era definida pela operação de hospital com pelo menos 50 leitos, com pelo menos 10 leitos de UTI – com pontuação progressiva, caso o número de leitos fosse maior que isso. O Hospital do Subúrbio possuirá 268 leitos, e seu operador, além disso, será responsável pelo atendimento de 30 pessoas em regime de internação domiciliar.*

A idéia de utilização de certificação exterior para solução desse problema não é inteiramente nova. Quando se difundiu no mercado de serviços a certificação ISO (9000, 9001 etc.), alguns acharam que a melhor maneira de assegurar a contratação pelo Poder Público de agentes qualificados para a prestação dos serviços era exigir nas licitações a apresentação pelos participantes de tal certificação. Apesar de TCEs, TCMs e outros órgãos de controle da Administração Pública ainda não terem posição definida sobre esse assunto, atualmente é jurisprudência consolidada do TCU que a certificação ISO não pode ser exigida como condição para habilitação em licitação, mas pode ser fator para pontuação no julgamento de proposta técnica.<sup>56</sup>

Voltando à exigência de acreditação realizada para os participantes da licitação do Hospital do Subúrbio, percebe-se que tal exigência é perfeitamente compatível com a visão do TCU do uso de certificação ISO em processos de licitação. A acreditação é exatamente, por assim dizer, a certificação “ISO” do setor de saúde. A diferença é que a ISO volta-se apenas para a análise dos processos internos da empresa, e, por isso, pode ser aplicada a diversos setores, enquanto que a acreditação volta-se especificamente para análise das condições de funcionamento de unidades de saúde, avaliando desde as suas instalações, o cumprimento dos seus protocolos e processos, a qualidade dos serviços, e dependendo do tipo da certificação, alcançando, inclusive, a análise da efetividade do atendimento. Dizer-se que um hospital, ou outra unidade de saúde (centro de diagnóstico, centro de atenção básica, de diálise, de cuidados de longo prazo, laboratório etc.) é acreditado, por uma das empresas de notória reputação nesse mercado, significa que ele provê serviços dentro de um dado padrão de qualidade claramente estipulado pelas regras atinentes à obtenção daquela certificação, e que, periodicamente, o cumprimento desses padrões é checado pela empresa acreditadora.

A acreditação e certificações do gênero são, pois, garantias que o parceiro privado, de fato, é capaz de prestar o serviço nos níveis de qualidade que a Administração Pública deseja adquirir, pois assegura não apenas que o participante da licitação tem a experiência atual, presente de prestação do serviço, mas que esse serviço é continuamente prestado em um padrão de qualidade determinado.

A exigência de certificações externas, por empresas independentes, de notória reputação no mercado e especializadas na emissão dessas certificações consubstancia mecanismo que permite finalmente reabrir o foco das licitações baseadas na Lei 8.666/93: não se trata mais de verificar se a proposta do participante está bem ou mal feita, mas sim em que medida o participante de fato é capaz de executar os serviços previstos no contrato. Note-se que, em outros países, isso é feito como parte do processo de qualificação técnica do licitante. Contudo, o crescente formalismo das licitações no Brasil fez com que os atestados probatórios da qualificação ficassem restritos à prova de deter o participante a experiência de execução de serviço semelhante, sem, entretanto, nada dizer sobre a qualidade ou a proficiência com que essa prestação foi realizada.

Sobre esse assunto, é necessário uma última nota para dizer que a exigência de acreditação ou certificações afins em licitações desse tipo é especialmente justificável se o contrato de PPP, concessão ou outra forma de desestatização exige que o parceiro privado obtenha acreditação, ou a certificação afim, por exemplo, para a unidade de saúde objeto do contrato, ou para a operação do negócio objeto do contrato, qualquer que seja ele.

Note-se que, no caso do setor de saúde, a exigência contratual de acreditação, é inclusive um dos mecanismos auxiliares da fiscalização pelo Poder Público do cumprimento do contrato de PPP, pois, para obter e manter a acreditação, o parceiro privado terá que demonstrar não apenas para o Poder Público, mas também para as entidades certificadoras, o cumprimento dos níveis de qualidade pactuados. Daí que, neste caso, a exigência na licitação de prova de que opera unidades acreditadas poderia inclusive, na nossa opinião, ser parte dos requisitos de habilitação.

É que, quando o Poder Público insere no contrato de PPP a exigência que o parceiro acredite ou, de alguma forma certifique a unidade de saúde – ou, enfim, qualquer que seja o ativo ou negócio objeto do contrato – então a acreditação passa a integrar o próprio objeto, o próprio serviço a ser adquirido pelo Poder Público. Ou seja, o Poder Público estará a comprar o serviço de saúde acreditado, no nível “x”, que o contrato estabelecer, e não qualquer ou simplesmente um serviço de saúde. Portanto, o próprio objeto da licitação se modifica: estar-se-á a comprar da iniciativa privada, sob a forma de PPP, um serviço no setor de saúde acreditado no nível “x”. Ora, é perfeitamente razoável que, para se habilitar nessa licitação, o participante tenha que demonstrar que tem experiência nos últimos anos em operar outras unidades de saúde que prestem o serviço de saúde acreditado, com nível semelhante ao exigido no contrato PPP, de maneira que, neste caso, não haveria qualquer óbice a se exigir do participante da licitação de PPP, para habilitação, a prova de que opera unidade de saúde acreditada em nível semelhante ao definido no contrato de PPP.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Cf.: *Decisões 408/96, 20/98 e 140/99; Acórdãos 124/2002, 1937/2003 e 330/2005, todos do Plenário do TCU.*

<sup>57</sup> *Sobre o caso em que o Poder Público exige como objeto do contrato a prestação de serviço em nível estabelecido por instituição acreditadora, e sobre a possibilidade de, nestes casos, exigir-se, como parte da documentação de habilitação, a comprovação de operação de unidades que*

Por fim, vale assinalar que, em setores, entretanto, com maturidade média, ou seja nos quais não é viável presumir que a contratação no mercado da *expertise* necessária à prestação do serviço seja algo trivial, mas que, entretanto, provado o domínio mínimo dessa *expertise*, faz sentido realizar competição de preço entre os licitantes, é possível utilizar a qualificação de proposta técnica, prevista no artigo 12, inciso I, da Lei 11.079/04, para os casos de licitação de concessão administrativa e patrocinada. E, com esse mesmo fim, para licitações de concessão comum, é possível exigir-se a apresentação de metodologia de execução, nos termos do artigo 31, §8º, da Lei 8.666/93. Isso permite aferir por um sistema de “passa ou perde” se o licitante possui a capacidade técnica mínima necessária para a prestação dos serviços objeto do contrato, permitindo a seguir que haja, entre todos os que “passaram”, competição de preço. Valem também para essa situação todas as preocupações e cuidados manifestados acima quando falamos do julgamento de melhor técnica.

#### II.4.A modelagem da qualificação econômico-financeira

Definido o papel da técnica na licitação de concessão ou PPP, é preciso voltar atenção sobre a qualificação econômico-financeira.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que os requisitos de qualificação econômico-financeira já foram utilizados no passado para ambos: impedir a participação de empresas internacionais em licitações de concessões comuns e PPPs, de maneira a constituir barreiras indevidas de entrada para as empresas estrangeiras no país – e, também, para evitar a participação de empresas de porte médio, em licitações de interesse das empresas de grande porte.

Isso aconteceu, por exemplo, várias vezes, no setor de infraestrutura rodoviária e em grandes obras, onde apesar, das licitações serem supostamente abertas à participação de atores internacionais, havia barreiras de entrada – ocultas para os analistas menos experimentados – criadas por meio das exigências de qualificação econômico-financeira. Isso, apesar de, no plano internacional, o Brasil já há muito sustentar a verdade parcial, de que, malgrado ainda não ter assinado o tratado da OMC sobre compras governamentais, sempre manteve as suas licitações para concessão comum e PPPs e grandes obras abertas à participação de empresas internacionais.

Uma forma típica até início dessa década de usar as exigências de qualificação econômico-financeira para criar barreira de mercado era exigir nível de endividamento máximo, ou de liquidez mínimo incompatíveis com a forma de atuação das empresas internacionais do setor. Em relação ao setor de obras e também de infraestrutura rodoviária, por exemplo, a exigência de níveis de endividamento máximo em torno de 0,8, e de liquidez geral em torno de 1,1 impediu algumas vezes a participação de empresas internacionais nas licitações. Com efeito, no setor de infraestrutura rodoviária, a entrada das grandes empresas internacionais no Brasil se deu em regra por meio da aquisição de participação no mercado secundário, isto é, uma vez que elas não conseguiam entrar nas licitações<sup>58</sup>, adquiriram participação em concessionárias em operação. Foi assim, por exemplo, que a empresa espanhola OHL – que enfrentou dificuldades de habilitação nas primeiras licitações que participou no Brasil – adquiriu, em 2003, participação em diversas concessionárias de rodovias do Estado de São Paulo.<sup>59</sup> Essa mesma exigência de limite de endividamento impedia também, por exemplo, os bancos, ou entidades de previdência complementar (os fundos de pensão), de participarem das licitações, excluindo, assim, também, outros possíveis entrantes desses processos licitatórios.<sup>60</sup>

Por outro lado, as exigências de patrimônio líquido, ou capital social mínimo, combinadas com exigências de atestação técnico-operacional foram várias vezes usadas para evitar que empresas locais de porte médio tivessem

---

*possuem a acreditação objeto do contrato, não há ainda até onde podemos pesquisar pronunciamento dos órgãos de controle específico sobre esse tema.*

<sup>58</sup> *Empresas como a Somaque, a Sacyr, Cintra, Abertis, Bouygues e Skanska tentaram sem sucesso superar essas barreiras de mercado.*

<sup>59</sup> *A OHL o fez em momento pré-eleição do Presidente Lula, em momento em que havia desconfianças generalizadas de que um eventual Governo Lula romperia os contratos de concessão. Por isso, a OHL terminou adquirindo essas concessões a preços bem menores que em situações ordinárias.*

<sup>60</sup> *Note-se que, mesmo com a eliminação ou redução dessas barreiras de entrada, não presenciamos ainda a realização da promessa dos bancos e fundos de pensão entrarem diretamente em licitações de concessões no Brasil. O que tem ocorrido é a crescente participação de fundos de pensão no capital de empresas no setor de infra-estrutura. Veja-se o caso das participações da Previ, fundo de pensão dos funcionários do Banco do Brasil, na Invepar, empresa de infra-estrutura controlada pelo grupo OAS.*

acesso no passado ao mercado das grandes obras ou grandes projetos públicos.<sup>61-62</sup>

Em vista dessa situação, é preciso ter cuidados especiais para evitar que a escolha dos requisitos para qualificação financeira não termine por criar barreiras desnecessárias de mercado, que impeçam empresas com a capacidade para prestação do serviço de participar da licitação.

#### II.4.1. Modelagem da Qualificação Econômico-Financeira em Setores Maduros

Em relação à qualificação econômico-financeira, a maturidade do mercado é dada pela existência de empresas com os balanços auditados, e formulados de acordo com as melhores práticas de mercado. Isso permite, por exemplo, a comparação de eventuais índices econômico-financeiros exigidos na licitação. Em mercados maduros, é possível manter as formas tradicionais de qualificação econômico-financeira: requerimento de apresentação de balanços e demonstrações financeiras auditadas, que cumpram índices financeiros estipulados no edital, exigência de capital social e/ou patrimônio líquido mínimo. É, todavia, necessário cuidado especial para evitar o uso de índices ou de valor de patrimônio ou capital social mínimo que impeçam a entrada de empresas capazes de desempenhar o objeto contratual. Essa análise tem que ser feita caso a caso, com base em um mapeamento adequado do setor, conforme já mencionamos no item II.1 acima.

Outro cuidado algo elementar – mas que é importante assinalar em vista do que se tem feito em alguns processos licitatórios no setor de infraestrutura no Brasil – é que se peça nas licitações o balanço e demonstrações **consolidadas** dos grupos econômicos que participam da licitação.

No setor, por exemplo, de infraestrutura rodoviária, tem sido comum a Administração Pública pedir o balanço apenas da empresa participante da licitação, o que cria espaço para um “planejamento de participação em licitações” que leva os grupos econômicos do setor a, em regra, participarem da licitação por meio das suas empresas *holding*. É que o balanço das empresas *holding*, por um lado, agrega vários ativos (as diversas empresas operacionais, sociedades de propósito específico, que são concessionárias de rodovias específicas), o que lhes permite ter o porte necessário para cumprir exigências de capital e patrimônio líquido mínimo. Por outro lado, exatamente por serem empresas *holding*, isto é por não terem atividades operacionais, é viável manter os seus balanços e demonstrações financeiras “limpos” de dívidas, o que lhes permite cumprir muitas vezes artificialmente<sup>63</sup> com índices financeiros bastante rígidos.<sup>64</sup>

Explicamos melhor: ao exigir apenas o balanço da empresa participante da licitação, e não o balanço consolidado do grupo econômico, a Administração cria incentivos para que os agentes do setor escamoteiem as dívidas transferindo-as para as empresas operacionais, o que, ao mesmo tempo, deixa o balanço das *holdings* especialmente belos, e torna fútil a análise dos índices financeiros apresentados no procedimento licitatório.

É bastante interessante notar que nos setores em que a Administração mantém essa postura de pedir nas licitações apenas o balanço da empresa participante (que em regra são as *holdings*), os agentes do setor, quando por qualquer contingência precisam endividar de forma relevante a *holding*, o fazem apenas no curto prazo, evitando que se vire ano com a dívida nela alocada, de maneira a impedir que tal dívida apareça nos documentos financeiros a serem apresentados em procedimentos de licitação. Aliás, tudo isso é feito sem maior incômodo para o mercado, pois, já que as empresas *holding* não têm receitas operacionais próprias – pois suas receitas advêm da distribuição de dividendos

---

<sup>61</sup> Cf.: item II.2, acima.

<sup>62</sup> Essa situação levou a que algumas empresas de porte médio do setor de construção e infra-estrutura, ao longo dos anos 90 se associassem a empresas internacionais grandes desses mesmos setores, para tentar, em conjunto combater as barreiras de entrada, e encontrar formas de participar das licitações. Foi assim que, por exemplo, a empresa Carioca Christiani Nielsen Engenharia se associou com a empresa francesa Bouygues para participação em alguns processos. Foi assim, também, que o grupo CR Almeida se associou à Impregilo. Também o Galvão Engenharia, em conjunto com a S/A Paulista, se associou algumas vezes à Somague.

<sup>63</sup> Pois, muitas vezes, as empresas operacionais estão extremamente endividadas.

<sup>64</sup> Alguns sustentariam que, para isso, seria necessário mudança de lei. O nosso entendimento é que essa hipótese é perfeitamente abrigada pela razão da lei, e que, consonância com o aforismo romano *ubi eadem ratio, ubi eadem dispositio*, isto estaria de acordo com o Direito, e que o edital, no mister de interpretar/aplicar a lei poderia fazer tal exigência.

das empresas controladas – também os financiadores preferem dívida e garantias dadas pelas empresas operacionais.<sup>65</sup>

#### II.4.2. Modelagem da Qualificação Econômico-Financeira em Setores com Diversos Entrantes Potenciais, Setores Imaturos, e a Idéia de “Sinais de Capacidade Financeira”

Se, no entanto, o setor não for suficientemente maduro do ponto de vista financeiro, isto é se no setor não houver o hábito de realização da auditoria dos balanços e demonstrações financeiras, ou se houver grande interesse no setor de entrantes de ramos de atividade diferentes – como por exemplo, instituições financeiras, que, por um lado, se mostram capazes de, por meio de subcontratações, executar o objeto contratual, mas que dificilmente poderiam ser comparáveis em termos de índices de liquidez e endividamento com empresas de outros setores, pois, como é cediço, os bancos, pela sua própria natureza, operam muito mais alavancados que empresas no setor de construção ou de infraestrutura – então vale a pena voltar o processo de qualificação econômico-financeira para análise do que chamaremos aqui de “sinais” de capacidade financeira.

Para tanto, a melhor estratégia é prever, ao longo do processo de licitação, eventos que exigem do participante da licitação a prática de atos que consubstanciam sinais de capacidade financeira de dar cabo do projeto. A aferição desses sinais de capacidade financeira podem, entretanto, ser melhor acomodados na estrutura do processo licitatório previsto nas Leis 8.666/93, 8.987/95, e 11.079/04 como condições para assinatura do contrato. Por isso, tal aferição ocorre em regra após a adjudicação e homologação do processo seletivo.<sup>66</sup>

Três são os sinais de capacidade financeira em regra solicitados ao longo do processo licitatório<sup>67</sup>:

(a) a exigência de realização de aporte em dinheiro na SPE;

(b) a exigência de apresentação de seguros;<sup>68</sup>

(c) a exigência de apresentação de garantia de cumprimento de contrato (“*completion guarantee*”, ou “*performance bond*”).

Essas exigências são comuns em qualquer procedimento licitatório de concessões, PPPs e outras desestatizações. Quando, entretanto, eles são utilizados como instrumentos para obtenção de “sinais” de capacidade financeira, os

---

<sup>65</sup> Não é incomum que os bancos, nos seus processos internos de rating para concessão de crédito, em condições iguais, atribuam menor rating a uma empresa holding que a uma operacional, especificamente porque as receitas de uma holding dependem da decisão de distribuição de dividendos nas operacionais.

<sup>66</sup> É curial lembrar que a doutrina jurídica e também, no âmbito da Administração Federal, a jurisprudência do TCU já acolheram a distinção entre exigências de ordem econômico-financeira que integram o processo de seleção, e que devem, por isso, ser cumpridas por todos os licitantes, e exigências de ordem financeira que são condição de assinatura do contrato. Cf.: Decisão do TCU n. 554/1999 – Plenário, e Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Concessão de Serviço Público*, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, p. 47. Dessa distinção o TCU extraiu, ao nosso ver erroneamente, a possibilidade de aplicar a desclassificação ou inabilitação superveniente de proposta ao caso da não comprovação pelo primeiro colocado do cumprimento de obrigações de natureza econômico-financeira que são condição para a assinatura do contrato, de maneira a permitir que o segundo colocado da licitação assine o contrato nas condições da sua proposta. No nosso entendimento, o correto nesse caso seria a aplicação do art. 64, §2º, da Lei 8.666/93, pelo qual o segundo colocado deveria ser chamado para assinar o contrato nas mesmas condições da proposta do primeiro colocado, pois cremos que o entendimento acolhido pelo TCU pode dar margem no futuro a desistências fraudulentas por entidades colocadas em primeiro lugar em licitação, em conluio com o segundo colocado, para, conjuntamente, obterem vantagem com a contratação pela Administração por preço mais alto que o do vencedor originário da licitação.

<sup>67</sup> Há uma quarta exigência que era muito comum nos processos de privatização da década de 90, mas que foi questionada em algum momento pelo TCU (talvez por serem antigos, não conseguimos encontrar esses acórdãos) e que se tornaram menos comuns: a apresentação de carta de instituição financeira, que assegure a capacidade do participante da licitação de obter financiamento do projeto nas condições ofertadas, e/ou que garanta que há linha disponível de crédito aprovada a disposição do participante da licitação, com valores compatíveis com a estrutura de financiamento do projeto prevista na proposta do licitante. Costumava-se exigir que os bancos emitentes dessas cartas fossem “de primeira linha”. Essa prática, entretanto, se tornou rara, em primeiro lugar, porque já se questionou, na nossa opinião, sem fundamento técnico adequado, a licitude de se discriminar para esse efeito os bancos de primeira linha, dos demais bancos. Certamente, a expressão “primeira linha” precisaria ser mais bem definida para evitar discussões e dúvidas desnecessárias em processo de licitação que a utilizasse, por exemplo, estabelecer o rating das instituições que, para esse efeito, são de “primeira linha”.

<sup>68</sup> Cf.: itens II.5 e III.6.1.2 abaixo sobre a conveniência de exigência de rating mínimo das seguradoras.

valores exigidos são proporcionalmente maiores que os exigidos em projetos comparáveis.<sup>69-70</sup>

Perceba-se que a não apresentação dos seguros, da garantia de cumprimento do contrato, e/ou a não comprovação do aporte na SPE caracteriza descumprimento da obrigação de assinar o contrato, o que pode ensejar aplicação das sanções previstas no art. 81 e seguintes da Lei 8.666/93, e requerer convocação do segundo colocado para assinatura do contrato nas mesmas condições do primeiro (art. 64, da Lei 8.666/93), e, o que é extremamente relevante, a perda da garantia de proposta.

Note-se que quando o primeiro colocado se nega a assinar o contrato, o Poder Público fica em uma situação extremamente frágil<sup>71</sup>, pois os demais participantes poderão escolher, sem sanção, assinar ou não o contrato nas mesmas condições do primeiro colocado. Por isso, cremos ser curial, independentemente da assinatura ou não do contrato por outros participantes, a execução integral, nesses casos, independentemente de apuração de eventuais danos materiais ao Poder Público, da garantia de proposta do participante que ganhou a licitação, mas se negou indevidamente a assinar o contrato. O risco em que ele coloca o Poder Público e todo o processo de licitação e implantação do projeto, e o interesse público de gerar o incentivo para que todas as propostas em licitações sejam sérias e exequíveis, justifica a execução do valor integral da garantia de proposta do vencedor da licitação, que se negue a assinar o contrato.<sup>72</sup>

Com efeito, se ao final nenhum dos licitantes quiser assinar o contrato nas condições do primeiro colocado, então, provavelmente todo esforço do Poder Público para a estruturação do projeto e realização da licitação será inútil ou, pelo menos, boa parte dele, será desperdiçado. É que a percepção pública de insucesso do projeto nessas situações geralmente inviabiliza politicamente a sua relicitação. Portanto, a não assinatura do contrato pelo primeiro colocado deve ser tratada com o maior rigor legal possível, com a perda do valor total da garantia de proposta, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. Para isso, é importante que o edital preveja expressamente essa possibilidade.

#### II.4.3. A cumulação de exigência de patrimônio líquido, capital social mínimo, e garantia de proposta<sup>73</sup>

Um tema que é comum enfrentar-se quando da discussão de editais de licitação de concessão comum e PPP com os órgãos jurídicos responsáveis pela sua aprovação (procuradorias, advocacia geral, consultoria jurídica etc.) é sobre a possibilidade de cumular, como parte da habilitação econômico-financeira, a exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo, e capital social mínimo.

Essa discussão vem a propósito da locução do artigo 31, parágrafo 2º, da Lei 8.666/93, utilizar a conjunção

---

<sup>69</sup> Note-se que no setor de concessões de infraestrutura rodoviária, tanto no âmbito da União, quanto no caso de alguns projetos estaduais, o valor do seguro de garantia de cumprimento contrato exigido é praticamente igual ao valor do investimento previsto no respectivo ano, o que é excessivo, quando considerados parâmetros internacionais.

<sup>70</sup> Por exemplo, no projeto do Hospital do Subúrbio o valor do aporte foi de R\$20 milhões, para um projeto cujo investimento total é de aproximadamente R\$60 milhões. No caso do projeto Pontal de Irrigação, o valor do aporte é de R\$30 milhões, para um projeto com valor total de investimento estimado em infraestrutura de irrigação de R\$87 milhões. Neste caso, o investimento "on farm" depende da cultura escolhida pelo parceiro privado, mas, apenas para dar uma noção da dimensão do projeto, pode ser estimado em R\$300 milhões.

<sup>71</sup> Essa situação é especialmente frágil porque projetos de PPP e concessão demoram pelo menos um ano para serem desenvolvidos e, quando chegam ao período de licitação, já há grande expectativa da população e dos meios de comunicação em relação à sua implantação. Neste contexto, a não assinatura do contrato de PPP ou concessão significa insucesso de um projeto pelo qual os agentes políticos se comprometeram com a população e, geralmente, enfrentaram uma série de resistências para viabilizar a sua realização. A não assinatura do contrato significa muitas vezes perda de todo capital político investido no projeto. Daí que o incentivo nesse momento é para que o contrato de PPP ou concessão seja assinado em qualquer condição.

<sup>72</sup> A possibilidade de perda da garantia da proposta é o incentivo mais direto ao participante da licitação para realizar proposta sólida, refletida, séria que não esteja sujeita a risco de arrependimento. É um tema clássico da teoria e prática dos leilões a, assim chamada, "maldição do vencedor" (winner's curse), que é a descoberta a posteriori que a proposta vencedora do leilão era por demais otimista. No mercado de infraestrutura rodoviária, por exemplo, tem sido comum se dizer que as propostas da OHL para os 5 lotes de concessão federal nos quais ela sagrou-se vencedora em 2007 é exemplo de "maldição do vencedor". Isto, contudo, está ainda por ser provado.

<sup>73</sup> Agradecemos a Caio Loureiro e a Tatiana Martiello Cymbalista a realização da pesquisa jurisprudencial citada nessa rubrica e as discussões que tivemos sobre esse assunto.

adversativa “ou”, dando, pois, a entender que o agente público responsável pela modelagem do edital de licitação deveria escolher entre exigir a garantia de proposta, ou o valor de capital social mínimo, ou o valor de patrimônio líquido mínimo.

Em primeiro lugar, é preciso assinalar que a Lei 8.666/93 é de aplicação subsidiária às concessões comuns e PPPs para a prestação de serviços públicos, isto é, conforme diz o *caput* do art. 18, da Lei 8.987/95, “*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...*” Frise-se a expressão “no que couber”. E, como nas concessões comuns ou PPPs para a prestação de serviços públicos a qualificação econômico-financeira dos participantes da licitação tem importância muito superior do que nas licitações de contratos de serviço regulados pela Lei 8.666/93, nos parece plenamente justificável a interpretação de que, para os casos de desestatização de serviços, seja viável a cumulação da exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo. Portanto, a nossa posição é que é viável cumular essas exigências em licitações de concessão comum e PPP.<sup>74</sup>

Em relação, contudo, aos contratos regidos pela Lei 8.666/93 (que não se caracterizam, pois, como desestatização de serviço público), a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de proibir a exigência conjunta de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo, e capital social mínimo.<sup>75</sup> Isso, contudo, paradoxalmente, não tem impedido a cumulação dessas exigências nos editais de concessão comum e PPP do Governo Federal. Apenas a título de exemplo, essas três exigências foram cumuladas nos editais dos 7 (sete) lotes de concessões rodoviárias, de 2007<sup>76</sup>, e, também, no edital de concessão das rodovias BR 116/324.<sup>77</sup> Nesses casos, o TCU analisou os editais e não apontou nenhuma irregularidade no fato dessas exigências terem sido cumuladas, o que aponta para uma visão do TCU de que é possível cumular em editais de concessão comum e PPP as três exigências referidas acima.

Há, contudo, uma exceção: a subconcessão de um tramo da Ferrovia Norte-Sul, realizada em 2007, pela Valec, sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério dos Transportes, concessionária da Ferrovia Norte-Sul. Na licitação daquela subconcessão, não permitiu o TCU que fossem cumuladas as exigências referidas, optando, neste caso, o TCU pela posição de que as exigências de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo são alternativas.

Na jurisprudência dos tribunais, não encontramos decisão sobre esse assunto atinente a editais de desestatização. Há julgados isolados sobre licitações relativas a outros tipos de contratos: uma decisão do STJ<sup>78</sup>, que trata como alternativas as exigências acima mencionadas, e uma decisão do TJSP<sup>79</sup>, que permite que se cumule a exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo, como parte do processo de habilitação econômico-financeira.

## II.5. A cronologia da recepção de documentos e a competitividade da licitação: separação da recepção dos documentos da pré-qualificação dos documentos da proposta, separação da recepção das garantias de proposta do restante da documentação, e tempo entre a abertura de proposta e o leilão

Uma questão de extrema relevância especialmente para evitar conluios é a estruturação do procedimento de licitação de maneira que os participantes não possam modificar as suas propostas após saberem qual é o universo de

---

<sup>74</sup> *Perceba-se, que ao contrário do que muitas vezes é comum se pensar, em condições ordinárias, muito dificilmente poderia a garantia de proposta se tornar barreira de entrada para participantes de licitação. É que, apesar do preço dessas garantias variarem ao sabor do mercado, ao tempo da redação deste livro, para garantias de proposta com coberturas no valor de em torno de R\$20 milhões, com validade de 180 dias, no setor de concessão rodoviária, o preço para nomes investment grade em escala local estava em torno de 10bps, ou seja, 0,1% do valor da cobertura máxima do seguro.*

<sup>75</sup> *Cf.: acórdãos nº 1664/2003, da Primeira Câmara, decisões nº 681/1998, e nº 581/2000, ambas do Plenário, e acórdãos de nº 808/2003 e 108/2006, também do Plenário. Cf. também: acórdão 102/2007, 1694/2007, e 1871/2005.*

<sup>76</sup> *Cf.: TC 008.896/2005.*

<sup>77</sup> *Cf.: TCU Acórdão 101/2007*

<sup>78</sup> *STJ, RE nº 822.337 - MS (2006/0039188-9).*

<sup>79</sup> *Cf.: TJSP, 8ª câmara de direito público, apelação Cível nº 097.183-5/7-00.*



participantes da licitação.

Particularmente, duas situações devem ser evitadas: a primeira é a separação entre recepção dos documentos para pré-qualificação/habilitação e os documentos relativos à proposta.

Note-se que a Lei 8.666/93 permite, no seu artigo 114, a realização de pré-qualificação “...sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.” Essa pré-qualificação em regra não deve implicar na separação da recepção pelo Poder Público dos documentos de qualificação, da recepção da proposta. É que, ao separar o momento de entrega desses dois conjuntos de documentos, a Administração permite que os participantes da licitação conheçam o exato universo daqueles que apresentarão proposta, antes que essas propostas sejam definidas. Ora, especialmente se esse universo for reduzido, cria-se nesse momento espaço para a ocorrência de conluíus. Por isso, o melhor, é sempre que possível, receber os documentos da pré-qualificação/habilitação em conjunto com os documentos da proposta.

A questão, entretanto, nem sempre é tão simples. Em licitações de projetos complexos, que demandam dos participantes da licitação investimento alto para a confecção da própria proposta na licitação, muitas vezes, alguns dos mais sérios agentes do setor só participam da licitação – quer dizer só decidem fazer o investimento necessário à participação na licitação – se tiverem clareza que estarão competindo com empresas de qualificação semelhante.<sup>80</sup> Nesses casos, a entrega de proposta em conjunto com os documentos de pré-qualificação/habilitação, afasta esses potenciais participantes. Em casos como esse, cumpre à Administração sopesar, em conjunto com os seus consultores para estruturação do projeto, em que medida faz sentido separar o processo de pré-qualificação/habilitação da entrega das propostas e correr o maior risco de conluíus, ou minimizar esse risco e enfrentar a possibilidade de ter potenciais participantes sérios excluídos da licitação. A decisão deve ser tomada caso a caso em vista da busca da melhor proposta para o Poder Público, e considerando a cultura do setor (que o torna mais ou menos fértil para ocorrência de conluíus), o contexto específico do mercado e do projeto na época da licitação.

Outra situação a ser evitada é a que permite aos agentes públicos envolvidos com o processo de licitação delimitar, com absoluta certeza, o universo dos participantes da licitação antes do recebimento das propostas. Neste caso, apesar dos participantes da licitação não terem acesso diretamente à informação sobre o universo dos que oferecerão proposta na licitação, não é incomum a informação da lista de participantes vazar do Poder Público para um ou para alguns dos participantes da licitação. Tome-se como exemplo o caso do procedimento de licitação no qual a entrega das garantias de proposta é feita dias antes da entrega dos demais documentos. Na data da entrega das garantias de propostas, os agentes públicos envolvidos no processo licitatório terão a informação sobre o universo de participantes da licitação. Muitas vezes essa informação vaza, o que permite que os potenciais participantes da licitação conversem entre si antes da entrega das propostas<sup>81</sup>

Além disso, em relação a uma situação algo diversa, nas licitações em que à abertura dos envelopes com propostas de preço segue-se a realização de leilão eletrônico ou em viva-voz entre aqueles que se classificaram em melhor condição<sup>82</sup>, é importante que o leilão eletrônico, ou em viva-voz ocorra logo depois da abertura dos envelopes de preço. É que, como após a abertura dos envelopes de preço, define-se o universo daqueles que participarão do leilão em viva-voz ou eletrônico, é importante que não haja tempo para eventuais negociações entre eles de modo a haver formação de conluio, durante a licitação, para evitar que o preço ao Poder Público seja melhorado por ocasião do leilão em viva-voz, ou eletrônico.

Por último, cabe fazer um comentário sobre o impacto do uso da – agora tão comum em licitações de concessões, PPPs ou outras desestatizações – inversão de fases da proposta e habilitação no incentivo à entrada e formação de conluíus. No nosso entendimento, tomados os cuidados acima mencionados para não separar a entrega dos documentos de habilitação dos documentos de proposta, a adoção da inversão de fases na licitação é indiferente no mister de

---

<sup>80</sup> Isso ocorre mesmo porque o número menor de participantes aumenta estatisticamente as chances de cada participante ganhar a licitação. Uma das formas de lidar com essa situação seria estipular um valor de reembolso do custo para realização da proposta, pelo participante vencedor das licitações aos vencidos. Esse sistema requer, no entanto, a realização de um processo rigoroso de pré-qualificação para evitar a participação de empresas que não tenham nenhuma condição de vencer o certame, mas que participe com intuito de receber o pagamento estipulado do custo da proposta.

<sup>81</sup> Note-se que é comum, para a compra dos documentos do edital em meio físico, ou do acesso pela internet, a realização de cadastro do comprador ou daquele que acessa os documentos. A obtenção desse cadastro é, entretanto, evidentemente insuficiente para caracterizar a delimitação do universo de participantes, que possibilitaria em tese a ocorrência de conluio.

<sup>82</sup> Cf.: art. 12, §1º, da Lei de PPP.

encorajar a entrada e prevenção de conluios. A inversão das fases de habilitação e proposta é, no entanto, extremamente importante para aumentar a eficiência do processamento dos recursos sobre habilitação. Mas sobre isso, encaminhamos o leitor para a leitura do item XIII, dos nossos Comentários à Lei de PPP.

## II.6. Outras questões que afetam a eficiência do procedimento licitatório sem afetar a sua competitividade

### II.6.1. Garantia de proposta, sua forma e momento de abertura<sup>83</sup>

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. Também nas licitações de concessões comuns ou PPPs, por consequência da aplicação subsidiária da Lei 8.666/93, costuma-se entender que a garantia de proposta também faz parte nesses casos do conjunto de documentos da habilitação.

A razão pela qual a Lei 8.666/93 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 sua proposta. Como nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993 os documentos de habilitação são os primeiros a serem 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, da Lei de PPP, ou art. 18-A, da Lei Geral de Concessões). 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.<sup>84</sup>

Perceba-se que, apesar de não haver nenhuma autorização legal explícita para que, no caso de inversão de fases da licitação, a garantia de proposta seja aberta antes da proposta, a necessidade de trazer nestes casos a abertura da garantia de proposta para antes da abertura de proposta é tão evidente que, em absolutamente todos os casos que

---

<sup>83</sup> Nesta rubrica, utilizamos como base para o texto o livro (Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007), item XI.2. Lucas Navarro Prado co-autor conosco do Comentários à Lei de PPP não tem qualquer responsabilidade pelas alterações que realizamos nesse texto.

<sup>84</sup> Uma pergunta relevante é saber, em procedimento com inversão de fases entre proposta e habilitação, se a garantia de proposta poderia ser executada não apenas no caso de descumprimento de obrigação para a assinatura do contrato, mas também no caso de inabilitação, eis que nesse tipo de procedimento a inabilitação é superveniente ao julgamento de propostas, e o participante da licitação poderia ter praticado uma série de atos atentatórios contra a seriedade do procedimento licitatório, já sabendo de antemão, que os seus documentos entregues dentro do seu envelope de habilitação não são suficientes ou adequados para que o poder público o tenha como habilitado. Para eliminar a ocorrência desse tipo de situação, cremos ser viável, em procedimento com inversão de fases da licitação, que a garantia de proposta seja executada por inabilitação de proponente, desde que essa possibilidade seja expressamente prevista no edital de licitação. Admitimos, no entanto, que não é comum essa previsão de possibilidade de execução da garantia de proposta por inabilitação em procedimentos desse tipo.

tivemos conhecimento de haver inversão de fases, os respectivos editais previram a abertura da garantia de proposta antes da abertura da proposta, e não nos consta que tenha havido qualquer questionamento disso.

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 que o edital, a título de disciplinar o procedimento para a prestação das garantias, define 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 vinculada ao procedimento de licitação) ou avaliar a autenticidade, validade e liquidez dos títulos públicos oferecidos. Portanto, cremos que o melhor entendimento desse dispositivo é o que deixa à Administração Pública, com base no Princípio da Eficiência, a liberdade de estabelecer qual a melhor forma de receber as garantias de proposta da licitação. Como ficará claro nas linhas a seguir, um eventual “direito de escolha” da forma de garantia não poderia ser exercido pelo participante da licitação senão mediante as diversas especificações que a Administração estabelecesse, especialmente porque seria condição do exercício desse direito 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. Mas deixemos a argumentação sobre esse ponto em aberto por alguns minutos enquanto procedemos à análise das diversas formas de garantia previstas em lei, para dar ao leitor a percepção da complexidade da análise exigida para cada tipo de garantia. Voltaremos a seguir para alinhar a nossa conclusão no sentido de que a Administração tem o poder de escolher em cada edital de licitação quais as garantias a serem passíveis de utilização e dar configuração a essas garantias, em cada caso, adequadas para o fim a que se destinam.

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. Sobre esse tema, é curial tecer algumas considerações.

Em primeiro lugar, ao pedir que os títulos sejam avaliados pelo seu valor econômico, o dispositivo abriu duas possibilidades, a primeira e mais óbvia, é avaliação dos títulos conforme valor de mercado, o que é viável para aqueles títulos que têm alta liquidez, isto é que são negociados com mais frequência no mercado. Isso é, entretanto, inviável para os demais títulos públicos, que não gozam de tamanha liquidez. Para esses títulos menos líquidos, resta apenas a segunda opção, que é a realização da sua avaliação mediante critério econômico outro, diverso do valor de mercado, por exemplo, uma avaliação por especialista, com base em referências comparáveis. O grande problema é que esse tipo de avaliação não é nem trivial, nem segura, além de demandar a disponibilidade de especialista que teria que, em cada caso, ir pesquisar referências confiáveis para ao fim estipular um valor para os títulos recebidos. Evidentemente, não faz sentido onerar o poder público com o ônus de promover todo esse processo de avaliação em meio a uma licitação, ainda mais se sabendo que, mesmo que tudo corra bem, a avaliação final dos títulos com pouca liquidez será sempre bastante incerta, com risco inclusive de vulnerar o princípio da igualdade de tratamento entre os licitantes (pois outros licitantes estariam oferecendo garantias de valor certo). Daí porque achamos que a melhor interpretação do § 1º, do art. 56, da Lei 8.666/93, é que a Administração pode limitar o rol de títulos públicos àqueles que têm cotação disponível no mercado, como, por exemplo, as Letras do Tesouro Nacional – LTN, Letras Financeiras do Tesouro - LFT, Notas do Tesouro Nacional – série C – NTN-C, Notas do Tesouro Nacional – série B principal – NTN-B Principal, ou Notas do Tesouro Nacional – série F – NTN-F.<sup>85</sup>

Outra discussão importante, ainda sobre o assunto das garantias realizadas por meio de títulos públicos, é a questão da variação do valor dos títulos ao longo do procedimento de licitação. Procedimentos de licitação de concessões e PPP podem durar às vezes mais que seis meses. Nesse período, o valor de mercado dos títulos está sujeito a grandes variações. Alguns dos títulos acima citados, por exemplo, sofrem variação de até mesmo 30% do seu valor de mercado em períodos menores que três meses. Portanto, é importante haver disposição no edital sobre se a

---

<sup>85</sup> Nos casos das licitações em bolsa de valores, a bolsa pode disponibilizar o serviço de checagem tanto da regularidade da caução do título, quanto do valor de mercado dos títulos caucionados.

Administração fará alguma verificação periódica do valor de face dos títulos dados em garantia, e prever como serão feitos ambos, a recomposição do valor da garantia caso os títulos percam valor, ou a devolução de títulos, caso eles sejam valorizados para além da garantia exigida.<sup>86-87</sup>

Em relação às garantias prestadas por meio de fiança bancária ou de seguro-garantia, 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.<sup>88</sup>

Um problema que está a requerer o desenvolvimento de uma solução jurídica é o da verificação do perfil (“rating”) de crédito das entidades (bancos ou seguradoras) emissoras das garantias. Esse problema é mais agudo porque tanto os bancos quanto as seguradoras são entidades sujeitas a forte regulação, de maneira que o mero fato delas terem a autorização dos seus órgãos regulatórios para funcionamento deveria, em tese, ser suficiente para presumir a sua capacidade de fazer face aos seguros e fianças que emitem. Contudo, não tem sido incomum, especialmente nas licitações de obras menores de departamentos de estradas de rodagem estaduais, o poder público resolver executar garantias e se dar conta de que a emissora do seguro-garantia não tinha condições de fazer face às garantias.

Em relação às concessões e PPPs, cremos que a melhor solução para essa situação é prever no edital de licitação o rating de crédito mínimo da instituição que vier a prover a garantia. No caso de seguradora e resseguradora, por exemplo, requerendo que seja uma instituição com classificação de força financeira de longo prazo, em escala nacional, superior ou igual a “Aa2.br”, “brAA” ou A(bra), conforme divulgado pelas agências de risco Moody’s, Standard & Poors ou Fitch, respectivamente. No caso de instituição financeira, é conveniente requerer-se que seja uma instituição financeira com classificação de rating nacional de longo prazo (no caso de fiança bancária) ou força financeira em escala nacional (no caso de seguro-garantia) superior ou igual a “Aa2.br”, “brAA” ou A(bra), conforme divulgado pelas agências de risco Moody’s, Standard & Poors ou Fitch, respectivamente.<sup>89-90</sup> Mais que uma dezena de instituições

---

<sup>86</sup> Outra opção menos trabalhosa do ponto de vista da operacionalização do acompanhamento do valor da garantia, mas um pouco menos segura do ponto da manutenção do valor da garantia, e talvez mais sofisticada estatisticamente do que os operadores jurídicos estariam dispostos a aceitar, seria, para eliminar o trabalho de acompanhamento do valor dos títulos ao longo do processo de licitação, prever no edital uma fórmula que ponderasse o valor dos títulos a serem depositados em garantia, pela sua variância, ou desvio padrão, considerando o período, por exemplo, de um ano anterior à data de entrega dos títulos. Isso tornaria o valor dos títulos dados em garantia proporcional à sua volatilidade. Do ponto de vista estatístico, essa seria uma fórmula bastante simples, contudo, em vista de embutir uma “sobregarantia” para compensar a volatilidade dos títulos, seria sem dúvida passível de questionamentos jurídicos.

<sup>87</sup> Vale notar, que nas licitações de concessões e PPP realizadas em bolsa de valores, a BM&F Bovespa tem disponibilizado o serviço de checagem e atualização do valor das garantias para os órgãos governamentais que a contratam. Esse serviço funciona automaticamente sem qualquer interferência do órgão governamental. A BM&F Bovespa realiza diariamente a checagem do valor dos títulos públicos e periodicamente notifica o participante da licitação nos casos em que for necessária a complementação, ou redução do valor da garantia, mantendo em todo caso a entidade governamental informada da situação das garantias de cada proponente, e recomendando, se for o caso, a inabilitação de proponente cuja garantia de proposta se mantenha abaixo do valor requerido no edital, após decorrido o prazo previsto para sua recomposição.

<sup>88</sup> Cf.: Circular SUSEP n° 232, de 3 de junho de 2003, que regulamenta as condições dos contratos de seguro-garantia.

<sup>89</sup> É bem verdade que no passado o TCU tomou decisão, em relação à exigência, comum na época, de que os participantes de licitações de PPP e concessões apresentassem uma carta de um banco “de primeira linha” assegurando a viabilidade da sua proposta e dizendo que disponibilizaria os recursos necessários ao cumprimento do quanto proposto. Proibiu o TCU a exigência de que tais bancos fossem “de primeira linha”, por suposta subjetividade para aplicação dessa expressão, e por ser supostamente indevida essa discriminação. Note-se que tivemos contato com essa decisão no passado, mas não conseguimos encontrar a sua referência, talvez porque seja de meados da década de 90. Em situação diversa, mas relacionada também à discussão em tela, permitiu o TCU o estabelecimento de critério de julgamento da melhor técnica que pontuava melhor os licitantes que apresentassem documentação comprobatória de deterem certificação ISO 9001. Por outro lado, inadmitiu o TCU que a certificação ISO 9001 fosse usada como condição de habilitação dos licitantes. A admissão da certificação ISO 9001 pelo TCU, apesar de em situação diversa da em discussão, representa o reconhecimento pela corte de contas federal que mecanismos de certificação de mercado, de reputação amplamente reconhecida, podem ser utilizados no processo seletivo, para garantir que o poder público obterá a qualidade dos serviços definida no contrato. A exigência de um rating mínimo das garantias de proposta e de execução de contrato é mutatis mutandi o mesmo mecanismo aplicado, contudo, às exigências ancilares, de natureza financeira, com o objetivo de proteger o Poder Público de garantias de proposta e de execução de contrato que defraudam o seu próprio objetivo. A falta, por exemplo, da garantia adequada de proposta faz presumir a não seriedade, e, portanto, a não validade da própria proposta. Ademais, essa é única solução razoável para ambos, proteger o poder público, discriminando as garantias com base em critério objetivo e reconhecido pelo mercado.

financeiras, e mais que cinco seguradoras ou resseguradoras cumpriram esse requisito em março de 2010.<sup>91</sup>

Os níveis de *rating* aconselhados acima estão levemente acima do grau de investimento em escala local, e seguem os padrões que são em regra requeridos por bancos que realizam empréstimos sob a modalidade de “*project finance*”,<sup>92</sup> quando requerem dos seus financiados garantia de execução de contrato (por exemplo, *completion guarantees*, ou seja garantia de que a construção do projeto será completada). Portanto, o que está a se aconselhar aqui é que o Poder Público siga os melhores padrões de mercado quando solicitar garantias. E isso se aplica, tanto a garantias de proposta, como é o caso em tela, quanto a garantias de cumprimento de contrato.

Perceba-se que os critérios recomendados acima já foram utilizados para as garantias de cumprimento de contrato no Contrato de Concessão Administrativa do Hospital do Subúrbio, do Estado da Bahia, e que, naquele caso, não foram objeto de qualquer questionamento.<sup>93</sup> Exigência semelhante no que concerne ao *rating* da força financeira das seguradoras, também constou do contrato de concessão rodoviária do sistema da BA093.<sup>94-95</sup>

Voltando agora à discussão sobre se há ou não um direito de escolha da garantia do participante da licitação que permitiria exigir da Administração receber, em qualquer processo, qualquer das formas de garantia legalmente previstas: 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 muitas vezes 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). Parece-nos, portanto, que a Administração pode escolher quais, entre as formas de garantia previstas no art. 56, da Lei 8.666/93, são admitidas em cada processo de licitação. Essa escolha, entretanto, deve ser sempre suportada pela sua razoabilidade e pela sua fundamentação no Princípio da Eficiência.

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 aos contratos de concessão comum e PPP, a referência ao “valor do contrato” deixa margem para

---

<sup>90</sup> No caso de licitações feitas em bolsa de valores, por exemplo, na BM&F Bovespa, ela disponibiliza para o Poder Público o serviço de análise não apenas da validade formal da garantia, mas também da solvabilidade da garantia, o que é feito por meio de uma análise de crédito do emitente da garantia. Essa análise é feita seguindo os padrões utilizados também para todas as demais operações em bolsa. Já presenciamos situação em que o fato do emitente da garantia ser desconhecido levou a BM&F Bovespa a aconselhar a Comissão de Licitação a não receber a garantia. Contudo, como se tratava de garantia formalmente válida a Comissão resolveu tê-la por válida, independentemente da análise de solvabilidade da garantia, por meio da definição do *rating* de crédito do seu emissor. A Comissão de Licitação neste caso, na nossa opinião, agiu corretamente, pois não havia no respectivo edital de licitação fundamento para a não aceitação da garantia com base no *rating* de crédito do seu emitente. Contudo, cremos que seria conveniente a existência de tais regras, exatamente para permitir a não aceitação de garantias que tenham baixa possibilidade de serem honradas.

<sup>91</sup> Sobre isso, consulte-se o website das agências de *rating*, que disponibilizam, de tempos em tempos lista com os *ratings* das diversas instituições financeiras e seguradoras. Por exemplo, para a Standard & Poors, os *ratings* de força financeira para América Latina podem ser encontrados em [http://www2.standardandpoors.com/spf/pdf/fixedincome/FSR\\_Portuguese.pdf](http://www2.standardandpoors.com/spf/pdf/fixedincome/FSR_Portuguese.pdf). Já para a Moody's estava em março de 2010, na seguinte página [http://www.moody.com.br/brasil/pdf/January\\_LARL\\_Brazil\\_2008.pdf](http://www.moody.com.br/brasil/pdf/January_LARL_Brazil_2008.pdf).

<sup>92</sup> Uma explicação, ainda que perfunctória, do que caracteriza a modalidade de financiamento de projeto (*project finance*) pode ser encontrada nos itens **Error! Reference source not found.**.

<sup>93</sup> Cf.: cláusula 18.1.1, e 19.4.3, do contrato de concessão administrativa do Hospital do Subúrbio, disponível, em março de 2010, no seguinte link [http://www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio/docs/EditalPPP\\_HospitalSuburbio.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio/docs/EditalPPP_HospitalSuburbio.pdf).

<sup>94</sup> Cf.: Cláusula 21.1.1, do Contrato de Concessão, disponível no website do DERBA, [www.derba.ba.gov.br](http://www.derba.ba.gov.br).

<sup>95</sup> O desenvolvimento da idéia de se exigir *rating* para esses casos e a pesquisa para a verificação do nível de *rating* cabível foi feita por Andrea Azeredo, a quem agradecemos pelas informações detalhadas que nos foram passadas, e pelas discussões que tivemos sobre esse assunto.

flexibilidade em relação ao limite da garantia, pois inexistente critério peremptório para a definição do que é “valor de contrato” de concessão comum, administrativa ou patrocinada. 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 a preços constantes.<sup>96</sup>

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 desnecessária no procedimento licitatório.

#### II.7.A discussão em torno da exigência de plano de negócios a título de metodologia de execução, proposta técnica ou proposta econômica e a idéia de inexecutabilidade da proposta em concessões e PPPs

Discute-se, com frequência, em processos de desestatização, a conveniência de se requerer a apresentação a título de metodologia de execução do contrato, ou ainda, como parte da proposta técnica, ou juntamente com a proposta econômica, do plano de negócios da futura concessionária.

Preliminarmente, vale a pena entender o que é geralmente chamado de plano de negócios, para esse efeito. Muito embora a expressão plano de negócios designe o conjunto de informações necessárias para caracterizar um novo negócio ou empreendimento – inclusive informações sobre o setor no qual está inserido, mercado alvo, estratégia, demanda, receitas, custos principais, principais insumos, etc., e, por fim, fluxo de caixa estimado do negócio, considerando alguns cenários possíveis – no caso dos planos de negócio exigidos nas licitações de concessão comum e PPP, podemos distinguir claramente três partes, que terminam tendo funções diferentes na licitação:

- (a) A primeira, que podemos denominar de *estratégica*, na qual o participante da licitação provê informações sobre o negócio, suas características, principais riscos, custos, e receitas, e sobre como ele pretende se financiar e se organizar para explorá-lo;
- (b) A segunda, a qual tem natureza mais *técnica*, que envolve estudo preliminar e anteprojeto, conceituação e plantas esquemáticas, cortes, elevações, perspectivas, ou equivalentes, tudo a depender evidentemente do tipo de obra, serviço ou equipamentos envolvidos na consecução do objeto da concessão;
- (c) A terceira, que consubstancia *fluxo de caixa*, na qual é apresentada um conjunto de planilhas, geralmente em meio digital, preenchidas pelo participante da licitação, com base em modelos (“*templates*”) disponibilizados pelo Poder Público juntamente com o edital, das quais constam informações sobre estimativas de receitas e custos de investimento e operação ano a ano, custos financeiros, de capital próprio e de terceiros, forma de financiamento, e demais premissas financeiras utilizadas pelo participante da licitação para planejamento da concessão.

Feita uma primeira definição do plano de negócios, duas notas precisam ser feitas.

Em primeiro lugar, é importante observar que as discussões sobre o plano de negócios podem ser desdobradas em dois tópicos correlatos: o primeiro, sobre a sua utilização na licitação, como instrumento para selecionar participantes; e, o segundo sobre seu uso enquanto anexo do contrato, para mera informação do Poder Concedente, ou como instrumento vinculante para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na licitação, o plano de negócios pode ser exigido a título de metodologia de execução<sup>97</sup>, como parte da proposta

---

<sup>96</sup> Ver sobre isso (Ribeiro e Prado, *Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*), item II.5.1.

<sup>97</sup> O art. 31, §8º, da Lei 8.666/93, estabelece o seguinte:

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

Fica claro no dispositivo acima que a possibilidade de se exigir a metodologia de execução está condicionada ao grande vulto e alta complexidade do objeto do contrato. No caso de contratos de desestatização, eles geralmente são considerados contratos complexos, do ponto de vista técnico e do ponto de vista econômico-financeiro, mesmo quando se trata de contrato cujo objeto é uma expertise já disponível no mercado. É que, ainda quando o objeto é comum – no sentido de haver vários agentes executando contratos semelhantes no mercado – ele não é trivial, pois a prestação de serviço adequada por longo prazo envolve a gestão de questões técnicas, econômicas e financeiras, cuja junção e concomitância tornam o cumprimento do contrato sempre algo complexo. Por isso é que, geralmente, em processos de

técnica, ou como documento, anexo, que fundamenta e dá substância à proposta econômica.

Como metodologia de execução, a análise do plano de negócio se torna parte da análise dos documentos de qualificação, sendo, por isso, avaliado por critério “passa ou perde”, pelo qual, se os requisitos mínimos definidos no edital são atendidos, o plano de negócios é dado simplesmente por qualificado.

Já como parte da proposta técnica, o plano de negócios é julgado com base nos diversos critérios estabelecidos no edital para julgamento de técnica. Neste caso, a comissão de licitação atribuirá pontos que são contados para efeito de comparação entre as propostas dos diversos participantes da licitação. Mesmo nesse caso, geralmente, o edital estabelece um número mínimo de pontos para que as propostas sejam consideradas válidas. Se esse número mínimo não for atingido, a proposta técnica é desclassificada. Se ele for atingido, então a proposta é dada como válida e os pontos que lhe foram atribuídos utilizados para o julgamento de melhor técnica.

Por fim, quando incluído como parte da proposta econômica, ou como seu anexo, o plano de negócios é avaliado como instrumento que dá substância à proposta econômica. Nesta função, o plano de negócios, em regra, é avaliado como condição de validade da proposta. Eventual descumprimento das características mínimas estabelecidas no edital para a validade do plano de negócios, levaria a desclassificação da proposta.

A apresentação do plano de negócios pode ser solicitado também no edital apenas como condição para a assinatura do contrato. Nessa caso, o plano de negócio pode ser, ou um anexo não vinculante, que apresenta sob a forma de declaração do concessionário, e para mera informação do Poder Concedente, um detalhamento adicional sobre como o concessionário pretende executar o contrato; ou, o plano de negócios pode ser o principal instrumento e referência para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Em qualquer caso, o plano de negócios não pode contrariar o previsto no edital e contrato; por isso, é importante que conste do edital e do contrato regra que diga expressamente que, caso haja conflito entre o plano de negócios e o edital ou contrato de concessão comum e PPP, prevalecem sempre os últimos.

Além disso, cabe notar que em todos os casos em que o plano de negócios é utilizado na licitação, ele se torna depois anexo do contrato, ou com função meramente indicativa, ou com função vinculante com efeitos sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Quanto à conveniência de se exigir plano de negócios, como parte da documentação para a licitação. As principais justificativas para tanto são:

- (i) verificar a capacidade do participante da licitação de redigir um plano coerente, do ponto de vista estratégico;

---

desestatização de serviços públicos, não há questionamentos ou maiores discussões sobre o alto grau de complexidade a autorizar a exigência de metodologia de execução.

No que toca ao requisito de ter o contrato grande vulto, não há consolidação de um critério claro a definir “grande vulto” para esse efeito. De qualquer modo, como os contratos de desestatização são, na maioria das vezes, contratos de longo prazo, e que envolvem investimentos relevantes, e, por isso, o valor do contrato – por qualquer que seja o critério para sua definição (valor de investimento, receitas futuras da SPE, etc.) – é geralmente um valor acima da centena de milhão de reais, também geralmente as desestatizações de serviço público caracterizam serviços de grande vulto.

Mesmo naqueles casos de PPP nos setores de infraestrutura social, como hospitais, escolas etc., nos quais os custos de investimento são pequenos *vis a vis* os custos operacionais, geralmente os valores dos custos operacionais ao longo do tempo são suficientes para também atingir esses grandes montantes, de maneira que, em regra, se enquadram no requisito de serviços de grande vulto.

No caso dos projetos de desestatização de serviço público, geralmente, exige-se a título de metodologia de execução o plano de negócios. Isso ocorre porque a rigor, na maioria dos casos, a *expertise* exigida para implantação e operação de uma concessão é principalmente financeira e de gestão. Daí que faz sentido interpretar-se a metodologia de execução, como metodologia de execução econômico-financeira, e, dessa forma, exigir-se o plano de negócios.

Mas até este ponto não há maiores controvérsias: planos de negócios já foram exigidos a título de metodologia de execução em diversas licitações sem que houvesse maiores questionamentos sobre isso. Na verdade, planos de negócios já foram exigidos também como parte da proposta técnica, e, em outros casos, como documentação integrante da proposta econômica. E, na nossa experiência, nunca houve qualquer questionamento de tais exigências. Assim é que é possível afirmar que, na experiência brasileira de desestatizações, a possibilidade de se exigir planos de negócio, a título ou de metodologia de execução, ou como parte da proposta técnica ou econômica, é pacífica do ponto de vista da sua juridicidade, e que até o presente não foi objeto de questionamentos relevantes.

- (ii) avaliar a qualidade técnica das soluções e metodologias previstas no plano de negócios;
- (iii) verificar a exequibilidade técnica e financeira do que o participante da licitação pretende fazer, caso saia-se vencedor da licitação.

Em relação às razões (i) e (ii) acima, nos parece que, no Brasil, elas não são razões suficientes para se exigir plano de negócios. É que, como já fizemos notar no item II.3.2 acima, existe, muitas vezes, disponível no mercado a *expertise* de elaboração de boas propostas, por pessoas ou empresas que não têm a menor capacidade de executá-las. Por isso, o fato do plano de negócios estar eventualmente extremamente bem elaborado não significa que a empresa que o entregou tem capacidade de executar adequadamente o que ele prevê. Essa situação é ainda mais aguda quando a *expertise* requerida para elaborar o plano de negócios está disseminada no mercado.

Em relação ao argumento (iii) acima, na nossa experiência, nunca assistimos situação em que a Administração Pública declare inexecutável proposta em licitação de concessão comum e PPP. E isso por várias razões. Em primeiro lugar, porque é muito difícil de estabelecer critérios objetivos para distinguir o que é uma proposta agressiva (e, portanto, viável, mas ousada), do que é uma proposta inexecutável.

Quanto a esse ponto, vale a pena chamar a atenção especificamente para a questão da avaliação dos custos estimados pelo participante da licitação em sua proposta. Em regra, o Poder Público não tem a menor condição, ao longo de um processo de licitação, de avaliar se esses custos correspondem ou não à realidade, mesmo quando tem contratados os melhores consultores técnicos, pois é muito difícil em projetos envolvendo obras relevantes, a realização dessa avaliação. Na prática, o que acontece é que, na impossibilidade de avaliar de fato os custos, eles terminam aceitos sem maior análise.

Além disso, exatamente pela dificuldade de realizar a distinção entre proposta agressiva e proposta inexecutável, é também difícil para os agentes públicos integrantes da comissão de licitação, bancar, da perspectiva política, declarar inabilitado um participante da licitação que, tendo oferecido garantias de proposta reputadas válidas, declara ser capaz de prestar o serviço por um preço muito menor do que o de seus concorrentes. Note-se que desqualificar esse participante da licitação sem ter um fundamento objetivo e relevante, é como renunciar a benefícios financeiros para o usuário do serviço e para a Administração.

Por último, note-se que, da perspectiva econômica, a principal razão porque a licitação é necessária para a concessão comum e PPP, é a grande assimetria de informação no que toca à avaliação da concessão enquanto um negócio. Neste contexto, é até mesmo previsível que alguns participantes da licitação – por uma série de razões que envolvem a sua visão do negócio, sua estratégia, as sinergias com outros negócios que detém, ganhos de escala e de escopo etc. – proponham preços bastante diversos na licitação, sem que necessariamente os preços desviantes sejam inexecutáveis.

Vale trazer a colação um exemplo recente, bastante didático sobre esse tema: a licitação dos 7 lotes de concessão rodoviária federal, na qual a empresa OHL ganhou 5 desses lotes, com deságios em relação à tarifa-teto que chegavam a mais de 65%. Os diversos (mais de 14) participantes daquela licitação questionaram a exequibilidade da proposta da OHL, e tentaram inabilitá-la. O esforço foi vão, exatamente porque não havia critérios objetivos para se dizer que a proposta da OHL era inexecutável. A OHL sagrou-se vencedora desses 5 lotes e assinou o contrato. Vários atrasos ocorreram nas obras a serem realizadas pela OHL, alguns conseqüentes das dificuldades de financiamento decorrentes da crise financeira que se abateu sobre o mundo, outros por conseqüência de dificuldades com licenças ambientais. Para resolver isso, foi necessária uma renegociação, com a ANTT, do cronograma do contrato daqueles 5 lotes de concessão. Passado o ponto mais difícil da crise, e tendo tais projetos já entrado em operação, até o presente é ainda incerto em que medida os preços oferecidos naquela oportunidade pela OHL, de fato, eram ou não inexecutáveis.<sup>98</sup>

Por tudo isso, achamos que, simplesmente, não faz sentido exigir o plano de negócios na licitação de concessão comum e PPP.

Em relação à exigência de apresentação do plano de negócios como mera condição para a assinatura do contrato,

---

<sup>98</sup> No Brasil houve outros dois exemplos de leilão de privatização e de autorização de prestação de serviço público, com envelopes fechados em que a diferença entre a primeira proposta e as seguintes foi muito além do esperado, sem que houvesse aparentemente qualquer conseqüência em termos de inexecutabilidade, nem na licitação, nem superveniente. O mais famoso é a compra do Banespa pelo Santander, pelo valor de R\$ 7,050 bilhões, que representou um ágio de 281,02% sobre o lance mínimo exigido de R\$ 1,85 bilhão. O segundo colocado nesse leilão foi o Unibanco com proposta no valor de R\$ 2,1 bilhões, com ágio de 13,5%, e o terceiro foi o Bradesco, com proposta no valor de R\$ 1,86 bilhão, e ágio de 0,53%. O outro caso foi o leilão, em 1997, do direito de exploração do serviço móvel pessoal, banda B, para a região da Grande São Paulo, por R\$2,6 bilhões (ágio de 341% em relação ao preço mínimo). Essa proposta foi R\$1 bilhão acima da do segundo colocado, o consórcio formado por Bradesco, Globo, a americana AT&T e a italiana Stet.



desde que conste claramente do contrato que o Poder Público não está vinculado ao plano de negócios, sendo, pois, um documento para mera informação sobre como o concessionário pretende executar o contrato, não vemos problemas na sua exigência no edital.

No que toca à conveniência de tornar o plano de negócios um documento vinculante para o Poder Público, e utilizá-lo como base para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cremos que isso seja extremamente inconveniente para o Poder Público, criando muitas vezes espaço para distorcer de forma relevante a matriz de riscos contratuais, de maneira que o Poder Público termina por assumir riscos relevantes, que na matriz de risco contratual, havia transferido para o concessionário. A forma como isso acontece é complexa e está explicada no item III.5, e nos seus subitens, aos quais remetemos o leitor.

Em conclusão, quanto à discussão sobre a aplicação às concessões comuns e PPPs da idéias e dispositivos sobre inexecuibilidade de contrato, geralmente empregados para os contratos de obras da Lei 8.666/93, repetimos abaixo, ao pé da letra, o que já falamos nos nossos Comentários à Lei de PPP, que, aliás, se aplica em vários pontos não apenas às PPPs, mas também às concessões comuns:

“Os §§ 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> do art. 15 da Lei 8.987/1995, referidos no art. 11 da Lei de PPP, permitem que se recuse proposta manifestamente inexecuível 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 inexecuível prevista na Lei de Concessões não irroga a aplicação dos critérios de inexecuibilidade previstos na Lei 8.666/1993 para os contratos de obras e serviços de engenharia.

A desclassificação de proposta inexecuível já era tratada na Lei 8.666/1993, na qual, a par de constar regra geral que autoriza desclassificação de propostas manifestamente inexecuíveis 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 (§§ 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> do art. 48).

A desclassificação de proposta inexecuível 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 inexecuíveis”.

Ressalte-se que geralmente não nos parece razoável a aplicação, sem mais, às licitações de concessões comuns ou de PPPs dos critérios de inexecuibilidade 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 §§ 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> 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 inexecuibilidade tal como o previsto nos §§ 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> 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 inexecuibilidade deve ser considerada excepcional, pois sua razão de ser somente excepcionalmente se manifesta.<sup>99</sup>

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

---

<sup>99</sup> 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*).

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 conluíus.

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.<sup>100</sup>

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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

## II.8.A divulgação do projeto e o nível de detalhamento dos estudos

Como já mencionamos acima, há basicamente duas preocupações fundamentais na modelagem de licitações de PPPs, concessões, ou de qualquer outra forma de desestatização, que são: incentivar a entrada na licitação dos agentes capazes de prestar o serviço com a qualidade adequada e maximizar a concorrência entre eles.

O esforço de estimular a entrada deve se focar basicamente em três aspectos. O primeiro criar condições de qualificação que permitam aos capazes de prestar o serviço de participar da licitação sem maiores dificuldades. Sobre isso já falamos acima.

O segundo aspecto seria realizar esforço para promover o projeto, levando aos principais potenciais participantes as informações relevantes sobre ele. Isso envolve basicamente três formas de divulgação: (a) a publicação dos estudos; (b) a realização de consulta e audiências públicas; e (c) a realização de “road show” do projeto.

### II.8.1. A publicação dos estudos, consultas e audiências públicas

Como desdobramento das obrigações gerais de transparência e publicidade que incidem sobre a Administração Pública, há atualmente uma série de regras específicas sobre a divulgação dos processos licitatórios em geral e particularmente de concessão comum e PPP. Sem entrar nas especificidades de cada setor – e também fazendo vistas grossas neste momento para o fundamento (se constitucional, legal, infra-legal, jurisprudencial, decisão dos tribunais de contas etc.) em cada caso da obrigação de publicidade e transparência – essas normas exigem, com diferentes graus de explicitude, o seguinte: (a) a realização dos estudos de viabilidade, técnica, econômico, financeira e jurídica de cada projeto, minutas de edital e contrato; (b) a publicação de todos esses estudos e documentos; (c) a realização de audiência (s) e/ou consulta (s) públicas relativas ao projeto, para a qual se deve publicar ou disponibilizar aos interessados todos, ou pelo menos parte dos estudos e documentos mencionados.

Sobre as obrigações de publicação de minutas de editais e contratos e de realização de audiências e consultas públicas, já há, setor a setor, legislação e melhores práticas consolidadas, que têm sido aplicadas em regra com o rigor adequado.

A única nota que temos a fazer sobre esse assunto é, no caso dos editais de concessão de serviços sob a

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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, em alguns casos, 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.

<sup>102</sup> (Ribeiro e Prado, *Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*), item XI.1.

responsabilidade dos Municípios, como, por exemplo, os serviços no setor de saneamento, distribuição de águas, coleta, afastamento e tratamento de esgoto, e disposição e tratamento de resíduos sólidos. **Tem sido comum em todos esses setores relacionados ao saneamento a publicação dos editais de licitação e minutas de contrato de concessões e PPPs exclusivamente nos diários oficiais dos Municípios, ou em jornais regionais, de maneira a evitar o amplo conhecimento dos processos de licitação.** E isso tem sido feito a despeito da publicação de editais e contratos na internet ser evidentemente muito mais barata que a mera publicação no diário oficial local. **A nossa impressão é que a única razão para um Município que pretende fazer um processo de concessão, PPP ou qualquer desestatização no setor de saneamento publicar as chamadas sobre a licitação exclusivamente em jornais ou periódicos oficiais de alcance local é limitar a competição, de modo a beneficiar apenas aquelas empresas que, ou por terem presença local forte, ou por outras tantas razões pouco republicanas, conseguem ter acesso a essa informação.**

Para comprovar isso, aconselhamos o leitor a fazer um teste simples. Sabemos que atualmente há mais que 150 concessões de água ou/e esgoto no Brasil, e que mais da metade delas foi feita a partir do final de 2005, e que as concessionárias privadas de água e/ou esgoto atendem atualmente em torno de 7,3% da população brasileira.<sup>103</sup> Com esses dados em mente, experimentem fazer uma pesquisa na internet em busca de editais e contratos de licitação de concessões, PPPs, privatizações no setor de saneamento. Os resultados da pesquisa serão auto-explicativos sobre o que tem acontecido em termos de cumprimento de obrigações de publicidade e transparência em Municípios no Brasil, quando se trata de concessões no setor de saneamento. Lamentavelmente também os Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios responsáveis por essa fiscalização não parecem muito atentos a essas circunstâncias. Editais e contratos são publicados por tais Municípios apenas em periódicos locais para cumprir apenas formalmente, mas não materialmente, as obrigações de publicidade e transparência da Administração. Isso, na nossa opinião, deveria ser um ponto de atenção para início de investigação pelo Ministério Público e demais órgãos de controle sobre eventual ocorrência de locupletação ilícita do procedimento de licitação, que poderia dar causa a sua nulidade.

## II.8.2. Os estudos para a realização de concessões e PPPs e sua publicação

Três questões precisam ser abordadas sobre os estudos para modelagem de projeto de concessão comum e PPP: (1) qual o seu nível de detalhe? (2) qual deve ser a abrangência da obrigação de publicação dos estudos? (3) E, mais especificamente, se devem ser publicados, além dos estudos técnicos, os financeiros e os jurídicos?

### II.8.2.1. O nível de detalhamento dos estudos – a noção de “elementos do projeto básico”

Quanto ao nível de detalhamento dos estudos, esse tema deve ser tratado caso a caso, setor a setor. Como regra geral, que neste caso pode comportar diversas exceções, os estudos devem ser suficientes para estimar com uma margem de erro bastante folgada, algo em torno de 20 a 40%, os custos totais de investimento, operação e financeiros da prestação do serviço.

Perceba-se que, como já fizemos notar com bastante detalhe alhures<sup>104</sup>, no caso do projeto de concessão ou PPP envolver obras, a Lei de Concessões, no que é seguida pela Lei de PPP, exige que a Administração disponibilize os “elementos do projeto básico”<sup>105</sup> da obra (art. 18, inc. XV, da Lei 8.987/95). “Elementos de projeto básico” é bem

<sup>103</sup> Dados disponibilizados pela ABCON no seu website demonstram que aproximadamente 14 milhões de pessoas no Brasil são atendidas por empresas privadas para os serviços de água ou esgoto. (ABCON - Associação Brasileira das Concessionárias Privadas dos Serviços de Água e Esgoto s.d.).

<sup>104</sup> Cf.: (Ribeiro e Prado, *Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos* 2007), item 1.4.1.

<sup>105</sup> Note-se que o artigo, 18, inciso XV, da Lei 8.987/95, dispõe o seguinte:

“ 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:

(...)

menos do que o projeto básico da obra.<sup>106</sup> A lógica neste caso é que, como o concessionário ou parceiro privado que vai executar a obra e demais investimentos, vai também operar o serviço por vários anos, a idéia é que o estudo seja suficiente para: (a) definir claramente os indicadores de desempenho que o concessionário ou parceiro privado deverá cumprir na operação do serviço; (b) estimar – com margem de erro cuja dimensão deve ser estabelecida setor a setor, em vista dos custos de realização dos projetos – os custos de investimento e operacionais ao longo de todo contrato, tomando como referência a tecnologia, materiais, equipamentos e forma de implantação que pareça à equipe técnica a mais eficiente.

Como a idéia é que os resultados dos estudos feitos pela Administração Pública não sejam vinculantes para o parceiro privado – pois é pressuposto das concessões comuns e PPPs a idéia de que o concessionário ou parceiro privado encontrará uma maneira de implantar e operar o projeto mais eficiente do que aquelas imaginadas pela Administração Pública e seu time de consultores – e como todo ou a maior parte dos riscos de implantação do projeto será em regra alocada para a iniciativa privada (de maneira a evitar os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro por essa razão), não faz sentido a Administração Pública expender-se em fazer estudos extremamente detalhados.<sup>107</sup>

---

*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 nº 9.648, de 1998)."*

*Ao estipular a exigência de realização de "elementos do projeto básico que permitam a sua (das obras) plena caracterização", o dispositivo parece criar uma contradição. Por um lado, exige a plena caracterização das obras. Por outro lado, exige apenas "elementos de projeto básico", e não projeto básico ou projeto executivo de obras. O nosso entendimento é que a exigência de plena caracterização deve ser circunscrita pelos limites do que caracteriza "elementos do projeto básico". Isto decorre, como se verá no texto acima, tanto da lógica econômica dos contratos de concessão comum e PPP, quanto da interpretação literal do dispositivo que levaria a circunscrever o complemento ("que permitam sua plena caracterização") aos limites do que é complementado ("elementos do projeto básico").*

<sup>106</sup> Cf.: definição do que caracteriza projeto básico de obra, constante do art. 6, inc. IX, da Lei 8.666/93:

*"Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:*

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

<sup>107</sup> Neste sentido, nos parece equivocada posição várias vezes manifestada pela SECOB – Secretaria de Fiscalização de Obras do TCU, em processos recentes de fiscalização prévia e concomitante de concessões e PPPs, que solicita sempre aumento do detalhamento dos projetos de concessão, com a finalidade de reduzir o risco da Administração Pública. A forma eficiente de reduzir o risco da Administração é a estruturação de matrizes de riscos adequadas. Nem sempre tais solicitações da SECOB são acolhidas no âmbito do parecer consolidado emitido pela SEFID – Secretaria de Fiscalização de Desestatizações nesses processos, no voto do Ministro-Relator, e na decisão do Plenário do TCU. O acolhimento dessa posição da SECOB só retardaria a realização das outorgas e aumentaria o custo dos estudos, sem necessariamente mudar o perfil de risco do projeto para a Administração Pública.

II.8.2.2. *A tradução técnica da noção de “elementos do projeto básico”, nível de detalhamento e vinculação dos estudos e prazos para realização de proposta*

Para fins didáticos, tomemos a idéia de “projeto básico” como referência, pois sua definição, assim como a de “projeto executivo”, está prevista na Lei 8.666/93 (art. 6º, incs. IX e X), nos seguintes termos:

*“IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:*

*a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;*

*b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;*

*c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*

*d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*

*e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;*

*f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;*

*X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;”*

Inexiste definição técnica do que caracteriza “elementos de projeto básico”. Por isso, como ponto de partida, podemos reafirmar o truísmo de que “elementos de projeto básico” é qualquer coisa menos detalhada que o “projeto básico”.

Além disso, é importante trazer a baila que, para cada um dos setores de construção, há já atualmente padronização de níveis de detalhamento de projetos. Vários desses padrões resultam em projetos menos detalhados que um projeto básico. Apenas como exemplo, podemos usar como referência a NBR 13.531/95 e o Manual Concepção de Produtos, da ASBEA –Associação Brasileira dos Escritórios de Arquitetura, para definir os diversos níveis de detalhamento dos projetos, conforme Quadro 1:

**Quadro 1**  
**PADRÕES DE DETALHAMENTO DE PROJETO DE EDIFICAÇÃO**  
(conforme NBR 13.531:1995, e Manual ASBEA de Concepção de Produtos)

**1) Estudo Preliminar (usando a expressão constante da mencionada NBR) ou Concepção do Produto (usando a linguagem constante do Manual mencionado da ASBEA), em inglês “concept design”**

Levantar um conjunto de informações jurídicas, legais, programáticas e técnicas; dados analíticos e gráficos objetivando determinar as restrições e possibilidades que regem e limitam o produto imobiliário pretendido.

Estas informações permitem caracterizar o partido arquitetônico e urbanístico, e as possíveis soluções das edificações e de implantação dentro das condicionantes levantadas.

Esta fase está subdividida nas seguintes etapas:

- a) Levantamento de Dados
- b) Programa de Necessidades
- c) Estudo de Viabilidade

Nestas fases podem ser produtos:

- (i) Planilhas quantitativas e qualitativas com os dados e as necessidades do projeto;
- (ii) Análises gráficas do imóvel (potenciais e restrições);
- (iii) Estudo de massas e croquis esquemáticos de implantação do projeto arquitetônico;
- (iv) Análise das restrições e possibilidades legais, técnicas e físicas;
- (v) Análise preliminar macro e paramétrica da viabilidade técnico-financeira.

**2) Anteprojeto (na dicção da mencionada NBR), ou Definição do Produto (conforme o Manual da ASBEA), em inglês “schematic design”**

Desenvolver o partido arquitetônico e demais elementos do empreendimento, definindo e consolidando todas as informações necessárias a fim de verificar sua viabilidade física, legal e econômica bem como possibilitar a elaboração dos Projetos Legais.

Esta fase está subdividida nas seguintes etapas:

- a) Estudo Preliminar
- b) Anteprojeto
- c) Projeto Legal (opcional)

Nesta fase podem ser produtos:

- (i) Conceituação e plantas baixas esquemáticas de todos os níveis;
- (ii) Corte transversal e longitudinal;
- (iii) Elevações das fachadas principais;
- (iv) Perspectivas externas e internas;
- (v) Simulações e estudos básicos do layout interno;
- (vi) Considerações e conceituação quanto às premissas e necessidades para instalações prediais;
- (vii) Estimativa macro de custos.

**3) Projeto Básico ou Projeto Pré-Executivo (conforme expressões usadas na NBR) ou Identificação e Solução de Interfaces (nas palavras do Manual aludido da ASBEA), em inglês “design development”**

Consolidar claramente todos ambientes, suas articulações e demais elementos do empreendimento, com as definições necessárias para o intercâmbio entre todos envolvidos no processo. A partir da negociação de soluções de interferências entre sistemas, o projeto resultante deve ter todas as suas interfaces resolvidas, possibilitando uma avaliação preliminar dos custos, métodos construtivos e prazos de execução.

Nesta fase podem ser produtos:

- (i) plantas detalhadas e ampliadas de todos os níveis;
- (ii) memoriais descritivos;
- (iii) cortes transversais e longitudinais;
- (iv) elevações de todas as fachadas;
- (v) perspectivas externas e internas;
- (vi) estudos definitivos do layout;
- (vii) projetos básicos e memoriais descritivos de todas as instalações prediais (ar condicionado, elétrica, hidráulica, incêndio, gás, circuito fechado de tv, controle de acesso, paisagismo etc.);
- (viii) estimativa detalhada de custos.

**4) Projeto Executivo (nos termos da NBR mencionada), ou Projeto de Detalhamento de Especialidades (na linguagem da ASBEA), em inglês “construction documents”**

Executar o detalhamento de todos os elementos do empreendimento de modo a gerar um conjunto de informações suficientes para a perfeita caracterização das obras/serviços a serem executadas, bem como a avaliação dos custos, métodos construtivos, e prazos de execução, incorporando os detalhes necessários de produção dependendo do sistema construtivo. O resultado deve ser um conjunto de informações técnicas claras e objetivas sobre todos os elementos, sistemas e componentes do empreendimento.

Seguindo-se o quadro mencionado acima, e seguindo a NBR 13.531:1995, e o Manual ASBEA de Concepção de Produtos, pode-se dizer que, no caso de edificações, caracterizam “elementos de projeto básico”, ou o *Estudo Preliminar/Concepção do Produto*, ou o *Anteprojeto/Definição de Produto*.

A escolha entre realizar, como condição para a licitação de concessão comum e PPP, ou o *Estudo Preliminar/Concepção do Produto*, ou o *Anteprojeto/Definição de Produto* é discricionária do agente público encarregado da estruturação do processo de desestatização.

Em relação a essa escolha, é preciso ter clara a distinção entre:

- (a) nível de vinculação do projeto;
- (b) nível de detalhamento do projeto.

Quanto ao nível de vinculação, um projeto pode ser indicativo, ou vinculante. No caso do *projeto indicativo*, o parceiro privado poderá, ou ao longo da licitação, ou após assinado o contrato de concessão comum ou PPP, propor projeto alternativo, ou modificações ao projeto originário.

Já no caso do *projeto vinculante*, a idéia é que o parceiro privado o siga a risca, sendo cabíveis alterações apenas se, por motivos encontrados ao longo do detalhamento do projeto e execução da obra, ele não seja exequível conforme concebido.

A escolha do grau de vinculação do projeto é extremamente relevante, pois ela determina quem assume o risco sobre o projeto: se o parceiro privado, ou se o

**Poder Público. Se o projeto realizado pelo Poder Público é meramente indicativo, então o risco de projeto será do parceiro privado, pois ele será responsável por corrigir eventuais erros e falhas contidos no projeto disponibilizado pelo Poder Público, sem qualquer custo para o Poder Público.**

Se, no entanto, o projeto disponibilizado pelo Poder Público é vinculante, então, caso a obra não seja adequada para a prestação dos serviços nos níveis requeridos pelo contrato de concessão comum ou PPP, então o parceiro privado poderá alegar erro ou falha no projeto disponibilizado pelo Poder Público.

**Por isso, é geralmente conveniente que os projetos realizados pelo Poder Público sejam definidos claramente no edital e no contrato de concessão comum ou PPP como meramente indicativos.**

Em relação à interface entre o *nível de vinculação do projeto* e o *nível de detalhamento do projeto*, o que se pode dizer é que quanto mais vinculante for o projeto disponibilizado pelo Poder Público, mais detalhado ele deve ser. A idéia é que o Poder Público deve conhecer em detalhes os riscos que lhe são atribuídos na relação com o parceiro privado. Por isso, se um projeto é vinculante para o parceiro privado, isto é, se o risco de projeto é do Poder Público, então faz sentido investir mais no detalhamento do projeto.

**A melhor estratégia, contudo, para aumentar a possibilidade do parceiro privado produzir ganhos de eficiência, e para proteger o Poder Público de riscos atinentes ao projeto, é trabalhar com projetos meramente indicativos, transferindo tanto quanto possível o risco de projeto para o parceiro privado.** Seguindo-se essa recomendação de transferência para o parceiro privado dos riscos de projeto e definindo-se os projetos disponibilizados pelo poder público como meramente indicativos, a escolha entre maior ou menor detalhamento de projeto – para voltar ao exemplo das edificações *Estudo Preliminar/Concepção do Produto*, ou o *Anteprojeto/Definição de Produto* – terá impacto reduzido, isto é, uma vez que o risco de projeto está claramente transferido para o parceiro privado, o maior ou menor detalhamento do projeto será apenas uma questão de conforto do Poder Público com as informações que entende necessárias para a adequada estruturação da concessão comum ou PPP.

Neste ponto, não podemos deixar passar a oportunidade de comentar o equivocadamente entendido – que tem grassado no político e técnico – de que a realização de projeto executivo de obras, ou de projetos mais detalhados, como condição de licitação por si só protegeria o Poder Público de pleitos oportunistas de reequilíbrio econômico-financeiro do parceiro privado. O emplastro adequado contra pleitos oportunistas de equilíbrio econômico-financeiro é a transferência adequada de riscos para o parceiro privado. Feita adequadamente a transferência de riscos para o parceiro privado, ele não poderá solicitar recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por evento que estava claramente definido no contrato como risco seu.

No que toca especificamente aos projetos, o que reduz a chance de pedidos oportunistas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é a transferência adequada dos riscos de projeto e obra para o parceiro privado (o que, nas grandes obras, deve ser feito, por exemplo, por meio da utilização da forma de empreitada por preço global (e não por preços unitários), transferindo, assim, o risco de quantitativo de materiais e outros insumos para o parceiro privado.

A realização de projetos executivos pelo Poder Público, isto é o maior detalhamento do projeto como condição da realização da obra, além de ser remédio custoso, em termos de preço e tempo (projetos executivos se feitos antes da obra, custam caro e podem demorar vários meses), por si, não elide erros e falhas, e, por isso, não tem o condão de proteger o Poder Público. Portanto, no que atina à realização dos projetos e estudos, o melhor remédio contra pleitos oportunistas de reequilíbrio econômico-financeiro, seja nos casos de obra, seja nos casos de contrato de concessão comum ou PPP é a transferência para o parceiro privado da responsabilidade por analisar e corrigir falhas e erros nos projetos e estudos disponibilizados pelo Poder Público.

De qualquer modo, para além da reflexão sobre o nível de vinculação do projeto, a escolha do grau de detalhamento do projeto deve também considerar:

(a) a expectativa em relação ao que o parceiro privado agregará ao projeto: quanto maior a expectativa de que o parceiro privado possa gerar ganhos de eficiência por meio de inovação já na fase de projeto, mais aconselhável é que o poder público faça projeto menos detalhado, para dar espaço para a *expertise* privada;

(b) nível de transferência de riscos a ser estipulado no contrato de concessão comum ou PPP: quanto maior a transferência de riscos para o parceiro privado, menor a necessidade de detalhamento do projeto realizado pelo Poder Público, como condição para a realização da licitação;<sup>108</sup>

(c) o prazo dado aos potenciais parceiros privados para a formulação de suas respectivas propostas: quanto menos detalhados os estudos, maiores devem ser os prazos dados aos parceiros privados para elaboração de suas respectivas propostas. A depender do setor e do grau de complexidade do projeto e da proposta, esse prazo geralmente é de 45 a 180 dias.

Quanto aos itens (a) e (b) acima, já falamos direta ou indiretamente sobre eles no texto acima. Basta neste ponto alinhar que a transferência de riscos para o parceiro privado deve ser proporcional à expectativa que ele gere ganhos de eficiência. Quanto maior a transferência de riscos para o parceiro privado, mais espaço ele terá para trazer inovações e produzir ganhos de eficiência que serão compartilhados com o Poder Público e os usuários, se o contrato e a licitação forem adequadamente estruturados. No que toca especificamente à decisão sobre detalhamento dos projetos, é preciso apenas lembrar que o fato do parceiro privado ser responsável no longo prazo pelos riscos atinentes à construção e operação da infraestrutura lhe dará os incentivos para realizar, completar ou detalhar o projeto adequadamente. Além disso, supondo que a licitação será transparente e competitiva, os seus participantes terão incentivo para pensar e desenvolver o projeto da maneira mais eficiente possível de maneira a obter o melhor preço para a qualidade do serviço exigida no contrato.

---

<sup>108</sup> Note-se que em grandes projetos, ou de projetos com grandes riscos, muitas vezes o Poder Público investir em desenvolvimento de projetos, por meio da contratação de firmas de consultoria de alta reputação, reduz o custo que o parceiro privado cobrará para assumir riscos desconhecidos.

Por fim, em relação ao item (c) acima, o menor detalhamento dos estudos disponibilizados pela Administração Pública deve ser compensado por maior prazo para que os potenciais participantes da licitação realizem seus estudos sobre o projeto. É importante ter em mente que os participantes da licitação tratarão todas as inseguranças ou incertezas sobre o projeto como riscos, refletindo-as, dessa forma, no preço solicitado para prestar o serviço. É, pois, interesse do Poder Público dar tempo aos potenciais participantes da licitação para fazerem estudos mais detalhados, de maneira que eles possam reduzir suas inseguranças e incertezas, e assim, transformar essa maior segurança em menor preço.

Além disso, em setores com grande possibilidade de novos entrantes, é preciso levar em conta que a realização de estudos e aprovação interna das propostas dos entrantes tende a demorar mais que a dos agentes do mercado, pois aqueles não conhecem o setor tão bem quanto estes.

Por essas razões, conceder prazos mais longos do que os mínimos legais para a elaboração de proposta na licitação pode ser importante para aumentar a competição em procedimentos de licitação de concessão comum ou PPP.<sup>109</sup>

### II.8.2.3. *As estimativas de custo e a competitividade da licitação*

Para atrair o número relevante de participantes para a licitação, gerando, portanto, a competitividade que leva a obtenção do melhor preço pelo Poder Público, é importante que as estimativas de custos realizadas para o projeto não sejam extremamente apertadas.

Neste ponto, há uma discussão sobre se faz sentido (a) fazer-se as estimativas utilizando os valores mais baixos possíveis e correndo-se o risco do valor estimado ser tal que não atraia nenhum agente para a licitação; ou, (b) fazer uma estimativa extremamente folgada que, por um lado, atraia vários participantes para a licitação, mas, por outro lado, corra o risco do serviço ao final do leilão custar mais que o serviço quando prestado diretamente pela Administração Pública.

Na experiência internacional, por exemplo, no Reino Unido, o custo da Administração Pública prestar diretamente o serviço, é uma das referências importantes para definir o preço máximo que o Poder Público estaria disposto a pagar pelo serviço, isso apesar de, nem sempre, na experiência internacional, inclusive no Reino Unido se estipular no edital de licitação o preço máximo para o serviço – o assim chamado preço de reserva – e, mesmo quando há preço de reserva, nem sempre se divulga aos participantes qual é o seu valor.<sup>110</sup>

As metodologias e técnicas, contudo, empregadas para tanto no Reino Unido dificilmente podem ser empregadas no Brasil, por duas razões básicas: a contabilidade pública brasileira é feita de tal maneira que é muito difícil saber quanto realmente a prestação de um serviço custa ao Poder Público<sup>111</sup>, porque a apropriação dos custos públicos é feita em rubricas contábeis genéricas que não permitem determinar quanto custa esse ou aquele serviço; e, a qualidade do serviço prestado pela Administração Pública geralmente é muito diferente da que se espera seja prestada pelo concessionário ou parceiro privado, de maneira que os custos da Administração Pública, mesmo que pudessem ser corretamente apurados, não se aplicariam ao padrão de qualidade que geralmente se exige do concessionário ou parceiro privado.<sup>112</sup>

Além disso, os ganhos decorrentes da transferência de riscos do setor público para a iniciativa privada, que sempre são computados na metodologia empregada no Reino Unido, são de muito difícil estimativa no Brasil.

---

<sup>109</sup> Muitas vezes, apesar do Poder Público ter ciência de que prazos mais longos podem aumentar a competição pelo projeto, os prazos mínimos legais são utilizados porque a viabilidade da realização da concessão ou PPP está condicionada a sua realização dentro de um cronograma político-eleitoral.

<sup>110</sup> É o que os ingleses chamam de avaliação de *VfM* – *Value for Money*.

<sup>111</sup> Para dar um exemplo de um hospital público: é bem comum que funcionários daquele hospital sejam originários de outras unidades, e, por isso, o seu custo esteja alocado em outra unidade; há também contratação de mão de obra por meio de cooperativas que nem sempre é apropriada contabilmente na mesma unidade em que o serviço é prestado; além disso, muitas vezes, para se beneficiar de ganhos de escala, a entidade governamental tem sistema de aquisição de equipamentos, material médico, medicamentos e serviços de apoio centralizados, e, portanto, o custo desses serviços não são contabilmente alocados à unidade hospitalar a ser analisada.

<sup>112</sup> Cf.: o item IV.1, do (Ribeiro e Prado, *Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*), no qual explicamos as dificuldades e limitações do uso da metodologia do *VfM* para o Brasil.



Por tudo isso, é muito difícil usar como referência para estabelecimento de um preço-teto nas licitações de concessão comum ou PPP no Brasil o custo do mesmo serviço quando prestado diretamente pelo setor público. Daí que a nossa recomendação é trabalhar com estimativas folgadas do custo do serviço, de modo a estabelecer um valor teto que tenha nele embutido espaço para redução, e deixar que a competição na licitação determine o custo real do serviço.<sup>113</sup>

#### *II.8.2.4. Quais entre os estudos realizados pelo Poder Público devem ser publicados?*

Na nossa opinião, em geral, faz sentido publicar todos os estudos técnicos sobre o projeto como, por exemplo, os estudos de engenharia, demanda, ambientais e sociais. Esses estudos são baseados na obtenção de dados de campo, primários ou secundários, e simulações baseadas nestes dados, que ajudam a Administração Pública e os potenciais parceiros privados a entenderem os custos de investimento e operação, e dificuldades de prestação dos serviços previstos no contrato, assim como a demanda e potenciais receitas que podem ser geradas com a prestação do serviço. Se esses estudos forem realizados para o Governo por empresas de consultoria de reputação reconhecida, muitas vezes os participantes da licitação utilizam tais estudos como insumo, e evitam gastar para realização novamente da coleta de dados e processamento dessas informações. Portanto, o nosso conselho é que sempre sejam publicados os estudos técnicos sobre o projeto, e que sejam contratados consultores com a melhor reputação e qualificação para realizá-los.

Dito isso, resta-nos tratar de dois outros tipos de estudos: os jurídicos e os financeiros.

Em relação aos estudos jurídicos, a nossa opinião é que não faz sentido publicá-los, particularmente as análises de risco jurídico resultantes do trabalho dos consultores jurídicos ou escritórios de advocacia contratados pela Administração. Esses estudos são importantes para a Administração avaliar a necessidade de tomar as medidas necessárias para a redução de riscos jurídicos, institucionais e de natureza política que possam ser minorados, neutralizados ou mitigados. Esses estudos não trazem a tona dados de campo ou outras informações sobre o projeto, mas apenas avaliações sobre o conjunto das normas incidentes sobre o projeto, que são públicas, e, por isso, podem ser avaliadas por cada participante da licitação facilmente por meio da contratação dos seus escritórios de advocacia para tanto. Portanto, os estudos jurídicos não trazem novos dados sobre o projeto, mas apenas recomendações à Administração sobre riscos jurídicos, regulatórios e institucionais, e as possíveis formas de mitigá-los. Esses estudos são destinados a subsidiar a análise pela Advocacia Geral, Procuradoria ou Secretaria de Negócios Jurídicos da entidade governamental a realizar a concessão comum ou PPP, e, exatamente para que os advogados contratados tenham a liberdade de falar abertamente sobre esses eventuais riscos com o seu cliente (a entidade governamental, e mais especificamente a sua procuradoria, ou departamento jurídico), não convém que esses estudos sejam publicados.

Já em relação à publicação do modelo e dos estudos relativos à modelagem financeira, muito tem se discutido no âmbito internacional sobre a conveniência ou não da sua publicação. Seguindo a mesma lógica da argumentação que expendemos sobre os estudos jurídicos, os estudos e as planilhas do modelo financeiro trazem informações que atualmente estão disponíveis para acesso por qualquer analista que domine os recursos elementares de análise financeira, de maneira que não faz muito sentido a sua publicação. Além disso, é comum que algumas das estimativas realizadas pelo Poder Público no modelo financeiro sejam utilizadas como pretexto para pressionar o Poder Público, inclusive na imprensa, para aumentar o preço de reserva (preço mínimo pelo qual o Poder Público está disposto a desestatizar o projeto), ou como âncora que evita a oferta de preços melhores para o Poder Público na licitação. Por essas razões, a praxe no Brasil tem sido a não publicação<sup>114</sup> dos estudos e modelo financeiros utilizados pelo Poder Público para avaliar o projeto.

Achamos essa praxe correta, mas cremos ser preciso fazer uma nota: há casos em que o modelo financeiro utilizado pelo Governo vaza, para um ou para alguns dos potenciais participantes da licitação. Se há qualquer chance de ocorrência disso, ou percepção ao longo do processo de modelagem do projeto de que houve vazamento de informações, o mais aconselhável, a par da aplicação das medidas punitivas aos envolvidos, é a publicação do modelo e demais informações financeiras utilizadas pela Administração para modelar o projeto, de maneira a neutralizar a assimetria de informações entre os participantes criada pelo vazamento de informações.

Cabe uma nota sobre o que tem acontecido a respeito deste tema no âmbito do TCU. Uma vez que as decisões do

---

<sup>113</sup> Cf. também o item II.9.3 acima, sobre o preço de reserva.

<sup>114</sup> A ANTT tem sido a exceção, pois publica a íntegra do seu modelo.

TCU – no assim chamado processo de fiscalização prévia e concomitante das desestatizações – são públicas, mesmo nos casos em que o Governo resolve não dar a público os dados atinentes à modelagem financeira do projeto, a publicação das decisões do TCU, e o fato delas citarem extensamente os relatórios técnicos que lhe dão suporte tem feito com que na prática, no âmbito do Governo Federal, seja impossível não dar a público as premissas da modelagem financeira. Mesmo quando o agente público encarregado do projeto decide não dar a público as informações sobre a modelagem do projeto, na prática, o TCU termina publicando no bojo das suas decisões informações sobre a modelagem financeira.

### II.8.3. O Road Show

Conforme comentamos no item II.8 acima, com vistas a aumentar a transparência e garantir a publicidade do projeto, a legislação sobre projetos de concessão comum ou PPPs para a prestação de serviços públicos exige a realização de consulta pública do edital e contrato, e exige também, em alguns casos, a realização de audiências públicas. Uma atividade não mencionada na Lei Geral de Concessões nem na Lei de PPP, mas que, contudo, é extremamente importante para aumentar a competição pelo projeto é o “*road show*”, envolvendo os principais agentes do mercado do serviço a ser contratado.

Consiste o “*road show*” na realização de reuniões isoladas com cada um dos principais potenciais participantes da licitação para: (a) atraí-los para participar da licitação; (b) solucionar suas dúvidas e questionamentos, em ambiente em que, sem a interferência de outros participantes, cada um se sinta a vontade para perguntar, sem medo, por exemplo, que a realização das suas perguntas e manifestações de preocupação, revelem dados ou informações estratégicas, sigilosas, ou de alguma forma relevantes para a elaboração da sua proposta, que poderiam eventualmente vir a ser utilizadas pelos outros participantes, lhes tirando eventuais vantagens; (c) entender o posicionamento do mercado, os diversos aspectos do projeto com os quais alguns ou todos parceiros privados não estão confortáveis, e que se constituem em barreiras de entrada, ou que impactam de forma relevante o preço para a prestação do serviço objeto da PPP ou concessão, de maneira que o Poder Público, possa, com essa informação, decidir se altera ou não as características do projeto antes da publicação final do edital.<sup>115</sup>

O *road show* pode ser feito na época da consulta pública, ou após publicada a versão final do edital. Quando realizado na época da consulta pública, além da função de divulgar o projeto e atrair potenciais participantes, ele tem também a função de colher sugestões de alterações. Quando realizado após a publicação final dos documentos cumpre mais uma função de divulgação do projeto e atração de participantes, eis que o espectro de alterações cabíveis nessa fase, geralmente, é bem mais limitado. Achamos mais apropriado que o *road show* seja feito durante a consulta pública, exatamente para que o mapeamento de eventuais mudanças necessárias para a viabilidade do projeto possa ser realizado oportunamente, antes da publicação final do edital.

Tradicionalmente no Brasil os agentes públicos que participam da estruturação do projeto e que se envolverão ou estão envolvidos na sua licitação geralmente evitam participar de reuniões com potenciais participantes da licitação para afastar eventuais acusações de favorecimento. O mais comum é que repassem essa responsabilidade de conversar com os potenciais participantes da licitação para os consultores responsáveis pela modelagem e estruturação do projeto. Todavia, achamos indispensável a participação no *road show* dos técnicos do setor público que lideram a estruturação e modelagem dos projetos, basicamente por duas razões. Frente aos potenciais participantes da licitação, o envolvimento dos agentes públicos dá credibilidade ao *road show*, pela certeza de que eles terão oportunidade de conversar com os técnicos ou ocupantes de cargos de confiança que decidem sobre diversos aspectos da estrutura do projeto. Por outro lado, para os agentes públicos, o contato direto com os participantes da licitação lhes dá uma maior sensibilidade de

---

<sup>115</sup> Alguns departamentos jurídicos ou procuradorias têm o entendimento de que as modificações do edital e contrato de desestatização realizadas por consequência da consulta pública devem ser produto de questões e solicitações específicas realizadas nas audiências públicas e no processo de consulta pública. Discordamos desse entendimento. Na nossa opinião, o Poder Público, assim como tem o poder de, dentro do permitido pela legislação, estruturar o edital e minuta de contrato de desestatização da maneira que achar mais adequada, tem também o poder de alterar esse contrato como consequência das reflexões realizadas ao longo do processo de consulta, audiência pública e *road show*. Entender o contrário seria, em primeiro lugar, apequenas o papel da consulta, audiência pública e *road show*. Perceba-se que tais mecanismos, além de meios de participação dos cidadãos e potenciais interessados na licitação, eles têm, também, papel de conferir prazo para que o grupo de agentes envolvidos no projeto, técnicos e políticos, possam discutir e amadurecer a estrutura do projeto, de maneira a aperfeiçoá-lo com vistas à obtenção da melhor qualidade/custo na prestação dos serviços. Isso implica em possibilitar modificações de maior monta que atingem não só pontos levantados pelos questionamentos trazidos em audiência ou consulta pública, e *road show*.

como o projeto de fato está sendo visto e dos principais problemas, preocupações, riscos, e obstáculos que a iniciativa privada vê na licitação e implantação do projeto. Esse contato é, para os agentes públicos, uma oportunidade de aprender como a iniciativa privada analisa o projeto, e é importante, mesmo quando o agente público teve ampla experiência anterior na iniciativa privada.<sup>116</sup>

A realização do *road show*, conquanto aconselhável, deve ser executada com cuidados para não lesar o princípio da igualdade entre os participantes da licitação, e não fragilizar, dessa forma, o processo de licitação do projeto de concessão comum ou PPP.

Em primeiro lugar, como pressuposto do *road show* é conveniente que todas as informações existentes sobre o projeto, especialmente os estudos técnicos e documentos, sejam públicos, de preferência publicados na internet no sítio eletrônico do projeto, ou do órgão que o está estruturando. As exceções são os estudos relativos à modelagem econômico-financeira e o levantamento de riscos jurídicos feitos pelo Poder Público que, como já nos pronunciamos no item II.8.2.4 acima, e também no item VI, do livro de Comentários à Lei de PPP, nem sempre faz sentido que sejam publicados.

Além disso, é indispensável dar publicidade à realização do *road show* e acesso para todos os potenciais participantes da licitação. Para tanto, o ideal é que, no mesmo sítio eletrônico onde estão publicados os documentos do projeto, seja publicada uma chamada com as informações de contato para solicitação das reuniões. Geralmente, a equipe responsável pelo projeto designa datas, horários, e locais disponíveis para a realização das reuniões.

Como toda a informação a ser discutida no *road show* estará disponibilizada a público, nos parece desnecessário registro formal de todo o ocorrido nas reuniões. Parece-nos importante, entretanto, o registro dos principais pontos de desconforto e sugestões realizadas pelos potenciais participantes da licitação para que os agentes públicos, juntamente com os seus consultores, possam refletir posteriormente sobre o assunto e tomar a decisão sobre o que faz e o que não faz sentido incorporar no projeto.<sup>117</sup>

Por fim, vale a pena mencionar que apesar do *road show*, na forma acima descrita, ser a maneira usual de divulgação dos projetos para investidores, é perfeitamente possível a ocorrência de situações em que a divulgação e propaganda sobre o projeto seja mais efetiva se realizada por outros meios, e é indispensável garantir ao Poder Público, juntamente com os seus consultores para o projeto, a discricionariedade de escolher qual a melhor forma de divulgar o projeto e atrair o máximo de competição. Por exemplo, em alguns projetos, faz sentido marcar reuniões coletivas, setoriais, nos locais onde haja possíveis participantes da licitação, inclusive fora do Brasil, ou pode ser mais conveniente a realização de vídeo conferências, ou reuniões públicas na Bolsa de Valores ou associações comerciais ou de classe dentro ou fora do Brasil, enfim onde seja mais fácil atrair a atenção dos agentes do setor. Em qualquer caso, deve ser preservado tanto quanto possível o princípio da igualdade dos participantes da licitação e a transparência e clareza quanto à forma de acesso por todos os participantes aos eventos relacionados ao projeto.

## II.9. A modelagem do leilão

Desde a década de 1960, que no âmbito da microeconomia se desenvolveu um conjunto de elaborações teóricas em torno das situações de venda ou compra de bens ou direitos sob a forma de leilão. As teorias elaboradas representam avanço importante para a compreensão de situações extremamente relevantes do ponto de vista microeconômico. Contudo, malgrado todo o sofisticado desenvolvimento da teoria dos leilões, seguindo Paul Klemperer, a nossa visão é que, para a modelagem de leilões reais, o que importa é análise econômica básica, com os objetivos já definidos em outro ponto desse livro (item II.1 acima): atrair a participação dos parceiros privados capazes

---

<sup>116</sup> Um exercício extremamente interessante é associar as preocupações manifestadas por cada potencial participante da licitação ao seu perfil e colocação no mercado. Isso permite aos agentes públicos entenderem que tipo de parceiro privado ou concessionário terá maior ou menor facilidade de entrar na licitação, caso o projeto sofra esta ou aquela alteração. O objetivo deve ser evidentemente a maximização da competição entre aqueles que são aptos a prestar o serviço com a qualidade desejada pelo Poder Público.

<sup>117</sup> Discute-se em que medida é necessária a publicação – juntamente com as respostas às questões trazidas ao Poder Público durante a consulta pública – dos nomes e dados das pessoas que realizaram tais perguntas. Cremos que essa decisão é uma decisão discricionária do Poder Público, havendo, no âmbito das agências reguladoras aquelas que publicam tais informações, como a ANEEL e a ANATEL, e aquelas que não as publicam, como a ANTT. Na nossa opinião, o melhor é não as publicar. Isso porque, ao notar que suas perguntas serão identificadas, alguns participantes da consulta pública, especialmente os agentes interessados em participar da licitação, podem deixar de realizar algumas perguntas por medo de que o seu questionamento revele informações que lhe tirem vantagem competitiva.

de prestar o serviço na qualidade adequada, maximizando a competição entre eles. Isso significa eliminar barreiras de entrada desnecessárias, encorajando ampla participação nas licitações; e, criando condições que evitem ou desfavoreçam conluios, captura e corrupção.<sup>118</sup>

Como ponto de partida para falar sobre esse assunto, é preciso tratar rapidamente das questões terminológicas e a seguir proceder à separação entre os quatro tipos ideais de leilão para vincular a discussão sobre a modelagem dos leilões de concessão comum ou PPP à teoria sobre os leilões eficientes para um vendedor monopolista, que é geralmente a situação do Poder Público quando procede a concessão comum ou PPP para a prestação de um serviço público. Depois pinçaremos na teoria dos leilões algumas das suas conclusões que possuem implicações para a modelagem de licitações de concessão comum ou PPP. Como o leitor verá, tudo isso será feito de forma bastante tímida, evitando extrapolar para situações reais achados da teoria dos leilões que só têm validade em contextos teoricamente criados.

A palavra “leilões” na expressão “teoria dos leilões” se refere a procedimentos em que, por meio da realização de propostas de preço, é escolhido o comprador ou o vendedor de um bem ou serviço. Neste sentido, pode-se dizer que a “teoria dos leilões” abrange as licitações públicas, particularmente aquelas cujo critério de julgamento envolve preço. Portanto, ao falarmos de “teoria dos leilões” estamos nos referindo ao estudo, de uma perspectiva econômica, das licitações o que inclui as licitações de concessões, PPPs e demais desestatizações.<sup>119</sup>

Algumas perguntas que podem ser feitas dessa perspectiva são: qual a forma de licitação, que resulta em melhor preço para o Poder Público? Faz sentido estabelecer um preço mínimo para a venda de um ativo no caso de privatização, ou o preço máximo da tarifa no caso de concessão comum, ou, ainda, valor máximo de contraprestação pública em caso de PPP? Faz sentido divulgar o preço máximo em cada um desses casos? Quais os fatores na modelagem de uma licitação que contribuem para o Poder Público obter o melhor preço pelo ativo, o melhor preço de tarifa, ou a menor contraprestação pública em uma PPP? Essas perguntas por si evidenciam a relevância da teoria dos leilões para aqueles que trabalham com a modelagem de licitações em geral e, em especial, de concessões comuns e PPPs. A importância da teoria dos leilões para aqueles envolvidos com concessões comuns e PPPs é menos como saber prático, e mais como teoria pura, e, por assim dizer, experimento laboratorial controlado, que ilumina questões que subjazem, mas – tradicionalmente no Brasil e em muitas partes do mundo – passavam e continuam a passar ao largo das discussões mais práticas, especialmente as que concernem ao desenho de editais de licitações.

#### II.9.1. Os quatro tipos básicos de leilão e o Teorema da Equivalência de Receitas

Começamos por classificar os quatro tipos básicos de leilão. O primeiro deles, mais conhecido, é o, assim chamado, *leilão inglês*. No *leilão inglês*, os proponentes fazem lances, em regra ascendentes. Na medida em que o preço oferecido pelo bem ou serviço aumenta, os proponentes que valorizam menos o bem ou serviço deixam o leilão, até que reste apenas o proponente vencedor.

O segundo tipo de leilão é chamado de *leilão holandês*, porque é tradicionalmente empregado na Holanda para a venda de flores. No *leilão holandês*, o leiloeiro começa com um preço alto para o bem ou serviço vendido, e vai reduzindo o preço até que um dos proponentes manifeste a sua intenção de realizar a compra pelo valor enunciado. Esse tipo de leilão é muitas vezes realizado por instrumentos mecânicos que apontam descontos progressivos no preço até que um dos proponentes manifeste sua intenção de adquirir o bem, e dê, assim, fim ao leilão.

O terceiro tipo de leilão é chamado de *leilão de primeiro preço com envelope fechado*. Nesta modalidade de leilão, todos os proponentes oferecem os lances ao mesmo tempo em envelopes fechados, ganhando aquele que oferecer o melhor preço para o vendedor. Assim como no leilão inglês, e no holandês, neste leilão o vencedor paga o preço que oferecer.

Já no quarto tipo de leilão – o, assim chamado, *leilão de Vickrey* ou *leilão de segundo preço com envelopes fechados* – após entrega de propostas em envelopes fechados, ganha quem oferecer o melhor preço, pagando, contudo,

---

<sup>118</sup> (Klemperer 2004), pp. 104.

<sup>119</sup> Que não se confunda a teoria dos leilões com a modalidade de licitação “leilão” prevista na Lei 8.666/93. Leilão na Lei 8.666/93 designa um conjunto de procedimentos aplicável à venda de bens móveis e imóveis, conforme previsto no seu §5º, do art. 22, tendo seu uso mais tarde sido estendido para se aplicar a diversas formas de desestatização, conforme art. 2º, §4º, e art. 4º, §3º, da Lei 9.491/97. Já a teoria dos leilões abrange todo e qualquer procedimento de venda, de bens e serviços, que atribua àquele que oferece o melhor preço a obrigação/direito de adquirir o bem/contrato.

o preço do segundo colocado.<sup>120</sup>

Essas são as quatro modalidades principais de leilão que têm sido objeto de análise na teoria dos leilões. Apenas para fazer um paralelo com o modo como as licitações públicas são realizadas, podemos dizer que as licitações tradicionais de obra pública foram sempre feitas, no Brasil e em outras partes do mundo, sob a forma de leilão de primeiro preço, com envelopes fechados.

Por outro lado, as vendas de móveis e imóveis podiam ser feitas sob a forma de leilão inglês, possibilidade essa que foi recentemente estendida para todos os bens e serviços comuns, com a criação da modalidade de pregão.

Já as licitações de concessões e PPPs mais recentemente são muitas vezes realizadas em leilões de duas fases, nos quais a primeira fase é um leilão de envelopes fechados, de primeiro preço, e a segunda fase, quando existente, é um leilão inglês, em viva-voz ou por meio eletrônico.<sup>121</sup>

Feita a descrição preliminar dos tipos de leilão tratados pela Teoria dos Leilões e de sua relação com as licitações públicas, vale a pena nos voltarmos agora para a primeira pergunta da perspectiva econômica: qual entre esses vários tipos de leilão resulta em melhor preço para aquele que leiloa para compra ou venda o bem, ou serviço? A resposta teórica para essa pergunta, considerando as premissas de um modelo básico de análise de leilões<sup>122</sup>, é que todas as formas de leilão retornam em média o mesmo preço para o bem ou serviço leiloado. Isso é chamado, na teoria dos leilões, de “Teorema da Equivalência de Receitas”.<sup>123</sup> As situações reais, entretanto, são muito mais complexas que o modelo básico mencionado acima, e, por isso, os achados no modelo básico não necessariamente se mostram verdadeiros em situações reais.

Há, contudo, algumas equivalências entre as formas de leilão que podem ser percebidas de forma bastante intuitiva.<sup>124</sup> A primeira entre o leilão holandês e o leilão de envelope fechado. Em ambos os casos, o proponente não tem nenhuma informação sobre o valor dado ao objeto pelos outros proponentes. Cada proponente precifica o objeto de acordo com as suas referências de valor, ganhando aquele que oferece o melhor preço, e pagando o preço que ofereceu. Portanto, em ambos os casos a situação é idêntica, o que leva os atores a agirem de forma semelhante.

---

<sup>120</sup> No caso do leilão de Vickrey, se o proponente “A” faz uma proposta acima do valor que dá ao bem, corre o risco de ganhar e ter que pagar um preço acima do real valor que dá ao bem, pois o segundo colocado, proponente “B” poderá ter feito uma proposta acima do valor do bem para A. Se, no entanto, o proponente A faz uma proposta abaixo do valor que atribui ao bem, corre o risco de que alguém, por exemplo, o proponente B faça proposta em valor mais alto que a proposta feita por A, mas ainda assim inferior ao verdadeiro valor que A atribui ao bem. Portanto, no leilão de Vickrey, A tem incentivos para fazer proposta no valor que atribui ao bem.

<sup>121</sup> No leilão, entretanto, para os contratos de concessão do direito de uso de bem público para a geração de energia elétrica, sob os quais as hidrelétricas do Rio Madeira (Santo Antonio e Jirau) estão sendo construídas e serão operadas, após a fase de envelopes fechados, seguiu-se uma fase de leilão inglês eletrônico.

<sup>122</sup> O modelo mais simples de análise para comprovação do teorema da equivalência das receitas trabalha com as premissas a seguir. Mesmo trabalhando com esse modelo mais simples, a explicação do Teorema requereria um entendimento de matemática, para além do que o público jurídico está acostumado. Daí porque achamos por bem deixá-la de fora desse capítulo. As premissas do modelo mais simples são: P1 – Os participantes são neutros em relação ao risco; P2 – Os participantes tem fontes de informações isoladas sobre o valor do bem (isto é, o valor do bem para cada um deles não tem suporte no valor que os outros atribuem ao bem); P3 – Os participantes são simétricos, ou seja, eles farão propostas iguais se a sua avaliação do bem a ser leiloado for igual; P4 – O preço a ser pago pelo bem em leilão é função apenas do valor da proposta, ou, em outras palavras, não há pagamento vinculado a dados futuros e incertos relativos à natureza do bem a ser leiloada, como há, por exemplo, nos leilões de áreas para exploração de petróleo, o pagamento vinculado à quantidade de petróleo extraída, ou em relação aos leilões de concessões rodoviárias, o pagamento de uma “outorga variável” ao Poder Público, que é um percentual da receita tarifária da concessionária, que depende evidentemente, do tráfego, cuja evolução é, muitas vezes, bastante incerto, mesmo quando se trata de projeto “brownfield”. Cf.: (McAfee and McMillan 1987), pp. 706.

<sup>123</sup> (Maskin and Riley 1985), pp. 150-151; (McAfee and McMillan 1987), pp.710 e segs.; (Klemperer 2004), pp. 2, 16-19.

<sup>124</sup> É importante notar que o pano de fundo de todo leilão é a assimetria de informações entre aquele que põe o bem em leilão e aqueles que participam do leilão, e do grupo de participantes do leilão entre si. Se não houvesse assimetria de informação, se o titular do bem ou serviço soubesse o valor desse bem ou serviço para terceiros, ele sequer teria uma razão para colocá-lo em leilão, pois seria mais fácil, possivelmente, inclusive, menos custoso negociar apenas com aquele, ou com aqueles que dão maior valor ao bem ou serviço. Portanto, a própria situação do comprometimento do vendedor com as regras do leilão tem como ponto de partida a assimetria de informações. Cf.: (McAfee and McMillan 1987), p. 705.

A outra equivalência também algo intuitiva, é entre o leilão inglês e o leilão de envelopes fechados, de segundo preço. No leilão inglês, os proponentes realizam ofertas até que fiquem dois proponentes, e que o segundo proponente deixe o leilão. Portanto, em tese, o primeiro proponente ganha o leilão pelo valor do segundo colocado, mais algum acréscimo marginal. Ora, no caso do leilão de envelope fechado, pelo segundo preço, o primeiro colocado no leilão ganha, pelo valor do segundo colocado, de maneira que, portanto, o leilão inglês e o leilão de envelopes fechados, pelo segundo preço, devem retornar resultados semelhantes para o titular do bem leilado.

### II.9.2. Qual é a forma de leilão mais eficiente para o Poder Público?

Após descrever as formas de leilão e o Teorema da Equivalência das Receitas, retornamos novamente para a nossa pergunta principal qual das formas de leilão encoraja entrada, maximiza a competição e evita vícios decorrentes de conluio, corrupção, captura ou barreiras de entrada desnecessárias?

Nas situações reais, a decisão de entrada dos participantes de uma licitação está relacionada à sua avaliação das chances de vencer a licitação. Desta perspectiva, o leilão inglês é em regra o que menos encoraja a entrada, uma vez que, nesta forma de leilão, tende a vencer o participante com melhores condições financeiras, isto é aquele que tem condições de se manter no páreo por mais tempo, pagando ao final preço mais alto que todos os outros poderiam.

Por outro lado, os leilões de envelope fechado (primeiro ou segundo preço) e o leilão holandês são os que tendem a atrair mais entrantes, pois, nestas modalidades, ganha geralmente aquele que dá maior valor ao ativo na primeira rodada, sendo, pois a supremacia financeira de um participante de relevância menor, uma vez que não há outras rodadas de preço para que ela se manifeste em toda a sua extensão. É perfeitamente possível, por exemplo, que em um leilão de envelopes fechados um entrante de menor capacidade financeira surpreenda os agentes do mercado ao oferecer uma proposta superior à deles, sagrando-se, assim, vencedor.<sup>125</sup>

No Brasil tem sido comum a combinação do leilão de envelopes fechados, em primeiro preço, com o leilão inglês, eletrônico ou em viva-voz, este último apenas entre aqueles que forem melhor classificados no leilão de envelopes fechados. Como comentamos em mais detalhes no item XII.5, do Comentários à Lei de PPP, a Lei de PPP autorizou a realização de leilões desse tipo, definindo que o edital pode especificar um raio, que pode ser de até 20% da melhor proposta escrita, dentro do qual os participantes se classificam para a segunda fase do leilão. Essa estrutura do leilão, por um lado, encoraja a entrada, na medida em que, caso haja diferença de preço maior que aquela prevista no edital como condição para ocorrência da segunda fase do leilão, ganha quem tiver feito a melhor proposta na fase de envelopes fechados. Essa possibilidade encoraja a entrada, especialmente se o raio para a ocorrência da segunda fase do leilão for menor que a assimetria de avaliação do projeto esperada entre os diversos participantes da licitação.

Por exemplo, se o edital prever – como o fazem aliás os editais mais recentes de concessões da ANEEL – que haverá a segunda fase do leilão apenas no caso de proposta no raio de 5% da melhor proposta, e se 5% for uma diferença menor que a assimetria esperada de avaliação entre os participantes da licitação, então, a tendência é que essa estrutura encoraje a entrada de diversos participantes.<sup>126</sup>

Por outro lado, se o raio que dispara a ocorrência da segunda fase do leilão for muito superior à assimetria esperada de avaliação do projeto entre os participantes da licitação, então, com a alta probabilidade da ocorrência do leilão em viva-voz, o comportamento esperado dos participantes é o do leilão inglês, ou seja os participantes com menor capacidade financeira tendem a hesitar em participar da licitação.

### II.9.3. O preço de reserva

Uma pergunta que emerge desta discussão é em que medida faz sentido estabelecer e revelar um preço de reserva, que é o preço abaixo ou acima do qual o bem ou serviço posto em leilão não é vendido. Por exemplo, o preço de reserva em uma privatização de uma empresa é o preço abaixo do qual os lances são inválidos, e o bem não é vendido.

---

<sup>125</sup> Cf.: nota de rodapé n. 98, acima.

<sup>126</sup> Já mencionamos no item XII.5, do livro *(Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007)*, que achamos equivocada a interpretação de que o art. 12, §1º, da Lei de PPP estabeleceria um direito daqueles participantes que estiverem em um raio de 20% da melhor proposta a participar do leilão em viva-voz, independentemente do que estiver previsto no Edital. Na nossa opinião, 20% é um raio máximo, podendo o edital estabelecer um raio menor.

O preço de reserva em uma concessão geralmente é o valor teto das tarifas, ou o valor mínimo do pagamento pela outorga, e, em uma PPP, pode ser o valor teto das tarifas, ou o valor máximo de contraprestação.<sup>127</sup>

De uma perspectiva mais teórica, o preço de reserva deve ser igual ao valor que o vendedor atribui ao bem, sob pena de ocorrência de situações que são ineficientes do ponto de vista econômico.<sup>128</sup>

De um ponto de vista prático, apesar do estabelecimento do preço de reserva sempre ser aconselhável para evitar a venda do bem por valor irrisório, já é problema conhecido internacionalmente a aversão dos agentes políticos à estipulação de preço de reserva, em concessões comuns e PPPs.<sup>129, 130</sup> Isso porque o estabelecimento do preço de reserva cria o risco do bem não ser vendido, e, portanto, não se concluir o contrato de privatização, concessão ou PPP, o que geralmente é retratado pela imprensa e visto pelo público em geral como insucesso do processo de desestatização.

No Brasil, entretanto, tem se consolidado o entendimento de que a Lei 8.666/93 requer não só o estabelecimento, mas também a divulgação no edital, do preço de reserva, por conta do §1º, do seu art. 53, que menciona que todo o bem a ser leiloadado deverá ser previamente avaliado pela Administração Pública. Isso apesar do termo “leilão” no aludido artigo ter sentido estrito, designando apenas a modalidade de leilão prevista no art. 22, inciso V, e no seu § 5º, da Lei 8.666/93, de maneira que, a rigor, poderia a Administração Pública não estabelecer um preço de reserva nos casos de concessões e PPPs. É que, em concessões e PPPs, a Administração só estaria obrigada a seguir o art. 53, da Lei 8.666/93, se utilizar o permissivo para usar a modalidade de leilão, constante do art. 4º, §3º, da lei 9.491/97. Além disso, o §1º, do art. 53, da Lei 8.666/93 só estabelece a obrigação da Administração Pública realizar a avaliação do bem, e não de divulgar o preço resultante dessa avaliação.

No âmbito Federal, contudo, em relação às PPPs, o TCU consolidou o entendimento de que é indispensável o estabelecimento e publicação do preço-teto da tarifa ou da contraprestação. Isso ocorreu no processo de fiscalização da PPP do Datacenter, que é uma concessão administrativa realizada em um consórcio entre o Banco do Brasil e CEF – Caixa Econômica Federal.<sup>131</sup> Contudo, já foram feitos no âmbito estadual licitações de PPPs sem a estipulação de preço de reserva, como, por exemplo, no caso da licitação da PPP do Emissário Submarino, da Embasa, no Estado da Bahia, que é uma concessão administrativa, na qual não foi estabelecido preço-teto no processo de licitação para o valor da contraprestação anual a ser pedida pelos participantes da licitação em suas respectivas propostas econômicas.

## II.10. As Alterações na Lei n. 8.666/93, decorrentes da Medida Provisória n. 495/10: razão e fundamento

No que concerne tema de interesse desse livro, com redação e técnica legislativa claudicante, a Medida Provisória (MP) 495/10 modificou a Lei 8.666/93 para estabelecer novos critérios de desempate e condições preferência a “bens

<sup>127</sup> No caso, por exemplo, da PPP do Hospital do Subúrbio, um dos proponentes realizou oferta de contraprestação pública em valor mais alto que o preço de reserva de R\$103 milhões/ano, e, por isso, foi desclassificado.

<sup>128</sup> Se o preço de reserva for mais alto que o valor atribuído ao bem por aquele que o leiloeira, então cria-se a possibilidade de ocorrência de situações que não realizam o ótimo de Pareto, ou seja possibilita a ocorrência de situação em que a posição de um dos agentes pode ser melhorada sem degradar a posição de nenhum outro agente. Por exemplo, imagine-se a hipótese de um participante do leilão que ofereça um valor maior que o valor atribuído pelo vendedor, mas menor que o preço de reserva, criando, pois, assim, uma situação em que, apesar do participante do leilão dar um valor maior ao bem que o dado pelo vendedor, a venda não ocorra.

<sup>129</sup> Cf.: (Klemperer 2004), pp.109 e segs.

<sup>130</sup> No Brasil, o caso paradigmático é a venda do controle da CESP – Companhia Energética do Estado de São Paulo, pelo Governo de São Paulo. Apesar dos alertas dados pelo mercado, e pelo Citibank, então consultor do Estado de São Paulo, o Governo decidiu manter um preço de reserva mínimo para a venda do controle da companhia, que era considerado pelo mercado por demais alto, em vista das incertezas relativas à renovação de concessões de uso de bem público para geração de energia detidas por essa companhia. Resultou disso uma licitação vazia, e o desgaste político correspondente.

<sup>131</sup> No processo de fiscalização da PPP do Projeto de Irrigação do Pontal, o TCU que aprovou os estudos de viabilidade sem mencionar expressamente na sua decisão o valor-teto da contraprestação pública, que era, nos aludidos estudos, um total de R\$189 milhões, a preços constantes. Por conta disso, o Ministério do Planejamento e o TCU chegaram a discutir se era necessário reanálise para explicitação do valor-teto pelo TCU. Entendeu-se, entretanto, ao final que, apesar de ser necessário o estabelecimento pelo órgão contratante do preço de reserva e sua análise pelo TCU, a aprovação desse preço pelo TCU pode ser tácita. Na nossa opinião, essa decisão foi correta.

*manufaturados nacionais*” e “*serviços nacionais*”, fundada na idéia de “*promoção do desenvolvimento nacional*”<sup>132</sup>.

Especialmente as preferências a serviços nacionais têm evidentemente o potencial de impactar a competitividade das licitações de desestatização em geral, concessões, PPPs e privatizações, e, por isso, merecem ser analisadas em detalhe nesse trabalho, especialmente neste caso, em que a MP 495/10 estipulou o limite dessa preferência em 25%. Essa preferência poderia desestimular empresas estrangeiras a participarem de licitações no Brasil.

É preciso, contudo, enfatizar que a alteração realizada pela MP 495/10 no art. 3º, da Lei 8.666/93, funda as preferências estabelecidas por essa norma na busca do “desenvolvimento nacional”. **Além disso, os dispositivos da MP 495/10 estabelecem preferência a “serviços nacionais” e “bens manufaturados nacionais” e não a empresas nacionais.**<sup>133</sup>

Portanto, a razão de ser das preferências criadas pela MP 495/10 é dar prioridade aos contratados da Administração Pública que prestarão o serviço, ou produzirão e fornecerão os bens a partir do Brasil – e não de fora do Brasil – **sejam tais contratados empresas estrangeiras ou nacionais.**

E a razão fundamental para essa preferência é que a prestação do serviço ou produção e fornecimento dos bens, uma vez que feitos no Brasil, produzirão aqui os efeitos de desenvolvimento econômico e social, decorrentes da organização para sua produção/prestação, gerando, portanto, empregos, renda, receitas tributárias, desenvolvimento tecnológico, aqui, no Brasil.

Em relação a esse tema, a primeira pergunta que temos que enfrentar é saber se as normas constantes da aludida MP se aplicam às licitações de desestatizações, e especificamente as licitações de concessões de serviços públicos, PPPs e privatizações de empresas prestadoras de serviço público.

#### II.10.1. As alterações na Lei 8.666/93 realizadas pela MP 495/10 se aplicam às licitações de privatizações de empresas prestadoras de serviço público?

Vamos começar pelo mais fácil dos casos: as privatizações de empresas prestadoras de serviço público. É absolutamente claro que as mudanças feitas pela MP 495/10 na Lei 8.666/93 não se aplicam às privatizações. É que a MP 495/10 incide sobre as licitações para aquisição pela Administração Pública de bens e serviços, e as licitações de privatizações são sempre licitações para vendas de ativos pela Administração Pública. Por isso, as mudanças da MP 495/10 não tocam as licitações de privatização de empresas prestadoras de serviços públicos.

#### II.10.2. As alterações na Lei 8.666/93 realizadas pela MP 495/10 se aplicam às licitações de PPPs e concessões comuns?

Já em relação às licitações de concessão comuns e de PPPs é necessário fazer uma análise mais detida.

A MP 495/10, no que altera a Lei 8.666/93, trata basicamente de dois temas<sup>134</sup>:

- (a) Estabelece critérios de desempate para licitações;
- (b) Prevê a possibilidade de margem de preferência para *bens manufaturados* e *serviços nacionais* que atendam a normas técnicas brasileiras.

##### II.10.2.1. Os critérios de desempate criados pela MP 495/10

Quanto aos critérios de desempate definidos pela MP 495/10, é forçoso admitir que esses critérios têm pouco efeito na realidade, pois é bastante raro que licitações terminem empatadas. Daí que a estipulação de critérios de desempate termina tendo efeito meramente retórico, uma enunciação de princípios sem consequências maiores no plano prático.

<sup>132</sup> Essa expressão foi incluída no art. 3º, da Lei 8.666/93, pela MP 495/10.

<sup>133</sup> Se a preferência fosse a empresa nacional isso entraria em contradição completa com o discurso do Brasil do ponto de vista internacional, que sempre foi de – apesar de não ser signatário do tratado de compras governamentais da OMC – manter suas licitações abertas à participação internacional. Esse discurso sempre foi uma verdade bastante parcial, pois, como já mencionamos no item II.4 acima, em vários casos, apesar de formalmente aberta à participação internacional, na prática, quando se analisa as condições de qualificação e proposta, a licitação muitas vezes dificulta sobremaneira ou impede a participação internacional.

<sup>134</sup> À parte as normas sobre contratos militares.



Nesse caso, foram inseridos como critério de desempate, sucessivamente, o fato dos bens ou serviços serem: (i) produzidos no Brasil; (ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; (iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Observe-se que o primeiro critério (bens e serviços produzidos no Brasil), geralmente não criará qualquer impacto no caso de licitações de PPPs e concessões comuns para prestação de serviços públicos, pois em regra os serviços públicos são prestados no Brasil.

Ademais, o segundo critério de desempate (produzidos ou prestados por empresas brasileiras) também terá pouco efeito sobre as licitações de concessão e PPP, em primeiro lugar, porque a rigor em PPPs e concessões, os serviços serão, em praticamente todos os casos, prestados pela sociedade de propósito específico a ser constituída para tanto, que será sempre uma empresa brasileira.

Em relação a esse assunto, é importante ainda notar que o conceito de empresa brasileira atualmente é extremamente amplo, pois o que a caracteriza é ter sede e administração no Brasil, de maneira que, a verdade é que os grupos internacionais, que amiúde participam de licitação no Brasil, em regra, constituem veículo com sede e administração no Brasil, de maneira a se caracterizarem, para todos os efeitos legais, como empresa brasileira.

Por último, a verdadeira incógnita trazida pelo dispositivo é como será aferido, para efeito da aplicação do critério de desempate, o investimento em pesquisa e desenvolvimento no País, já que no procedimento tradicional de licitação, não há previsão da solicitação de qualquer documento que possa provar isso. Esse tema terá que ser tratado pela regulamentação.

#### *II.10.2.2. As margens de preferência criadas pela MP 495/10*

Já no tocante às margens de preferência, é importante explicar preliminarmente que elas são aplicadas da seguinte forma: para efeito de definição do vencedor em licitação, o edital de licitação, com base em regulamento emitido pelo Poder Executivo, no âmbito do Poder Concedente, poderá estabelecer uma diferença – em percentual, ou em termos absolutos (isto é um valor monetário), desde que dentro dos limites previstos na Lei e no seu regulamento – dentro da qual, os beneficiados pela preferência se sagram vencedores da licitação, mesmo se houver proposta melhor classificada de um dos participantes, que não desfrutam da preferência.

Exatamente porque é um percentual ou um valor monetário, essa margem de preferência deve ser estabelecida e incidir apenas sobre a proposta econômica ou de preço na licitação, e nunca sobre o julgamento da proposta técnica.

**É que a idéia subjacente a essa margem é que ao prestar o serviço ou fornecer o bem a partir do Brasil, o contratado da Administração, gerará renda, empregos, receitas tributárias, desenvolverá tecnologias, treinará pessoas etc. com efeitos benéficos para o Poder Público, para os contribuintes e para a sociedade em geral.**

Todos esses efeitos benéficos podem em tese ser estimados e dar origem a preferência àqueles que gerarão esses efeitos no Brasil em detrimento daqueles que o gerarão em outros países.<sup>135</sup> **Portanto, essa preferência não deve ser compreendida como um privilégio de empresários nacionais, que lhe garante vantagens gratuitas, mas como uma compensação pelo fato dos benefícios mencionados serem gerados no Brasil, por empresas estrangeiras, ou nacionais.**

Registre-se desde logo que esse é o único fundamento para essa preferência. Do contrário, o dispositivo deveria ser declarado inconstitucional por agredir o princípio da igualdade de tratamento entre os potenciais contratados da Administração Pública.

Perceba-se também o enorme risco dessa permissão de preferência gerar, por meio do *lobby*, tráfico de influência de empresas nacionais junto a órgãos públicos, ou coisas afins, um mecanismo para fechamento de mercado, para restrição a competição, e para levar a Administração Pública e o contribuinte a, em última análise, pagar mais por serviços que poderiam ser prestados de forma mais eficiente. Se isso ocorrer, o mecanismo estará a – além de proteger ineficiências econômicas – promover, provavelmente, também, a concentração de renda em mãos de empresários nacionais em detrimento dos contribuintes e usuários dos serviços.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> Apesar de, mesmo quando metodologicamente bem fundamentadas, os números estimados nesses casos podem variar em espectros extremamente amplos.

<sup>136</sup> Em nome do desenvolvimento nacional, isso já foi e tem sido feito no Brasil recente em outros setores e por outros meios. Por exemplo, a realização de financiamento, pelas agências oficiais, de compras de grandes empresas, nacionais ou estrangeiras, por grandes grupos empresariais nacionais. Ora, o financiamento de compra de controle de outras empresas em regra não gera por si novos investimentos, e, por isso, em princípio, não faria sentido o envolvimento das agências oficiais de desenvolvimento – que emprestam a juros subsidiados, em última

**Especificamente é preciso deixar claro que a preferência a serviços nacionais ou a bens manufaturados nacionais não pode de modo algum ser lido como preferência – no processo de qualificação técnica ou econômico-financeira, ou mesmo na proposta técnica – a experiências realizadas no Brasil, em detrimento de experiências havidas no exterior. Isso seria, em nossa opinião, absolutamente contrário ao art. 3º, §1º, inc. I, da Lei 8.666/93, e ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, da Constituição Federal). Mesmo após as mudanças realizadas pela MP 495/10 não há espaço na legislação brasileira para distinção de origem da experiência trazida ao processo de qualificação ou a proposta nas licitações públicas. Para esse efeito as experiências passadas dos participantes da licitação trazidas ao processo licitatório devem ser classificadas entre relevantes ou irrelevantes, e não como nacionais ou estrangeiras. Usar a preferência estabelecida pela MPV 495/10 para fazer distinção de origem na experiência dos participantes da licitação seria distorcer completamente a sua finalidade, com o objetivo de criar reserva injustificada para o empresariado nacional, o que, em nossa opinião, se constitui em privilégio ilícito.**

Anote-se também que, como falaremos em detalhes abaixo, não faz nenhum sentido a aplicação dessas preferências a casos em que os serviços são necessariamente prestados no Brasil, por empresas brasileiras (ainda que sob controle de estrangeiros), como o são no caso das concessionárias de serviços públicos. Forçar a aplicação nesses casos da preferência seria, em nossa opinião, um desvio da finalidade do instituto com o objetivo de estabelecer privilégio ilícito e injustificado, em detrimento do interesse público, do interesse da Administração Pública, e dos usuários do serviço e contribuintes a pagar preços menores por produtos e serviços da mesma qualidade.

Todas essas notas são essenciais e devem ser consideradas tanto para efeito de regulamentação e de previsão em editais de licitação, quanto para definição dos limites lícitos de validade e aplicabilidade do futuro regulamento e disposições editalícias sobre o tema.

Note-se que a MP 495/10 deixou para o regulamento a definição do que é exatamente “serviços nacionais”<sup>137</sup> e do que é “bem manufaturado nacional”<sup>138</sup>, de maneira que a abrangência da aplicação das preferências mencionadas acima será definida em decreto presidencial.

Frise-se que o decreto que definirá “serviços nacionais” e “bem manufaturado nacional” deverá levar em conta os limites acima mencionados para aplicação da preferência sob pena de tal decreto ser inválido, por desbordar dos limites estabelecidos pela própria MP 495/10, e agredir ao princípio constitucional da igualdade. Enfatize-se, mais uma vez, que a preferência criada pela MP 495/10 não pode se tornar uma fonte de privilégios para setores ou segmentos do empresariado nacional, e sim compensar aqueles empresários, nacionais **ou estrangeiros**, que gerarem no Brasil o benefício conseqüente da prestação dos serviços ou da produção/fornecimento dos bens.

Perceba-se que a MP 495/10 ao estabelecer as margens de preferência menciona que ela incide sobre produtos manufaturados e serviços nacionais *que atendam a normas técnicas brasileiras*. Essa menção a normas técnicas brasileiras nos parece meramente retórica. É que sendo os serviços prestados no Brasil deverão sempre atender a normas técnicas nacionais. Mesmo quando se tratar de serviço regido por normas técnicas internacionais, essas normas só terão exigibilidade no contexto nacional quando, por mecanismos previstos no nosso ordenamento jurídico nacional, forem por ele absorvidas. O fato de haverem normas nacionais incidentes sobre o serviço não pode por si ser elemento para discriminar a experiência de potenciais contratados que prestaram esses serviços sob a égide de outras normas.

#### *II.10.2.2.1. Margem de preferência no caso das concessões comuns e PPPs*

Cotejando-se o tema desse livro com a margem de preferência estabelecida pela MP 495/10, temos que distinguir dois casos. O primeiro o das concessões e PPPs para prestação de serviços públicos, no sentido do art. 175, da Constituição Federal.

Ora, nesse caso, o serviço será necessariamente prestado no Brasil, gerando emprego, renda, receitas tributárias e, portanto, desenvolvimento no Brasil, não havendo a possibilidade de que esses serviços sejam prestados de outra forma. Nessa circunstância, simplesmente inexistente a possibilidade do serviço ser prestado de fora do Brasil, de maneira

---

*análise, pelo contribuinte – já que essas compras não geram novos empregos, renda, ou novas receitas tributárias. Usa-se assim, em nome do desenvolvimento nacional, o dinheiro do contribuinte, para operações que, na verdade, tendem a não gerar grandes efeitos de desenvolvimento, e que, potencialmente, são concentradoras de renda.*

<sup>137</sup> Conforme art. 6º, XVIII, da Lei 8.666/93, após modificação feita pela MP 495/10.

<sup>138</sup> Conforme art. 6º, XVII, da Lei 8.666/93, após modificação feita pela MP 495/10.

que a discriminação entre *serviços nacionais*, e *serviços estrangeiros* simplesmente não se aplica a esse caso. **É, por isso, que a margem de preferência prevista atualmente nos parágrafos 5º, 6º, 7º, art. 3º, da Lei 8.666/93, para os serviços nacionais simplesmente não se aplica às licitações de concessões e PPPs para prestação dos serviços públicos, pois, mesmo quando as participantes da licitação forem empresas estrangeiras, a prestação do serviço objeto da licitação sempre ocorrerá no Brasil, e por meio de empresa brasileira, gerando renda, empregos, tributos, e desenvolvimento no Brasil – afinal, mesmo quando a participante da licitação é empresa estrangeira, ela terá, por exigência legal (no caso das PPPs), ou por exigência do edital (em todos os casos de concessão dos últimos anos há essa exigência), constituir empresa (a sociedade de propósito específico), com sede e administração no Brasil.**

#### *II.10.2.2. Margem de preferência no caso das concessões comuns e PPPs para a prestação de serviços públicos*

O segundo caso é o das PPPs para prestação de serviços à Administração, que não se constituem em serviço público nos termos do art. 175, da Constituição Federal. Evidentemente nesses casos, por razões que já explicitamos em outro trabalho de nossa autoria, o contrato de PPP terá sempre a forma de concessão administrativa.<sup>139</sup>

**Nessas concessões administrativas, em alguns casos, será possível a prestação, a partir de fora do Brasil, do serviço a ente da Administração Pública nacional ou subnacional. Nesse caso, poder-se-ia imaginar situações em que a aplicação da preferência prevista nos parágrafos 5º, 6º e 7º, do art. 3º, da Lei 8.666/93 possa fazer algum sentido.**

#### II.10.3. Conclusão sobre aplicação dos critérios de desempate e preferências criadas pela MP 495/10

A título de conclusão sobre os efeitos das mudanças realizadas pela MP 495/10 na Lei 8.666/93, sobre as licitações de privatizações, concessões e PPPs:

- a) Nem os critérios de desempate previstos no §2º, do art. 3º, da Lei 8.666/93, nem a possibilidade de definição de preferências relativos à aquisição de bens e serviços, previstas nos parágrafos 5º, 6º e 7º, do art. 3º, da Lei 8.666/93, se aplicam a privatizações de empresas prestadoras de serviço público, pois a privatização é venda, alienação, de um ativo da Administração Pública, e, evidentemente, regras sobre aquisições de bens ou serviços não incidem sobre as alienações;
- b) Os critérios de desempate inseridos no §2º, do art. 3º, da Lei 8.666/93 aplicam-se às licitações de concessões e PPP, mas não terão praticamente impacto na realidade, pelas razões que explicamos acima;
- c) As preferências, permitidas pelos parágrafos 5º, 6º e 7º, do art. 3º, da Lei 8.666/93, a serviços e bens nacionais não se aplicam às concessões e PPPs para prestação de serviços públicos, pois nestes casos o serviço será sempre prestado no Brasil, gerando renda, emprego, e receitas tributárias no Brasil;
- d) As preferências permitidas pelos parágrafos 5º, 6º e 7º, do art. 3º, da Lei 8.666/93 podem se aplicar às licitações de concessões administrativas em que haja a possibilidade de prestação do serviço fora do Brasil à Administração Pública.

Por fim, cabe notar que, como a aplicação de uma margem de preferência a serviços e bens nacionais, pode, na prática, desencorajar a entrada de qualquer empresa estrangeira na competição, facilitando a ocorrência de conluíus, na forma que explicamos no item II.2 acima, deve-se entender que a aplicação de qualquer margem de preferência a serviços e bens nacionais deve ser tida sempre como excepcional e requerer:

- (i) Estudo circunstanciado que demonstre a vantagem objetiva e concreta para a Administração Pública de aplicação dessas margens;
- (ii) A previsão em decreto do Poder Executivo, no âmbito do Poder Concedente, dos critérios para definição dessas margens.

**Para terminar, ressaltamos mais uma vez o risco dessas preferências serem interpretadas como privilégios para grupos empresariais nacionais, em detrimento de empresas estrangeiras, do contribuinte, da Administração Pública e dos usuários do serviço, quando, na verdade, essas preferências só fazem sentido para distinguir aqueles que prestarão o serviço ou produzirão bem objeto do contrato no Brasil, daqueles que o farão**

<sup>139</sup> Cf.: (Ribeiro e Prado, *Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*), item II.2.

**de fora do Brasil, sejam tais empresas estrangeiras ou nacionais.**

- III. As melhores práticas para modelagem de contratos de concessões e PPPs: alinhando os incentivos para a prestação adequada e eficiente dos serviços

### III.1. O que significa melhores práticas para efeito da modelagem de contratos?

Se, no caso das licitações, a preocupação fundamental na modelagem é encontrar o parceiro privado adequado em ambiente que gere competição e desfavoreça conluios, corrupção e captura, no caso dos contratos de concessão comum e PPP para a prestação de serviços públicos, o objetivo da modelagem contratual deve ser alinhar incentivos para a produção dos níveis de serviço estipulados no contrato com o máximo de eficiência.<sup>140</sup>

A maximização da eficiência, ou dito de outra forma, a busca do melhor uso dos recursos escassos empregados para a prestação do serviço é um dos objetivos primordiais da realização das concessões comuns e PPPs. O alinhamento dos incentivos das partes do contrato de concessão comum ou PPP é condição básica para que esse objetivo seja alcançado.

Além disso, evidentemente, a busca de geração de ganhos de eficiência em contratos de concessão comum ou PPP é realizada em última análise com o objetivo de beneficiar os usuários e a Administração Pública.

Apesar disso, o alinhamento dos incentivos contratuais para a produção de ganhos de eficiência – que é um tema rigorosamente muito mais de técnica jurídica que econômica – recebeu pouca atenção até aqui da doutrina jurídica. Mais mencionados – mas não menos incompreendidos pela doutrina jurídica pátria – têm sido os mecanismos para a transferência para os usuários e Administração Pública dos ganhos de eficiência.<sup>141</sup> Já há artigos e livros de Direito Administrativo que mencionam a regulação por taxa de retorno, ou os instrumentos para deflação de preço-teto tarifário (o assim chamado *price cap*), mas a compreensão pobre do encarte disso com a idéia de equilíbrio econômico-financeiro, com a matriz de risco contratual, e com a lógica econômica subjacente a esses instrumentos tem tornado a doutrina existente entre nós pouco útil para aqueles que se vêm diante da tarefa hercúlea de redigir um contrato de concessão comum ou PPP.

O resultado desse contexto é a repetição, cópia mesmo irrefletida, de contratos de concessão comum ou PPP feitos no passado, que, ultrapassados em vários aspectos, são utilizados acriticamente como parâmetro e exemplo não só do que se pode fazer, mas também – o que é pior – do que se deve fazer em termos de estruturação de contratos de concessão comum ou PPP. E isso, muitas vezes, a pequena, quando não anula, os benefícios que poderiam ser extraídos para os usuários e a Administração Pública dessas contratações.

Vale notar que já há vasta e sofisticada literatura teórica e empírica sobre os ganhos de eficiência conseqüentes de desestatizações, buscando identificar se, de fato, os prometidos ganhos de eficiência se realizaram nos casos concretos, e qual exatamente a gênese desses ganhos em cada situação e a sua dimensão.<sup>142</sup> Para o fim, entretanto, de apontar o que é essencial para o adequado alinhamento de incentivos entre Administração Pública e parceiro privado, não é preciso fazer recurso a essa literatura.

Como se verá nas linhas a seguir não é necessário mais que análise econômica básica vertida sobre cada um dos temas que precisam ser tratados pelas cláusulas dos contratos de concessão comum ou PPP. Trata-se, pois, simplesmente de adequar a técnica jurídica de redação contratual aos objetivos econômicos da própria contratação. É isso que faremos nas próximas páginas, levando sempre em conta os limites possíveis de configuração das cláusulas contratuais estabelecidos pelo Direito pátrio.

Antes, porém, cremos ser necessário dar um passo atrás e fazer uma exposição rápida sobre a estrutura econômica padrão dos contratos de desestatização de serviços públicos (privatização, concessão, PPPs), para, só então, entrar mais especificamente nos temas das cláusulas contratuais.

### III.2. Estrutura econômica dos contratos de concessão comum, administrativa e patrocinada para a

---

<sup>140</sup> Existem na teoria econômica referências sofisticadas para medir a eficiência de uma dada alocação de bens (a assim chamada eficiência de Pareto). Para os fins desse trabalho, no entanto, nos bastará identificar a forma de estruturação contratual que alinhe os incentivos para a produção de eficiência, sem, no entanto, precisarmos de definições ou mensurações rigorosas de eficiência. Apenas para não deixar de mencionar, uma outra sofisticação possível em torno do conceito de eficiência seria tratá-la a partir da noção de equilíbrio da teoria dos jogos aplicada à situação de execução do contrato. Novamente, para os fins desse trabalho essa sofisticação nos parece desnecessária.

<sup>141</sup> Esses ganhos são repassados ao usuário e à Administração Pública, ou durante a licitação (competição pelo mercado), e/ou por meio da competição na prestação do serviço (no mercado), quando possível, e/ou por meio da regulação destinada a produzir os efeitos da competição (“yardstick regulation”).

<sup>142</sup> Cf.: *revisão e comentário da literatura empírica sobre o assunto realizada por (Megginson and Netter 2001).*

### prestação de serviços públicos<sup>143</sup>

A questão que queremos abordar nesse tópico é o que caracteriza do ponto de vista econômico as concessões comuns, administrativas, e patrocinadas, e privatizações de empresas concessionárias de serviços públicos.

A primeira característica que salta aos olhos é que essas quatro formas de desestatização requerem geralmente investimento relevante do parceiro privado em uma infraestrutura para a prestação do serviço, cuja remuneração, depreciação e amortização se fazem pela cobrança de tarifa dos usuários, e, no caso das concessões administrativas e patrocinadas, pagamento parcial ou total do serviço pela Administração Pública.

A necessidade de depreciar, amortizar e remunerar um investimento de montante elevado requer geralmente<sup>144</sup> que os contratos de concessão tenham prazos mais longos que os tradicionais contratos de prestação de serviço.<sup>145</sup> Daí por que a legislação sobre 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).<sup>146</sup>

Permite as Leis de Concessões e a de PPP a fixação de prazos contratuais longos. No caso das PPPs, a Lei 11.079/04 estabelece o prazo contratual máximo, 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 estabelecido prazo máximo para as concessões em setores específicos.<sup>147</sup>

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

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 competitivas ou de regulação econômica que produza os efeitos da competição (*yardstick regulation*<sup>148</sup>), retornaria ao usuário e ao Poder Público sob a forma de melhores serviços e/ou de menores tarifas, menor pagamento público ao concessionário ou maior pagamento pela outorga.

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.

---

<sup>143</sup> Nessa rubrica, utilizamos como base o texto constante do item I.3 do (*Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*). Lucas Navarro Prado co-autor conosco do Comentários à Lei de PPP não tem qualquer responsabilidade pelas alterações que realizamos sobre o texto originário.

<sup>144</sup> Já existem, entretanto, mecanismos que possibilitam substituição freqüente do concessionário mediante competição de preço, garantindo, no entanto, ao que perde a posição a indenização dos investimentos não amortizados. Ver o item V.1, do nosso (*Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*), no qual comentamos o sistema adotado no projeto da Ponte de Messina, que liga a Itália à Sicília.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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 praxis administrativa, a interpretação de que a Administração pode celebrar contratos de prestação de serviço com prazo preestabelecido de cinco anos.

<sup>147</sup> 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.

<sup>148</sup> 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.

Além disso, a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por fazer os projetos (básico e executivo),<sup>149</sup> 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 concessões, como o parceiro privado operará e manterá a infraestrutura 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.<sup>150</sup> Uma vez que a Administração centre-se em fiscalizar os resultados (os níveis de desempenho do serviço), fica ao parceiro privado a escolha dos meios, dos materiais, das tecnologias a serem empregadas para prestá-lo.<sup>151</sup> Ora, supondo-se, novamente, que haverá competição no 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 evolutivos que foram apenas aprofundados pela Lei Geral de Concessões e pela Lei de PPP.

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. 7º, § 2º, 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.

### III.3. Indicadores de desempenho e a distinção entre obrigações de desempenho e de investimento

A mais importante ferramenta de produção de incentivos para que o parceiro privado preste o serviço com a qualidade estipulada do contrato é a definição adequada dos indicadores de desempenho (ou, se quiserem, indicadores de serviço, ou indicadores de resultado) e sua conexão com o sistema de pagamentos.

Os indicadores de desempenho são o cerne de qualquer contrato de concessão comum e PPP, pois eles estabelecem as características do serviço que a iniciativa privada deverá prestar.

---

<sup>149</sup> 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. Cf.: item II.8.2.1, acima.

<sup>150</sup> 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.

<sup>151</sup> Evidentemente, não se trata de excluir a fiscalização pelo Poder Público dos meios, quando isso for necessário para garantir a segurança do usuário.



Esses indicadores devem, em primeiro lugar, estar focados no resultado a ser obtido pelo Poder Público e pelo usuário, isto é as características do serviço, transferindo tanto quanto possível as decisões sobre os insumos, materiais, tecnologia, pessoal, equipamentos para o parceiro privado.

Quanto mais o indicador de desempenho se focar no resultado final (*output*), nas características objetivas do serviço, mais espaço terá a iniciativa privada para gerar ganhos de eficiência que, se o contrato e a licitação forem estruturados adequadamente, serão pelo menos parcialmente compartilhados com o usuário e o Poder Público.

Vale trazer alguns exemplos de indicadores de serviço para que a nossa argumentação se faça mais clara: o assim chamado IRI, que é o índice de irregularidade longitudinal, utilizado no setor rodoviário para medir o cumprimento pelo pavimento de rodovias da qualidade contratualmente pactuada; ou, a taxa de energia interrompida no setor elétrico, que é um indicador operacional da qualidade do serviço; ou a taxa de disponibilidade usado nos setores de telecomunicações, e tecnologia da informação, que mede a disponibilidade do serviço de uma infraestrutura em determinado intervalo temporal; ou ainda o índice de rugosidade do pavimento, que é usado, também no setor rodoviário, para determinar se o pavimento tem condições de gerar o nível de atrito adequado (para evitar pavimentos escorregadios que comprometem a segurança). Para cada um desses índices há uma metodologia e técnicas para a sua aferição. Em regra, o contrato estabelece não só os indicadores a serem utilizados para a medida do desempenho do serviço, mas também o nível mínimo aceitável para cada índice, a metodologia e técnica para a mensuração desse índice e o procedimento para a sua aferição. Veja a seguir a reprodução de uma página do PER – Programa de Exploração da Rodovia, que é parte do contrato de concessão do sistema rodoviário da BA093.

**Quadro 2 – parâmetros de desempenho e outras informações da fase de restauração do contrato da BA093**

Quadro 2.1 Escopo dos Serviços	Pavimento Procedimentos Executivos	Parâmetros de Desempenho	Restauração Cronograma de Execução
<p>Os serviços nos pavimentos flexíveis a serem executados na fase de restauração terão por objetivo estabelecer níveis de severidade mínima, conforme definido nos Parâmetros de Desempenho. A fim de se obter níveis de forma completa e abrangente, deverão ser analisados os seguintes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>As deficiências estruturais e funcionais corrigidas nos trabalhos iniciais;</li> <li>As visitas de serviço das resoluções efetuadas nos trabalhos iniciais;</li> <li>A recuperação do pavimento flexível compreendida, fundamentalmente: <ul style="list-style-type: none"> <li>A execução dos reparos localizados necessários, previamente à execução das obras de retrofit do pavimento, em complemento ao tratamento iniciado nos trabalhos iniciais;</li> <li>O retrofit estrutural do pavimento existente;</li> <li>A eventual reconstrução de segmentos cujo nível de deterioração, condições estruturais ou ambas a indicarem, não recomendarem a restauração do pavimento existente;</li> <li>A recuperação ou a reconstrução dos acostamentos existentes em todo o sistema rodoviário.</li> </ul> </li> </ul> <p>Com relação ao pavimento rígido, sua recuperação compreenderá a substituição parcial ou total de placas deterioradas de acordo com os limites estabelecidos nos Parâmetros de Desempenho.</p> <p>Os projetos executivos a serem submetidos pela Concessionária previamente à AGERBA deverão ser concebidos e implementados de forma que todas as condições funcionais, estruturais e de segurança especificadas a seguir sejam atendidas.</p>	<p>Da mesma forma que a estabelecida na fase de trabalhos iniciais, as condições funcionais das fases de retrofit deverão ser verificadas pela monitoração prevista. A partir da análise dos resultados encontrados, deverão ser tomadas todas as medidas necessárias de modo que sejam atendidos os limites previstos para o final de cada ano desta fase. O atendimento aos limites estabelecidos não exime a responsabilidade da Concessionária quanto à solução de problemas de irregularidades localizadas, contida em faixas que indiquem Parâmetros de Desempenho em níveis inferiores.</p> <p>Em função da avaliação das condições de superfície e aspectos estruturais, intervenções deverão ser programadas de modo a prevenir a ocorrência de danos e desconfortos, conforme os limites estabelecidos nos Parâmetros de Desempenho, inclusive com relação ao desnível entre a faixa de tráfego e o acostamento ou entre duas faixas de tráfego contíguas. As ações de recuperação, de retrofit estrutural ou de eventual reconstrução de segmentos do pavimento deverão ser programadas de forma que sejam sempre atendidos os valores limites especificados nos Parâmetros de Desempenho. Especial atenção deverá ser dada à definição dos tipos de revestimento a aplicar na pista de rolamento, de forma que as condições de aderência ao pavimento sejam as melhores possíveis, de modo a não comprometer o usuário.</p> <p>No acompanhamento das condições de variação de aderência ao longo do período de concessão, a partir da construção dos novos pavimentos ou da primeira recuperação dos pavimentos existentes, as condições de macro rugosidade e de atrito transversal serão especificadas para a fase de operação sendo verificadas pelos mesmos procedimentos na pista, 3 meses após a liberação do tráfego, com repetições anuais, mediante plano de amostragem criteriosamente justificável.</p> <p>Os pavimentos rígidos existentes deverão ser integralmente recuperados nesta fase, compreendendo os serviços de substituição total ou, em casos excepcionais, a serem submetidos a aceitação da AGERBA, parcial das placas deterioradas.</p>	<p>As longas da fase de Restauração o pavimento flexível da rodovia deverá ser gradualmente recuperado, de forma que sejam cumpridos os seguintes limites:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Largura mínima de trabalho do rolamento, no final de 1º ano de concessão, de acordo com o especificado nos Normas para o Projeto Geométrico de Rodovias Federais do DNIT, estabelecer com 3ª faixa de tráfego poderão ser: <ul style="list-style-type: none"> <li>i) Ausência de desnível entre faixas de tráfego contíguas, a partir de 1º ano;</li> <li>ii) Ausência de desnível entre a faixa de tráfego e o acostamento, no final de 1º ano;</li> <li>iii) Ausência de locais sem acostamento até o final de 2º ano;</li> <li>iv) Condições de superfície por subtrecho homogêneo;</li> <li>v) Ausência total de fendas nas telas de rede, medidas sob carga de 120 kN (massas de blocos de concreto) ou superiores a 7 (sete) mm, no final de 1º ano;</li> <li>vi) Índice de Grandeza Global IGI ≤ 30, no final de 5º ano;</li> <li>vii) Ausência de áreas abertas por trechos interligados classe 3, no final de 5º ano;</li> <li>viii) Percentagem de área trincada máxima: <ul style="list-style-type: none"> <li>100% em, no máximo, 20% da rodovia e 20% no restante, no final de 1º ano;</li> <li>100% em, no máximo, 20% da rodovia e 20% no restante, no final de 2º ano;</li> <li>100% em, no máximo, 20% da rodovia e 20% no restante, no final de 3º ano;</li> <li>100% em, no máximo, 20% da rodovia e 20% no restante, no final de 4º ano;</li> <li>100% em 100% da rodovia, no final de 5º ano;</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>f) Condições de superfície em pontos isolados <ul style="list-style-type: none"> <li>i) Ausência total de pedras e arredondados soltos;</li> <li>ii) Condições de conforto por subtrecho homogêneo;</li> <li>iii) Irregularidade longitudinal máxima: <ul style="list-style-type: none"> <li>3,0 milímetros, no máximo, 20% da rodovia e 4,0 milímetros no restante, no final de 1º ano;</li> <li>3,0 milímetros, no máximo, 20% da rodovia e 4,0 milímetros no restante, no final de 2º ano;</li> <li>3,0 milímetros, no máximo, 20% da rodovia e 3,5 milímetros no restante, no final de 3º ano;</li> <li>2,7 milímetros, no máximo, 20% da rodovia e 3,0 milímetros no restante, no final de 4º ano;</li> <li>2,7 milímetros 100% da rodovia, no final de 5º ano;</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> <p>O cálculo da irregularidade longitudinal deverá ser feito por análise estatística, realizada por faixa de tráfego, em segmentos homogêneos de 1 (um) até 20 (vinte) km de extensão, dependendo dos seguintes critérios:</p>	<p>Os serviços a serem executados no pavimento rígido durante a fase de recuperação deverão ter início imediatamente após a conclusão dos trabalhos iniciais e deverão se estender até o final de 3º ano do prazo de Concessão. A distribuição percentual dos serviços deve corresponder às necessidades, de acordo com os parâmetros de desempenho exigidos anualmente e com os resultados da monitoração da rodovia.</p>

O quadro reproduzido acima estabelece os parâmetros de desempenho para o item pavimento, para a fase de “Restauração”<sup>152</sup> do contrato.

Além disso, o ideal é que o indicador de desempenho seja objetivo, verificável, e, se nos permitirem usar um neologismo, “monitorável”. É preciso que seja possível para o Poder Público monitorar facilmente o indicador de desempenho, se possível eletrônica ou mecanicamente por meios automáticos que prescindam de avaliação humana. Isso é viável em diversos casos. Por exemplo, todos os indicadores que elencamos acima são monitoráveis mecânica ou eletronicamente.

No entanto, em alguns setores o objetivo de que os indicadores sejam monitorados por meios mecânicos ou eletrônicos é de difícil concretização. Por exemplo, nas PPPs de hospitais ou outros equipamentos de saúde feitas no Reino Unido, dentro do sistema PFI – Private Finance Initiative. Neles não há transferência para a iniciativa da prestação dos serviços clínicos, que continuam sob a responsabilidade do Estado. Por isso, o que é transferido para a iniciativa privada nas PPPs do Reino Unido, no setor de saúde, são as obrigações de construir e operar os serviços não clínicos, como os de limpeza, lavanderia, *catering*, hotelaria, vigilância, estacionamento e suporte administrativo.

Ora, para esses serviços é muito difícil, senão impossível, a definição de indicadores de desempenho contratuais, cuja aferição do cumprimento prescinda de uma avaliação humana. Por exemplo, o indicador de limpeza das instalações e das roupas de cama. É preciso verificação humana do seu cumprimento. No Reino Unido, os contratos de

<sup>152</sup> Esse quadro foi desenvolvido pela Vetec Engenharia Ltda., e consta da página 31 do PER do projeto de concessão do sistema rodoviário da BA093. Análise mais profunda desse quadro deve levar em conta todo o contexto no qual está inserido.

PPP estabelecem que o agente fiscalizador (do Governo, ou de entidade especializada) analisará a as condições de limpeza do equipamento de saúde e classificará como “adequada”, “parcialmente adequada”, ou “não adequada”, considerando para tanto, os padrões estipulados no contrato.

Observe-se que, ainda no setor de saúde, nos casos em que se transfere para o parceiro privado a prestação também do serviço clínico, pode o contrato ser focado na verificação do cumprimento de indicadores clínicos, como, por exemplo, o índice de infecção hospitalar, e supor que, para manter a taxa de infecção hospitalar abaixo do requerido no contrato, o parceiro privado terá que cumprir adequadamente as obrigações de limpeza em relação às instalações e roupas de cama e outros itens de hotelaria. Pode também o Poder Público, nos casos em que transfere as atividades clínicas para o parceiro privado, fiscalizar as atividades ancilares à prestação do serviço clínico indiretamente, por meio, por exemplo, da exigência de acreditação, que, como já mencionamos no item II.3.2 acima e para explicar aqui de uma maneira bastante resumida, é uma espécie de ISO 9001, do setor hospitalar.<sup>153, 154</sup>

Também ocorre que algumas das exigências ou obrigações que o Poder Público espera sejam cumpridas pelo concessionário ou parceiro privado não possam ser formuladas em termos de obrigações de desempenho, mas apenas como obrigações de investimento.

Obrigações de desempenho são obrigações passíveis de definição em termos de índices objetivos de qualidade/quantidade de serviço. Por definirem o serviço a ser prestado pelo parceiro privado, essas obrigações são monitoradas periodicamente e o seu cumprimento pode ser definido como condição de pagamento ao parceiro privado. Já as obrigações de investimento são obrigações que definem, por exemplo, que uma determinada obra deve ser feita, ou que um determinado equipamento deve ser adquirido e instalado.

Geralmente, uma mesma obrigação pode ser definida como obrigação de investimento ou como obrigação de desempenho. Por exemplo, no caso dos contratos de concessão comum ou PPP de rodovias, que necessitem de restauração. A obrigação de restaurar pode ser definida como obrigação de investimento, caso em que o contrato especificará as intervenções, obras e serviços, a serem realizadas em cada segmento da rodovia para a sua restauração; ou, a obrigação de restaurar pode ser estipulada como obrigação de desempenho, caso em que o contrato estipulará os índices de serviço a serem atingidos pelo pavimento da rodovia, deixando ao parceiro privado a escolha das obras e serviços a serem realizados para atingir tais índices.

Decorre do que já falamos até aqui, que é desejável que todas as obrigações do parceiro privado sejam definidas no contrato de concessão comum ou PPP, por meio de indicadores de qualidade e quantidade de serviço, até mesmo para transferir para o parceiro privado a escolha dos meios, insumos, metodologia e tecnologia, de prestação do serviço. No entanto, existem situações em que não é viável, ou em que não é eficiente definir as obrigações do parceiro privado como obrigações de desempenho, seja porque eventuais indicadores dessas obrigações de desempenho seriam de difícil fiscalização/afecção, ou porque simplesmente é realmente inviável traduzir essas exigências em indicadores objetivos. Nesses casos, é preciso que a obrigação do parceiro privado seja definida no contrato em termos de obrigação de investimento.

Por exemplo, nos projetos de concessão de rodovias é comum que a instalação de passarelas para cruzamento de pedestres seja feita sob a forma de “obrigações de investimento” e não como “obrigação de desempenho”. Geralmente a Administração simplesmente inclui no contrato de concessão, entre as obrigações do concessionário a instalação de passarelas nos lugares que os estudos determinaram ser relevante. Observe-se que, neste caso, seria perfeitamente possível desenvolver um indicador de desempenho que disparasse a obrigação de implantar passarelas, por exemplo, por definição de um gatilho por número de pedestres que realizem o cruzamento em cada segmento da rodovia. No entanto, o monitoramento da ocorrência desse gatilho seria desproporcionalmente trabalhoso em relação aos seus benefícios, e, por isso, a Administração Pública geralmente estipula no contrato os lugares onde devem ser feitas as passarelas, e, se, ao longo do contrato se tornam necessárias outras passarelas, a Administração Pública, modifica o contrato para exigir a sua implantação (realizando, quando cabível, o processo de reequilíbrio econômico-financeiro).

---

<sup>153</sup> Ver, neste sentido, o edital, contrato e estudos técnicos realizados como parte da modelagem da PPP do Hospital do Subúrbio, disponível no site: [www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio](http://www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio).

<sup>154</sup> Note-se que, no caso de hospital ou outro equipamento de saúde em que o parceiro privado fique responsável apenas pelos *soft services*, é inviável focar a sua fiscalização na exigência de manutenção de acreditação. É que as formas de acreditação disponíveis no mercado focam no funcionamento total do hospital ou outro equipamento de saúde, sem distinção entre a contribuição dos *soft services* e das atividades clínicas para a obtenção da certificação. Ao contrário, caso haja intenção de se exigir acreditação em hospital em que apenas a responsabilidade pelos *soft services* foi transferida para o parceiro privado, será necessário disciplinar claramente no contrato quais as responsabilidades do parceiro privado no processo para a obtenção da certificação da empresa acreditadora.

Os indicadores de desempenho devem ser fiscalizados com a periodicidade estipulada no contrato. Em alguns casos, é possível ter fiscalização permanente, por exemplo, quando se trata de monitoramento eletrônico da taxa de disponibilidade de infraestruturas de telecomunicação, como cabos de fibra ótica; em outros casos, como no de rodovias ou hospitais, a aferição do cumprimento de indicadores de resultado é feita periodicamente, por exemplo, trimestralmente, considerando, entretanto, todas as eventuais ocorrências registradas ao longo daquele período.<sup>155</sup>

#### III.4. Sistema de pagamentos e sua conexão com os indicadores de desempenho, exceção de descumprimento de contrato e desconto de reequilíbrio

Não basta que os indicadores de desempenho sejam bem estruturados para que os contratos de concessão comum e PPP para a prestação de serviços públicos sejam cumpridos de forma eficiente. É preciso que tais indicadores estejam adequadamente conectados com o sistema de pagamentos, de modo a gerar incentivos econômicos para que o parceiro privado os cumpra. Para isso, é indispensável que o descumprimento dos indicadores dê azo a punições (a aplicação de multas, por exemplo) ou a redução do pagamento do parceiro privado (usando a lógica, do que se chama na teoria jurídica de “exceção de descumprimento do contrato”).

É importante trazer a baila que, por razões que não faz sentido aprofundar aqui<sup>156</sup> desenvolveu-se na prática regulatória brasileira, de um lado, uma lógica de aplicação indiscriminada e muitas vezes desproporcional de multas<sup>157</sup>, e, de outro lado, uma prática, consolidada com a ajuda de algumas vertentes da teoria do direito administrativo, de pensar os processos administrativos de aplicação de multas como um processo penal, outorgando muitas vezes à parte a ser multada garantias que encontram equivalentes no nosso sistema jurídico apenas na defesa contra as penas privativas de liberdade. Neste contexto, a efetividade das multas como incentivo para cumprimento adequado dos contratos vem se deteriorando.

Daí que, para que os incentivos para cumprimento dos contratos de concessão comum e PPP sejam críveis e efetivos, aconselhamos o uso da lógica da exceção de descumprimento de contrato tanto quanto possível em lugar das penalizações. Explicamos melhor: ao invés da aplicação de multas, o sistema de pagamentos deve se centrar na realização de descontos no pagamento do parceiro privado nos casos em que não houver cumprimento dos indicadores de desempenho.

Esses descontos, do ponto de vista jurídico, não são caracterizados como “punição”, ou “multa”, mas redução do pagamento proporcional ao serviço que efetivamente foi prestado pelo parceiro privado. É dizer a Administração deve pagar apenas pelo serviço que foi efetivamente prestado: se o serviço foi de qualidade inferior ao contratualmente pactuado, o pagamento por esse serviço deve ser proporcionalmente reduzido. Para isso, é preciso que conste claramente nos contratos as escalas de preço, que permitam realizar os descontos no preço do serviço, no caso dele não ser prestado nas quantidades e qualidade exigidos no contrato para percepção pelo parceiro privado do pagamento

---

<sup>155</sup> Por exemplo, se foram registradas situações de descumprimento do contrato ao longo do trimestre, isso é considerado para efeito da redução do pagamento ao parceiro privado ou aplicação de multas.

<sup>156</sup> O enfraquecimento das agências reguladoras, que aconteceu, sobretudo, a partir de 2003, contribuiu de maneira relevante para isso. Alguns dos mandatários de cargos políticos do início do Governo Lula associavam as agências reguladoras, e a sua criação, à suposta matriz neoliberal do Governo anterior, quando, evidentemente, o fortalecimento das agências reguladoras em todos os lugares do mundo, é uma demanda coerente com as políticas de esquerda, como limite e instrumento para correção das falhas do livre mercado, esse sim, em regra, protegido pelos neoliberais. Ao longo, sobretudo, do primeiro mandato do Governo Lula houve diversas ações que resultaram no enfraquecimento das agências reguladoras, entre elas, a falta de tempestividade na indicação de substitutos para os cargos de diretores e conselheiros de agências reguladoras. Cf.: *(ABDIB - Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústrias de Base 2008)*, a indicação para os cargos dirigentes de agências reguladoras de pessoas sem o mínimo preparo técnico para ocupar essas posições, a redução da flexibilidade para contratação de consultores e empresas de consultorias, que especialmente a ANATEL possuía, os cortes no orçamento das agências, a demissão de Presidente de agências, e a pressão, no caso da ANEEL, em 2003, para diluir aumentos de tarifa decorrentes do reajuste tarifário, e no caso da ANATEL, também no ano de 2003, para evitar a utilização dos índices contratuais de reajuste previstos no contrato. Cf.: *(Prado 2008)*.

<sup>157</sup> Isso é outro desdobramento do enfraquecimento das agências reguladoras que mencionamos na nota de rodapé 156 acima. Tal enfraquecimento as deixou mais sensíveis a pressões das pautas políticas do Ministério ao qual estão ligadas, da militância consumerista, ou mesmo do Ministério Público.

integral (tenha esse pagamento origem na cobrança de tarifa ou no Erário).

Esse desconto no valor do pagamento ao parceiro privado é relativamente simples de operacionalizar quando se trata de pagamento público, o que ocorre nas concessões administrativas ou patrocinadas, pois, nestes casos, se trata de abater valor do pagamento a ser realizado pela Administração ao parceiro privado. A operacionalização é, entretanto, mais complicada, em alguns setores, quando se trata de concessão comum, ou quando se quer realizar o desconto na tarifa de concessões patrocinadas ou administrativas. Nos setores de distribuição de energia, ou de telecomunicações a realização desses descontos é algo trivial. Já no setor de infraestrutura rodoviária, ou de transporte ferroviário de carga, isso é um pouco mais complexo, porque o processo de informação ao usuário da mudança de valor da tarifa é mais complicado. É importante, todavia, trazer a baila que já foi desenvolvido no Brasil sistema que permite fazer incidir sobre a tarifa ao usuário o desconto decorrente do descumprimento pelo parceiro privado dos indicadores de desempenho, o que se tem chamado de “desconto de reequilíbrio”. Para uma primeira versão do “desconto de reequilíbrio”, veja-se os contratos de concessão das rodovias BR 116/324, e do sistema da BA 093. Nesses contratos, por ocasião, do processo de reajuste anual da tarifa (para manutenção do seu valor em face da inflação) aplica-se também um desconto na tarifa, caso o concessionário não tenha cumprido adequadamente os indicadores de desempenho ao longo dos quatro trimestres anteriores ao reajuste.

Note-se que o “desconto de reequilíbrio” previsto nesse contrato foi modelado de forma que o desconto seja sempre proporcional ao peso<sup>158</sup> estimado do custo para cumprimento daqueles indicadores específicos (que foram descumpridos pelo concessionário) na estrutura de custos gerais dos concessionários. Isso foi feito para que o desconto de reequilíbrio produzisse os incentivos econômicos para o correto cumprimento do contrato.

### III.5. Distribuição de Riscos e Equilíbrio Econômico-Financeiro

Um aspecto nodal para a estruturação de contratos de concessão comum e PPP eficientes é a alocação adequada de riscos. Em conjunto com os indicadores de desempenho, com o sistema de pagamentos (tarifário ou de contraprestação pelo Governo), e com o conjunto de penalidades, a matriz de risco e o sistema de equilíbrio-econômico financeiro constituem os aspectos mais centrais do contrato, pois estipulam o conjunto de incentivos para ação de cada parte na relação contratual.

Por exemplo, ao atribuir ao parceiro privado o risco da demanda sobre os serviços, o contrato cria estímulo para que o parceiro privado busque atrair e aumentar a demanda, de maneira a atingir a quantidade mínima de unidades de serviços necessária para cobrir seus custos fixos, e superá-los até maximização do seu lucro.<sup>159</sup> Ou, ao atribuir ao parceiro privado parcela do risco por manifestações sociais que levem à interrupção da cobrança da tarifa, ele terá o incentivo para investir em relações públicas para criar uma boa imagem, e evitar a ocorrência de comoções sociais que levem à interrupção da cobrança de tarifa.

Mas, vale a pena especificar melhor a relação entre matriz de riscos, indicadores de desempenho, sistema de pagamentos, e sistema de equilíbrio econômico-financeiro: os indicadores de desempenho e o sistema de pagamento definem (a) o que a Administração Pública/usuário vão adquirir por meio do contrato; (b) o preço e forma de pagamento pelo serviço.

Já a matriz de riscos estabelece qual das partes é responsável por dar cabo de determinada atividade prevista no contrato, e, também, por lidar com as incertezas positivas e negativas – e os consequentes ganhos e ônus – que afetam tal atividade. Por exemplo, a parte à qual é atribuído o risco de construção/implantação será responsável pela construção do empreendimento na qualidade, prazo e custo previsto, mas também por lidar com todas as ocorrências, previstas ou não, que impactem positiva ou negativamente o cumprimento dessas obrigações.

A matriz de riscos, ao estipular as responsabilidades de cada uma das partes do contrato, fixa o conjunto encargos e benefícios de cada parte e, assim, em conjunto com os indicadores de serviços e o sistema de pagamentos constituem o que a doutrina jurídica costuma chamar de “equação econômico-financeira” do contrato.

Ora, a manutenção no tempo da equação econômico-financeira do contrato, isto é o cumprimento permanente, e,

---

<sup>158</sup> Esse peso foi estimado ao longo do processo de modelagem do projeto considerando o custo total estimado do concessionário e o custo necessário para o cumprimento de cada um dos principais indicadores de desempenho.

<sup>159</sup> Como o aumento da demanda pode implicar em necessidade de investimentos em infraestrutura para ampliação da sua capacidade, nem sempre o parceiro privado tem o incentivo para atrair demanda indefinidamente.

portanto, estabilização temporal – da distribuição de encargos e benefícios previstos na matriz de riscos contratual – requer a previsão de um sistema de equilíbrio econômico-financeiro. Por exemplo, em um contrato de concessão em que investimentos para expansão da rede **não previstos** expressamente no contrato sejam risco do Poder Concedente, sempre que o Poder Concedente solicitar ao parceiro privado a implantação de uma expansão na rede não prevista no contrato, será indispensável compensá-lo por isso. O sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato é, pois, utilizado nesta situação.

Mais um exemplo: existem riscos atribuídos no contrato a uma das partes, mas cujos eventos gravosos a eles relacionados afetam adversamente outra parte do contrato. Imagine-se um contrato em que os riscos de caso fortuito e força maior sejam atribuídos ao Poder Concedente, e imagine-se que ocorram eventos de força maior que impeçam, por um período, a cobrança de tarifa pelo parceiro privado. Ora, neste caso, apesar do risco de força maior ser do Poder Concedente, a ocorrência gravosa a ele relacionada (impossibilidade de cobrança de tarifa) afeta diretamente o parceiro privado. Nesse tipo de circunstância, o sistema do equilíbrio econômico-financeiro é utilizado para indenizar ao parceiro privado o prejuízo decorrente do evento de força maior, de modo a cumprir a matriz de riscos contratual. **A função, portanto, do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual.**

Nas linhas a seguir, vamos especificar o que importa para efeito da definição da matriz de riscos e do sistema de garantia do equilíbrio econômico-financeiro do parceiro privado. Como há no senso comum jurídico uma compreensão limitada dos aspectos econômicos mais relevantes da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, vamos tentar tratar do tema da maneira mais didática possível. Não será viável, entretanto, desenvolver aqui todos os desdobramentos teóricos e práticos do que explicaremos. Para isso, remetemos o leitor a alguns trechos do nosso livro de Comentários à Lei de PPP<sup>160</sup>, que explicitam em mais detalhes a nossa compreensão do tema.

### III.5.1. Matriz de riscos e critérios para distribuição de riscos

Todo o contrato veicula explícita ou implicitamente uma matriz de riscos. Ela é explícita quando claramente o contrato distribui os riscos entre as partes e estabelece os mecanismos para sua mitigação. Ela é implícita quando não há uma distribuição clara de riscos no contrato e se torna indispensável, por exemplo, recorrer a lei, ou a outras fontes para saber qual a exata distribuição dos riscos entre as partes.

No caso dos contratos de concessão comum e PPP, por serem contratos complexos e talhados especificamente para a situação de cada projeto, é conveniente que a matriz de risco seja explícita e que a sua elaboração seja fruto de reflexão sobre ao menos os principais riscos do projeto. Nas linhas a seguir, vamos falar rapidamente sobre os três critérios principais de distribuição de riscos que devem ser utilizados na reflexão sobre distribuição de riscos, e depois, dar exemplo, de uma cláusula de distribuição de riscos e uma matriz de riscos padrão.

Observe-se, entretanto, que há, nos diversos setores econômicos, uma crescente padronização dos contratos de concessão comum e PPP, de maneira que, muitas vezes, os encarregados de estruturar tais contratos poderão se apoiar nesses padrões, especialmente como ponto de partida, para definir a distribuição de riscos dos novos contratos. Aconselhamos que isso seja feito, particularmente porque os potenciais parceiros privados em cada setor já estão em regra acostumados com esses padrões de maneira que isso facilita a compreensão e discussão do projeto.

Note-se, por fim, que há um conjunto de riscos cuja alocação é feita por lei. Por exemplo, o risco de aumento na carga tributária incidente sobre as atividades objeto de contrato de concessão. A Lei de Concessões estabelece no seu art. 9, §3º que “*Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.*” Portanto, por disposição legal, ressalvado o caso do imposto de renda, o risco de criação extinção ou alteração dos tributos ou encargos legais é da Administração Pública, não podendo ser alocado ao parceiro privado.

Apesar de haver alguns casos, como no exemplo acima, em que a lei aloca claramente um determinado risco a uma das partes do contrato, geralmente, a legislação deixa ao contrato a definição da alocação de riscos. Veja-se, como exemplo, disso o art. 23, da Lei Geral de Concessões, que exige que vários temas sejam tratados pelo edital ou contrato de concessão, sem, entretanto, estabelecer como devem ser divididos os riscos atinentes a cada um desses temas. Veja-se também o artigo 5º, inciso III, da Lei de PPP, que menciona que o contrato deverá prever a repartição dos riscos

<sup>160</sup> Cf.: itens I.4.1, I.4.2, IV.6, V.3.1, V.3.2, entre outros, do (Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007).

relativos à força maior, caso fortuito, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, sem, contudo, estipular como esses riscos devem ser divididos.

### III.5.1.1. Critérios para distribuição de risco<sup>161</sup>

Em relação à matriz de riscos, a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo: isto é à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos graves ou remediar as suas consequências, e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível.

Há basicamente quatro critérios bastante simples que devem ser seguidos na decisão sobre repartição de riscos.

Os dois primeiros critérios são os principais para garantir a maximização da eficiência do contrato. **O primeiro deles é que o risco deve ser sempre alocado à parte que a um custo mais baixo pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances do evento desejável ocorrer.** Esse critério leva em conta a capacidade das partes de adotar ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou incentivar a ocorrência dos eventos desejáveis.

Por exemplo, é comum se atribuir ao parceiro privado em contratos de concessão comum e PPP o risco de sobrecusto ou atraso na construção do empreendimento. Isso é consequência do fato de haver no mercado privado *expertise* para gerenciamento do risco de construção, que pode ser obtida a custos mais baixos pelo parceiro privado, que pelo Poder Concedente. Também é bastante comum em contratos de concessão comum e PPP atribuir ao parceiro privado o risco de disponibilidade do serviço, pois, em regra, a iniciativa privada tem capacidade e experiência em se organizar para prestar adequadamente os serviços nos setores de infraestrutura que já foram objeto de desestatização.

O segundo critério para alocação de riscos, considera, ao invés da capacidade de prevenção dos eventos indesejados, a capacidade de gerenciar as consequências danosas, caso o evento indesejado se realize. Por esse critério, o risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável.

Por exemplo, na Inglaterra, tem sido comum em obras para construção de metrô transferir o risco de interferências imprevistas para o parceiro privado. As interferências imprevistas, no caso de construção de metrô, são, por exemplo, os cabos, dutos, ou canais existentes no subsolo de uma grande cidade que se encontram no caminho de um túnel de metrô em perfuração. Mesmo quando se tem um mapa bastante detalhado do subsolo destas cidades, existe sempre a possibilidade de haver cabos, dutos, ou outras infraestruturas que não constam dos mapas, mas que figuram no caminho projetado dos túneis. Note-se que, assim como a Administração Pública, o parceiro privado não tem como evitar as interferências imprevistas. A incompletude dos mapas existentes do subsolo dificilmente poderá ser sanada pelo parceiro privado antes do início da perfuração do túnel do metrô. Neste caso, o parceiro privado, assim como a Administração Pública, não tem como reduzir as chances do evento indesejável se realizar. Contudo, o parceiro privado, caso ocorra o evento indesejável (por exemplo, o rompimento de cabos que estavam no caminho da perfuração do túnel do metrô), estará em posição muito melhor para remediar o problema que a Administração Pública. Daí porque, na Inglaterra, se aloca esse risco ao parceiro privado.<sup>162</sup>

Outro exemplo: nas concessões rodoviárias, geralmente é risco do concessionário eventuais acidentes com cargas perigosas. Decerto que o concessionário pode praticar atos para prevenir a ocorrência de acidentes, como por exemplo, manter as rodovias em boas condições e com sinalização adequada. Contudo, o mais relevante nesse caso é que, uma vez ocorrido o acidente, o concessionário geralmente é quem está em melhor posição para rapidamente remediar as consequências do acidente, de maneira a impedir contaminações para além das inevitáveis.

Tendo mencionado os dois principais critérios para alocação de riscos, existem dois outros temas que precisam ser levados em conta na definição da matriz de riscos contratuais.

O primeiro é a capacidade das partes do contrato de “externalizar” o custo de prevenir ou remediar os eventos indesejáveis. Por esse critério, os riscos devem ser alocados sempre sobre a parte que tem menores possibilidades de “externalizar” as consequências do evento indesejável, ou seja repassar para terceiros o custo destes eventos. Isso porque a possibilidade de repassar facilmente o custo para um terceiro tira geralmente o incentivo da parte para ambos

<sup>161</sup> Esse trecho do texto está baseado em (M. B. Pinto 2006), utilizando também, para tanto, a leitura desse texto feita por Lucas Navarro Prado, em curso sobre a Lei de PPP, ministrado para a Prefeitura do Município de São Paulo, em 2009.

<sup>162</sup> Note-se que, tradicionalmente, o risco de interferências imprevistas era alocado não só na Inglaterra, mas também, em outras partes do mundo, inclusive no Brasil, ao Poder Concedente, por conta da dificuldade de gerenciamento desse risco.

prevenir e remediar adequadamente a ocorrência de eventos indesejáveis.<sup>163-164</sup>

Considerando que a Administração Pública sempre repassa os seus custos direta ou indiretamente para os contribuintes, a utilização desse critério levaria a priorizar a transferência para o parceiro privado dos riscos. Por outro lado, ao repassar para o parceiro privado riscos que ele não tem como controlar, ou seja, que ele não tem como prevenir ou remediar a ocorrência dos eventos indesejáveis, o parceiro privado tenderá a:

- (a) fazer seguro, e repassar o custo do prêmio para o preço cobrado da Administração Pública ou usuário; ou,
- (b) embutir no seu preço à Administração Pública custo total de lidar com os eventos indesejáveis.

Se houver seguro disponível no mercado a preços razoáveis, o contrato de concessão comum ou PPP estará promovendo a repartição social do risco, por meio do uso do mercado securitário, pois o preço que será repassado para o usuário e o Poder Público considerará a probabilidade de ocorrência dos eventos indesejáveis e a dimensão do dano esperado, na eventualidade de sua ocorrência.

Se, contudo, o parceiro privado não puder encontrar cobertura securitária no mercado, ele, para se resguardar contra o risco do evento indesejável, incluirá no seu preço o custo total de lidar com os eventos indesejáveis. Isso significa que a Administração Pública e/ou os usuários estarão a pagar pelas consequências do evento indesejado, mesmo em um cenário em que tal evento não ocorra. Por isso, no caso de não haver no mercado securitário cobertura para o risco que se pretende transferir para o parceiro privado – a despeito do parceiro privado não ter controle sobre a prevenção da sua ocorrência, ou minoração das suas consequências danosas – ou no caso dos prêmios para tais coberturas serem proibitivos (o que acontece geralmente por subdesenvolvimento do mercado de seguros, e, portanto, falta de histórico e bases estatísticas para precificar adequadamente o risco), faz sentido alocar o risco sobre a Administração Pública.

### *III.5.1.2. Exemplos de matriz de riscos*

Abaixo, reproduzimos: (a) uma matriz de riscos que elaboramos com finalidade didática; e, (b) a principal cláusula sobre alocação de riscos do contrato de concessão das rodovias BR 116/324, que representou uma grande evolução nas melhores práticas de licitação e contrato do setor de rodovias.

Essas duas referências darão ao leitor conhecimento sobre a reflexão que deve basear a alocação de riscos em um contrato de concessão comum ou PPP.

#### *III.5.1.2.1. Exemplo de Matriz de Riscos*

Abaixo redigimos uma matriz de riscos para fins didáticos.<sup>165</sup> Nessa matriz, além de uma descrição sumária dos riscos, incluímos comentários sobre a alocação do risco pela legislação, e sugestão de alocação preferencial desse risco, com base na experiência brasileira.

Note que a matriz de risco abaixo foi produzida com fins meramente didáticos e a utilização da alocação

---

<sup>163</sup> Observe-se que, exatamente por essa razão, prejuízos ao Erário nem sempre induzem práticas que os evitem. Por exemplo, até o presente não há no âmbito da Administração Pública brasileira uma cultura “riscológica”, que permita mensurar custos e frequência de ocorrências gravosas à Administração.

<sup>164</sup> É importante não confundir externalização do risco, com o seu gerenciamento por meio da realização de seguro. No primeiro caso, há apenas o repasse do custo da ocorrência gravosa do risco para um terceiro. No segundo caso, há uma transferência do risco para empresa especializada em tomá-lo, por meio de estrutura contratual que mantém os incentivos para o segurado tomar as providências para evitar o sinistro (por exemplo, por meio da previsão de franquia).

<sup>165</sup> Em relação ao formato, nos inspiramos na matriz de riscos utilizada pelo programa de PPP da Província de Victoria, na Austrália. Cf.: (*Partnerships Victoria n.d.*). A referida matriz de riscos está disponível no seguinte link: [http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues5-Appendix/\\$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues5%20-%20Appendix.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues5-Appendix/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues5%20-%20Appendix.pdf)

preferencial dos riscos nela sugerida deve ser avaliada a vista das peculiaridades de cada setor econômico e de cada projeto.

Para classificação dos riscos, estabelecemos grupos baseados nos principais conjuntos de atribuições que em regra são transferidos do Poder Concedente para a iniciativa privada em contratos de concessão comum ou PPP: (1) realização dos projetos (de engenharia, equipamentos etc.), (2) financiamento, (3) construção, implantação, fornecimento e montagem de equipamentos, (4) operação e manutenção, e (5) riscos que afetam as receitas do concessionário, como, por exemplo, a demanda. Além disso, incluímos também uma categoria (6) para as mudanças legislativas e outras ocorrências fora do controle das partes, e (7) riscos supracontratuais, que são aqueles riscos gerais, cuja mitigação é feita não por uma disposição contratual específica, mas pelo sistema jurídico como um todo, pela realização da licitação e celebração do contrato, como por exemplo, o risco de conduta oportunista do Poder Concedente, ou o risco de incapacidade do parceiro privado de prestar os serviços previstos no contrato.

Evidentemente, a enumeração desses riscos, sua classificação e divisão em grupos não tem a pretensão de ser exaustiva, tampouco de ser ciência exata. Cada um dos riscos mencionados poderia ser dividido em vários outros sub-riscos. Além disso, vários dos riscos elencados poderiam também constar de mais que um dos grupos que enumeramos acima.

Observe-se que, em consequência da cultura sobre o equilíbrio econômico-financeiro criada em torno da Lei 8.666/93, especialmente em torno do seu artigo 65, e da confusão entre nós, particularmente na doutrina do Direito Administrativo entre alocação de riscos e sistema de equilíbrio econômico-financeiro de contrato, paira o risco de se entender, **na nossa opinião de maneira muito equivocada**, que quaisquer fatos *imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe* sejam riscos do Poder Concedente intransferíveis para o parceiro privado, em virtude do art. 65, inciso II, alínea “d”. Já criticamos esse entendimento em trabalho anterior de nossa autoria.<sup>166</sup> Aqui apenas lembraremos o leitor que:

(a) o artigo 10, da Lei 8.987/95, estabelece que *o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estará mantido quando for obedecido o contrato de concessão*, o que significa que é o contrato de concessão que estabelece as hipóteses, critérios e metodologia para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro;

(b) mesmo que se discuta a incidência e alcance do artigo 10, da Lei 8.987/95, é preciso lembrar que o próprio artigo 65, da Lei 8.666/93 estabelece que os mencionados riscos são do Poder Concedente apenas nos casos que a sua ocorrência configure “*álea extraordinária e extracontratual*”. Isso significa que só incide a alocação de riscos prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93 se o contrato não prever alocação diferente destes riscos. Ou seja, se há previsão explícita no contrato de concessão da alocação ao parceiro privado de ocorrências que se enquadram nas categorias previstas no artigo 65, inciso II, alínea “d”, há que se entender que prevalece a alocação prevista no contrato.

(c) Em relação aos contratos de PPP, da Lei 11.079/04, o art. 5º, inciso III, claramente estabeleceu a possibilidade de repartição pelo contrato dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Portanto, em relação às PPPs, não há dúvidas que o art. 65, inciso II, alínea “d”, não incide para efeito da definição da alocação desses riscos.

(d) E, que não se diga que o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia constitucional e que pouco importa a sua tradução legal. Na verdade, a Constituição Federal não fala em equilíbrio econômico-financeiro, mas apenas em *manutenção das condições efetivas da proposta* para prestação dos serviços objeto do contrato (art.37, inciso XXI, da Constituição Federal). Evidentemente que os critérios e metodologia para a manutenção dessas condições da proposta são critérios infraconstitucionais, eventualmente previstos em lei, e geralmente previstos nos contratos.

Observe-se, ademais, que todos os riscos possuem aspectos negativos (possibilidade de gerar custos, encargos, ônus) e positivos (possibilidade de gerar receitas, ganhos etc.). Na redação da matriz de riscos, focamos em tratar mais detidamente do aspecto negativo dos riscos, pois são eles em regra que são objeto de maior preocupação para viabilizar a realização de contratos de concessão comum e PPP. No entanto, é preciso ter claro que a alocação de um determinado risco a uma das partes implica atribuir-lhe tanto as consequências negativas, quanto as positivas do gerenciamento daquele risco.

Vale mencionar que, na coluna sobre mitigação dos riscos constante da tabela abaixo a palavra “mitigação” é utilizada em sentido amplo, englobando toda a atividade facilitadora do gerenciamento do risco.

Por fim, é importante notar que na eventualidade de materialização de ocorrências que são risco do Poder

---

<sup>166</sup>Ver nota de rodapé n. 160, acima.



Concedente e que demandam reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o Poder Concedente tem em princípio discricionabilidade para eleger qual a forma de realizá-lo, se por meio de aumento da tarifa ao usuário, prorrogação do prazo do contrato, pagamento direto ao parceiro privado, ou redução de obrigações de investimento do parceiro privado.

Tipo de Risco	Descrição	Consequência da Materialização do Aspecto Negativo do Risco	Fatores, medidas ou estruturas contratuais que funcionam como mitigantes do risco	Há norma legal que defina a quem esse risco deve ser alocado?	Alocação preferencial
<b>Projeto e Obtenção das Licenças (inclusive ambientais)</b>					
Projeto	O risco do projeto ser inadequado para provimento dos serviços na qualidade, quantidade e custo definidos	Aumento dos custos de implantação e operação dos serviços, inadequação dos serviços	<ul style="list-style-type: none"> <li>O Poder Concedente tem obrigação de disponibilizar os "elementos do projeto básico" das obras, com estimativas de custo</li> <li>O parceiro privado pode passar o risco de projeto para o construtor, e outros subcontratados</li> <li>O Poder Concedente pode reduzir o pagamento (tarifa ou pagamento público) se o níveis de serviço contratualmente pactuados não forem atingidos, e em ultima instancia pode decretar a caducidade do contrato</li> </ul>	A Lei 8.987/95, no seu artigo 18, inciso XV, requer que seja realizado "elementos do projeto básico" das obras, como condição para a realização da licitação da concessão. O contrato, no entanto, pode estabelecer que os elementos de projeto básico são indicativos, de maneira a transferir todos os riscos de projeto para o parceiro privado.	Parceiro privado
Desapropriação e desocupação das áreas na qual o projeto será implantado	Risco de que o parceiro privado não consiga título legal adequado para iniciar a implantação do projeto na área selecionada ou que ele não consiga a desocupação das áreas desapropriadas ou invadidas	Atraso e aumento de custo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Poder Concedente e seus consultores da área social devem fazer levantamento das áreas a serem desapropriadas e recenseamento da população a ser deslocada</li> <li>Poder Concedente e seus consultores deverão estimar o custo da desapropriação, e das indenizações para realocação da população a ser deslocada para implantação do projeto</li> <li>Poder Concedente deve tornar todas as informações públicas</li> <li>Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e das necessidades de desapropriação e realocação da populações</li> <li>O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	O parceiro privado geralmente fica responsável pelos atos executórios da expropriação, de maneira que, o risco de atrasos é a ele alocado. Já o risco dos preços para desapropriação e desocupação excederem o estimado muitas vezes é compartilhado entre Poder Concedente e parceiro privado. Geralmente o contrato estabelece uma verba para as indenizações a serem realizadas pelo parceiro privado.
Populações indígenas	Riscos de atrasos ou de alterações na concepção do projeto para reduzir o impacto sobre terras indígenas de modo a torná-lo viável	Atraso e aumento do custo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Poder Concedente e seus consultores da área ambiental e social avaliam o impacto do projeto sobre as terras e as populações indígenas. Essa avaliação deve basear a decisão sobre se o Poder Concedente realiza diretamente a desapropriação dessas terras ou transfere a responsabilidade pela desapropriação para a iniciativa privada. Essa avaliação também deve basear quem toma o risco do custo da desapropriação.</li> <li>Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros em terras indígenas antes e ao longo da licitação</li> <li>O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	O Poder Concedente geralmente assume esse risco por estar em melhor condição de gerir questões sociais e políticas que decorrem da relação com povos indígenas; O Poder Concedente geralmente está em posição melhor para negociar com essas populações
Aprovações e licenças (inclusive ambientais)	Risco que as aprovações e licenças necessárias para realizar as obras não sejam obtidas, ou sejam obtidas sujeitas a condições não previstas.	Atraso no início das obras ou na sua conclusão e aumento dos custos	<ul style="list-style-type: none"> <li>Poder Concedente e seus consultores ambientais e sociais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lidar com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos</li> <li>Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação</li> <li>O Poder Concedente realiza estudos para estimar os custos e as condições necessárias para obter as demais licenças</li> <li>Parceiro privado avalia o custo e condições para obtenção das demais licenças e autorizações</li> </ul>	No caso de PPP, o art. 10, inc. VII da Lei Federal 11.079/04, exige que o Poder Concedente disponibilize ou a licença ambiental, ou as diretrizes para a sua obtenção	Parceiro privado. Em alguns casos, como grandes usinas hidrelétricas, as dificuldades de obtenção das licenças pelo parceiro privado podem ser tão grandes, que faz sentido o Poder Concedente obtê-las antes da licitação, ou prever no contrato sistema de compartilhamento de riscos, caso seja necessário a realização de dispêndios maiores que os estimados para a obtenção das licenças e autorizações
<b>Construção/Montagem/Implantação</b>					
Construção, Montagem e Implantação	O risco de acontecerem eventos durante a construção que impeçam o cumprimento do prazo ou que aumente os custos de construção	Atraso e aumento de custos de construção	<ul style="list-style-type: none"> <li>O parceiro privado geralmente vai firmar um contrato de construção por preço fixo, pelo qual o risco de construção é transferido para um construtor com capacidade e experiência em gerenciá-lo</li> <li>Seguro de completude da obra dado pelo parceiro privado a Administração Pública</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
Geológico <sup>167</sup>	Risco que condições adversas do solo/terrenos em que será construído o projeto causem aumento de custos na construção e/ou atraso	Atraso na construção e aumento do custo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Estudo pelos consultores técnicos do Poder Concedente das condições da infraestrutura existente e disponibilização pública dos relatórios desses estudos</li> <li>Possibilidade do parceiro privado avaliar a situação da infraestrutura existente antes e ao longo da licitação</li> <li>Transferência pelo parceiro privado desse risco para um construtor subcontratado especializado em lidar com esse risco</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado

<sup>167</sup> Esse risco afeta, sobretudo, a construção do projeto, de maneira que poderia ser classificado como parte do risco de construção.

Ambiental (1)	Risco do local do projeto estar contaminado, requerendo uma atividade significativa para remediá-lo	Aumento dos custos e atrasos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Poder Concedente e seus consultores ambientais e sociais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lidar com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos</li> <li>• Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado. Em alguns casos, pode fazer sentido estabelecer uma verba no edital para lidar com os custos decorrentes desse risco, e, caso o custo ultrapasse o valor da verba, o sobrecurso é risco do Poder Concedente.
Ambiental (2)	Risco do local do projeto, ou o uso anterior que lhe tenha sido dado, tenha provocado poluição aos terrenos adjacentes	Responsabilidade por remediar a poluição recair sobre o parceiro privado, com aumento de custos do projeto	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Poder Concedente e seus consultores ambientais e sociais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lidar com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos</li> <li>• Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação</li> <li>• O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro</li> </ul>	Alocação do custo resultante da responsabilização definida exclusivamente no contrato	Poder Concedente
Patrimônio cultural	O risco dos custos e atrasos associados com descobertas arqueológicas ou outras atinentes ao patrimônio cultural	Atraso e aumento do custo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Poder Concedente e seus consultores da área ambiental e social avaliam o impacto do projeto e a sua relação com áreas de relevância arqueológica ou atinentes ao patrimônio cultural e tornam públicos os relatórios sobre esse assunto</li> <li>• Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros em áreas de relevância arqueológica ou atinentes ao patrimônio cultural</li> <li>• O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Poder Concedente geralmente toma esse risco, pois conhece os procedimentos aplicáveis neste caso e está em melhor condição de gerenciar esse risco
Estrutura existente - melhoria/expansão (aplicável apenas a projeto <i>brownfield</i> <sup>168</sup> )	Risco de que as estruturas existentes sejam inadequadas para sustentar as novas melhorias e expansões	Atraso na construção e aumento do custo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Estudo pelos consultores técnicos do Poder Concedente das condições da infraestrutura existente e disponibilização pública dos relatórios desses estudos.</li> <li>• Possibilidade do parceiro privado avaliar a situação da infraestrutura existente antes e ao longo da licitação.</li> <li>• Transferência pelo parceiro privado desse risco para um construtor subcontratado especializado em lidar com esse risco.</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
<b>Operação e Manutenção</b>					
Operação e Manutenção	Risco de que a operação do projeto e/ou a sua manutenção seja realizada de forma inadequada	Prestação do serviço em níveis inadequados, ou com custos acima do estimado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Poder Concedente e seus consultores estimam as condições de operação e manutenção do projeto e seus custos e tornam públicos os relatórios desses estudos antes da licitação</li> <li>• Possibilidade do parceiro privado projetar e construir o projeto de modo a facilitar a obtenção do desempenho operacional esperado</li> <li>• Possibilidade do parceiro privado subcontratar empresa especializada na operação do projeto, com <i>expertise</i> em gerenciar esse risco</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
Risco de disponibilidade do serviço	Risco do serviço estar continuamente disponível para os usuários	Interrupção da prestação do serviço	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Poder Concedente e seus consultores estimam os níveis exigidos de disponibilidade do serviço e simulam as condições operacionais e custos para isso antes da licitação</li> <li>• Possibilidade do parceiro privado adequar o projeto e construção de modo a facilitar a obtenção do nível de disponibilidade de serviço exigido</li> <li>• Possibilidade do parceiro privado subcontratar empresa especializada na operação do projeto, com <i>expertise</i> em gerenciar esse risco</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado

<sup>168</sup> *Brownfield* – em Português, “campo marron” – refere-se aos projetos já consolidados, tal qual a concessão de uma rodovia existente ou a contratação do melhoramento, ampliação, manutenção e operação de uma ferrovia existente. O termo é usado em oposição a projetos *greenfield* (“campo verde”) que são os projetos novos, que envolvem a criação de uma infraestrutura, como, por exemplo, a construção de uma estrada ou linha de ferro novas.

Risco de modificação das especificações de serviço	Risco da agência reguladora ou outro órgão público regulador do contrato modificar o plano de investimento ou as especificações do serviço	Aumento de custos de investimento e de operação	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sistema de equilíbrio econômico-financeiro</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Poder Concedente
Obsolescência e inovação técnica e tecnológica	Risco que o contratado não consiga manter o serviço atualizado tecnologicamente	Serviço não ser prestado na qualidade adequada, com perda de demanda nos casos em que há competição no mercado, ou, no caso de monopólio, simplesmente prejudicando os usuários e o Poder Concedente	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A especificação adequada do nível de serviço pelo Poder Concedente, torna a renovação tecnológica para atingir o nível de serviço pactuado uma decisão do parceiro privado. A questão é mais complexa em setores em que a evolução tecnológica cria novos serviços e novos padrões de serviços. Por exemplo, no setor de prestação de serviço hospitalar, ou no setor de telecomunicações</li> <li>• É possível fazer fundo de reserva para realização da renovação tecnológica</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato. Há, no entanto, no art. 6º, §1º e 2º, princípio geral que exige a atualidade do serviço. O modo como esse princípio se aplica a cada projeto deve ser definido no contrato	Deve ser definida caso a caso
Interface com rede pública usada para a prestação dos serviços (nos casos em que projeto se inserir em uma rede maior de prestação de serviços, como provedor de insumos, ou como parte da rede)	O risco de sobre demanda por consequência, da prestação inadequada no serviço na rede pública e risco da baixa qualidade da prestação de serviço na rede afetar a qualidade dos serviços prestados pelo parceiro privado	Serviço prestado em qualidade inadequada e redução das receitas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Avaliação pelo parceiro privado e pelo Poder Concedente dos riscos da interface</li> <li>• Especificação no contrato dos níveis de serviço a serem prestados pelo Poder Concedente na rede e das obrigações relativas à interface com o projeto operado pelo parceiro privado</li> <li>• Isenção da responsabilidade do parceiro privado, quando o descumprimento do seu contrato se der por consequência do Poder Concedente não ter cumprido as suas obrigações</li> <li>• Sistema de reequilíbrio econômico-financeiro</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Caso a caso. Em geral, o risco de prestação inadequada dos serviços na rede pública prejudicar os serviços do parceiro privado deve ser do Poder Concedente, seja por sobre demanda, seja por dificuldades em relação aos insumos e qualidade do serviço
Comoções sociais	Risco de comoções sociais ou protestos públicos que atrasem as obras, impeçam a prestação do serviço ou a cobrança de tarifa	Atraso nas obras, interrupção da prestação dos serviços e redução das receitas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Atuação do Poder Concedente e do parceiro privado para comunicação social adequada sobre os benefícios do projeto para o usuário</li> <li>• Atuação do Poder Concedente no sentido de proteger não só o projeto, mas todo o programa de participação privada em infraestrutura, de movimentos ou comoções sociais, buscando saídas negociadas, e usando quando necessário a força, dentro dos limites legais para evitar prejuízos a prestação do serviço e aos ativos públicos</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do artigo 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Público quando não há disposição contratual sobre o assunto	Parceiro privado por um limite de tempo determinado no contrato (por exemplo, 15 dias seguidos, ou "x" dias por ano, ou no máximo "y" dias por todo o projeto), e após esse prazo, esse risco deveria ser do Poder Concedente
Risco de greve dos trabalhadores do parceiro privado, ou do setor no qual ele atua	Risco de greves que impeçam a prestação do serviço, ou que causem atrasos e aumento de custos de construção	Atraso, aumento do custo de construção, e redução de receita	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Atuação do parceiro privado adequada no cumprimento dos direitos trabalhistas e nas negociações com sindicatos dos seus trabalhadores</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
Mudança controle do parceiro privado	O risco de que uma mudança no controle do parceiro privado resulte em redução da sua capacidade financeira ou técnica de executar o contrato	Mudança do risco do parceiro privado executar o projeto adequadamente ou passar por situações financeiras difíceis	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A mudança do controle pela Lei brasileira depende da autorização prévia do Poder Concedente (art. 27, da Lei 8.987/95)</li> <li>• Restrição a mudança de controle, por exemplo, nos primeiros 2 anos do projeto, eis que nos anos seguintes, já estarão aportadas na SPE as capacidades e as "expertises" necessárias à execução do contrato, de maneira que o impacto da alteração do controle será menor</li> </ul>	Art. 27, da Lei 8.987/95 exige a aprovação do Poder Concedente para a mudança de controle da SPE.	Parceiro Privado. O Poder Concedente é responsável pela análise das condições de mudança de controle
<b>Financiamento do Projeto e Seu Pagamento</b>					

Disponibilidade de recursos para implantar o projeto	O risco que o capital para implantar o projeto (sob a forma de dívida ou de participação acionária) não esteja disponível no mercado nos montantes e condições programados	Falta de recursos para implantar o projeto	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Poder Concedente avalia as condições financeiras dos parceiros privados na licitação e checa se as condições econômico-financeiras do parceiro privado o qualificam para executar o projeto</li> <li>• O Poder Concedente e seus consultores modelam o projeto de modo que seja viável seu financiamento em condições disponíveis no mercado</li> <li>• Poder Concedente pode requerer apresentação pelos parceiros privados, ao longo do processo de licitação, de carta de instituição financeira confirmando que há linha de crédito disponível em montantes compatíveis com o financiamento do parceiro privado na execução do projeto</li> <li>• Poder Concedente pode enviar antes das licitação os dados do projeto para instituições financeiras e solicitar que elas manifestem o interesse de financiar o projeto, e as condições nas quais estariam dispostas a tanto</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
Taxas de juros <sup>169</sup>	O risco de que as taxas de juros aumentem entre o término da licitação e o fechamento do financiamento de longo prazo do parceiro privado, de maneira a inviabilizar o preço do serviço estabelecido na licitação	Aumento do custo de financiamento do projeto	No contexto econômico atual de taxa de juros cadentes, ou de variações menores para cima, em regra não são previstas mitigantes para esse risco	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
Risco cambial (no caso de haver custos que são vinculados ao dólar)	O risco de haver descolamento das receitas em moeda local dos custos de financiamento ou de insumos em moeda estrangeira	Aumento de custos de implantação, expansão, operacionais, ou do custo da dívida	• Possibilidade de prever no contrato sistema para mitigação desse risco, como, por exemplo, o que foi desenvolvido para o projeto da PPP da Linha 4 do Metrô de São Paulo.	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado, mas especialmente quando os custos de implantação ou operação são vinculados a dólar, faz sentido ter algum tipo de mecanismo de compartilhamento do risco com o Poder Concedente
<b>Riscos que Afetam as Receitas do Parceiro Privado</b>					
Demanda	Risco da demanda pelo serviço ser inferior a estimada	Receitas abaixo do estimado, com conseqüente incapacidade do parceiro privado cobrir os custos de investimento e operação para manter o serviço nos níveis pactuados	• Estipulação no contrato de pagamento parcial por disponibilidade do serviço, o que pode ter a forma de uma garantia de demanda mínima	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado. Em alguns casos, quando o risco de demanda é muito alto e o parceiro privado não tem como controlá-lo, faz sentido atribuí-lo parcial ou totalmente ao Poder Concedente
Risco de não pagamento pelo Poder Concedente (no caso de PPP, nos termos da Lei 11.079/04)	Risco de não pagamento da contraprestação pública pelo Poder Concedente	Receitas abaixo do estimado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantias dadas pelo Poder Concedente de pagamento ao parceiro privado</li> <li>• Obrigações legais atinentes à responsabilidade fiscal</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Esse risco é geralmente alocado no parceiro privado, mas com diversos mitigantes para que o parceiro privado se sinta confortável em entrar no projeto

<sup>169</sup> Vale notar que, na experiência internacional, é comum é que o contrato de concessão seja assinado concomitantemente ao de financiamento de longo prazo, de maneira que o risco de elevação da taxa de juros seria minorado.

Retração Econômica <sup>170</sup>	Risco da redução de atividade econômica afetar as receitas do projeto. Aplica-se mais diretamente aos projetos em que há cobrança de tarifa ao usuário, ou em que o pagamento do Poder Concedente ao parceiro privado é vinculado a demanda.	Receitas abaixo das projeções	<ul style="list-style-type: none"> <li>A previsão de algum tipo de pagamento por disponibilidade do serviço, ou garantia de demanda mínima; o acompanhamento da capacidade financeira do parceiro privado, para que seja robusta para tolerar períodos de crise</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado, a não ser que o Poder Concedente tenha dado alguma garantia de demanda mínima, cujo pagamento seja disparado pela falta de demanda efetiva
Competição <sup>171</sup>	No caso do risco de demanda ser do parceiro privado, o risco de perda de demanda por consequência de competição com outros prestadores de serviços funcionalmente equivalentes	Receita abaixo das projeções, e incapacidade de cobrir os custos de investimentos e operação dos serviços	<ul style="list-style-type: none"> <li>Parceiro privado deve analisar a existência de competição e de barreiras de entrada para a prestação do serviço por outros parceiros privados</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato. O artigo 9º, §1º, da Lei 8.987/95, estabelece que, somente nos casos expressamente previstos em lei, a cobrança de tarifa poderá ser subordinada a disponibilidade de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.	Parceiro privado, quando se tratar de competição no mercado com outros parceiros privados. Quando a competição for com projetos implantados ou subsidiados pelo Poder Concedente, o risco será preferencialmente do Poder Concedente
Mudança demográfica <sup>172</sup>	O risco de haver uma mudança demográfica, social e econômica que afete a demanda pelos serviços	Receitas abaixo das projeções, ou necessidade de antecipar investimentos por haver demanda por serviços acima do previsto, e/ou custos operacionais mais altos que o esperado	<ul style="list-style-type: none"> <li>Poder Concedente e seus consultores realizam estudos sobre a demanda atual e os cenários de evolução da demanda, perfil sócio-econômico dos usuários, sua disponibilidade a pagar, preferência declarada sobre as características do serviço, e disponibiliza a público o relatório desses estudos, antes da licitação</li> <li>Parceiro privado deve realizar as suas análises sobre a demanda pelo serviço e sobre o perfil dos usuários do serviço</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado; o Poder Concedente pode em alguns casos, contudo, achar conveniente pagar por disponibilidade do serviço, caso em que o parceiro privado não tomaria esse risco
Inflação	Risco de que o valor dos pagamentos recebidos durante o contrato sejam desvalorizados pela inflação	A depender do nível da inflação, pode ser uma mera redução dos retornos do parceiro privado até uma completa inviabilização da prestação do serviço	<ul style="list-style-type: none"> <li>Previsão de reajuste anual dos pagamentos, vinculado a índice de preços gerais ou ao consumidor (IPCA, IGP etc.), ou fórmula que reflita a variação dos custos para a prestação dos serviços</li> </ul>	Alocação definida exclusivamente no contrato. A legislação relativa ao Plano Real exige que o prazo mínimo de reajuste dos preços seja anual, não sendo possível reajuste para refletir inflação em prazos menores que um ano. Cf.: art.28, da Lei Federal, 9.069/95	Poder Concedente; o parceiro privado assume, entretanto, o risco de descolamento entre o reajuste (calculado de acordo com as regras contratuais), e os custos efetivos dos seus insumos quando há a possibilidade de descolamento entre o índice contratual e os seus custos

<sup>170</sup> Esse risco afeta, sobretudo, a demanda pelo serviço, de maneira que poderia ser classificado como parte do risco de demanda.

<sup>171</sup> Esse risco afeta, sobretudo, a demanda pelo serviço, de maneira que poderia ser classificado como parte do risco de demanda.

<sup>172</sup> Esse risco afeta, sobretudo, a demanda pelo serviço, de maneira que poderia ser classificado como parte do risco de demanda.

Decisão judicial que impeça a cobrança de tarifa	Risco de decisão judicial que impeça a cobrança de tarifa aos usuários	Redução de receitas, e possível inviabilidade da prestação do serviço na qualidade adequada	• Sistema de equilíbrio econômico-financeiro	Alocação definida exclusivamente no contrato	Poder Concedente
<b>Mudança na Legislação e no Sistema Tributário, outras ocorrências fora do controle do parceiro privado e o término do contrato</b>					
Tributário	O risco no âmbito do Poder Concedente ou de outros entes governamentais, de criação de novos tributos ou encargos legais, ou alteração dos existentes, de maneira a aumentar os custos do parceiro privado	Aumento dos custos do parceiro privado	• O sistema de equilíbrio econômico-financeiro	O art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/95, aloca esse risco ao Poder Concedente para todos os tributos ou encargos legais com exceção do imposto sobre a renda	Poder Concedente
Mudanças na legislação	O risco de mudanças legislativas no âmbito do Poder Concedente que afetem diretamente os encargos e custos para a prestação do serviço	Aumento dos custos operacionais do parceiro privado e/ou necessidade de fazer investimentos para cumprir com as novas regras	• O sistema de equilíbrio econômico-financeiro	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do artigo 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Público quando não há disposição contratual sobre o assunto.	Poder Concedente

Mudanças na lei de outro ente federativo	Mudança geral de legislação não tributária, de outro ente federativo, que implique em custos diversos daqueles originalmente pactuados	Aumento dos custos operacionais do parceiro privado e/ou necessidade de fazer investimentos para cumprir com as novas regras	• Sistema de equilíbrio econômico-financeiro	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do artigo 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Público quando não há disposição contratual sobre o assunto	Poder Concedente
Força maior ou caso fortuito	O risco de não cumprimento do contrato por consequência da ocorrência de evento de força maior ou caso fortuito	Perda ou danos aos ativos, perda de receitas, atrasos nas obras e descontinuidade da prestação dos serviços	• Se os eventos forem seguráveis, parceiro privado pode fazer seguro em relação a esses eventos.	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do artigo 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Público quando não há disposição contratual sobre o assunto	Parceiro privado, os riscos que são seguráveis <sup>173</sup> . Poder Concedente os riscos que não forem seguráveis ou cujo valor do prêmio seja incompatível com o fluxo de caixa do projeto. É importante que o contrato já especifique quais são os riscos seguráveis, os que são seguráveis mas de preço incompatível com o fluxo de caixa do projeto, e os não seguráveis.

<sup>173</sup> O ideal é que seja definido no contrato de PPP quais os riscos relativos a força maior e caso fortuito devem ser cobertos pelos seguros. E a definição disso deve ser feita evidentemente com verificação prévia pelo Poder Concedente e por seus consultores da viabilidade de realizar os seguros e da razoabilidade dos seus preços no mercado.



Término antecipado do contrato	Risco de perda dos ativos por consequência de decretação de extinção do contrato (por caducidade, encampação ou outra forma), sem pagamento adequado	Perda do investimento do parceiro privado	<ul style="list-style-type: none"> <li>As normas previstas nos artigos 36 a 39, da Lei 8.987/95, prevêm ambas a obrigação do parceiro privado transferir a posse e operação dos ativos para o Poder Público quando do término do contrato, e a obrigação do Poder Público de indenizar as 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. Essa obrigação de indenizar estabelece um piso que mitiga o risco do parceiro privado. São, entretanto, em regra, necessárias outras indenizações para dar a segurança ao parceiro privado e seus financiadores em relação ao risco de término antecipado do contrato</li> </ul>	Os artigo 36, da Lei 8.987/95, estabelece o direito do parceiro privado de indenizar as 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	Ao estabelecer a obrigação do Poder Concedente indenizar o parceiro privado pelos investimentos não amortizados em bens empregados na prestação do serviço, a Lei 8.987/95 mitiga o risco do parceiro privado em relação ao término antecipado do contrato, estabelecendo um piso para a indenização. O contrato poderá complementar esse piso, com outras proteções para mitigar o risco do parceiro privado e dos seus financiadores, contribuindo, assim, para aumentar a competitividade pelo projeto. É, entretanto, do parceiro privado o risco do valor das indenizações previstas no contrato não serem suficientes para cobrir as suas perdas e dos seus financiadores que sejam consequência da antecipação do término do contrato.
<b>Riscos Supracontratuais</b>					
Vencedor da licitação ser incapaz de cumprir o contrato	O risco de que o parceiro privado seja inapto para prover os serviços estabelecidos no contrato, ou de se tornar insolvente, ou de simplesmente não deter as credenciais financeiras indispensáveis para a viabilizar o projeto	Aplicação de multas outras penalidades, exercício dos step in rights, intervenção e caducidade do contrato	<ul style="list-style-type: none"> <li>Credenciais técnicas, econômicas e financeiras apresentadas na licitação pelos parceiros privados</li> <li>Exigência de seguros e garantias de completude e desempenho do parceiro privado</li> <li>Previsão de penalidades e multas para o caso de não cumprimento do contrato pelo parceiro privado</li> <li>Sistema de gerenciamento de situações de inadimplemento e conflito, como, por exemplo, o <i>step in rights</i> dos financiadores, a intervenção, e, em última análise a possibilidade de decretação da caducidade do contrato</li> </ul>	Esse risco é um risco supracontratual. Por isso, a lei não define como o contrato deve aloca-lo	Esse risco é um risco supracontratual que se que decorre da posição do Poder Concedente, que, em última análise, é responsável pela prestação do serviço. Todo o processo de qualificação na licitação e todo o sistema de garantias e punições previstos na licitação e no contrato pretendem mitigar esse risco.

Risco Político	Risco de ação oportunista do Poder Concedente com fins populistas, por exemplo, suspensão da cobrança de tarifas, suspensão imotivada, ou com falsa motivação, do pagamento público, incentivo a manifestações públicas contra cobrança de tarifas, tolerância oficial a condutas ilícitas que levem a utilização do serviço pelos usuários sem pagamento da tarifa, "encampação branca" <sup>174</sup> do contrato	Descumprimento de contrato em vários aspectos pelo Poder Concedente, que muitas vezes torna inviável o cumprimento do contrato pelo parceiro privado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Toda os princípios e regras integrantes da legislação sobre concessões de serviços públicos e do contrato têm por objetivo desincentivar ou impedir tais ações do Poder Concedente, e, assim mitigar o risco do parceiro privado</li> <li>• Todo o conjunto proteções ao parceiro privado, inclusive a possibilidade de rescindir o contrato, exigir judicialmente indenizações, executar garantias de pagamento (se houver), requerer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, todas essas proteções tem por objetivo proteger o parceiro privado contra o risco político.</li> </ul>	Esse risco é um risco supra contratual. Todo a legislação e o contrato têm por objetivo desincentivar ou evitar a materialização das consequências gravosas desse risco	
----------------	---	--	---	---	--

<sup>174</sup> Chama-se geralmente de “encampação branca” a tentativa de retomada da operação dos serviços pelo Poder Concedente sem seguir o procedimento legal cabível, inclusive sem indenizar adequadamente o parceiro privado. No Brasil, o principal exemplo de encampação branca é o que o Governo do Paraná, na gestão Requião, fez em relação às rodovias concedidas no Estado e em relação à Sanepar.

### *III.5.1.2.2. Cláusula de Alocação de Riscos do Contrato de Concessão da BR116/324*

A seguir citamos cláusula de alocação de risco de um contrato que, no nosso entender trouxe evolução extremamente relevante para o tema, no setor de rodovias. É a cláusula de alocação de riscos do contrato de concessão dos segmentos no Estado da Bahia, das rodovias federais BR 116/324.

Recomendamos usar essa cláusula como um ponto de partida para a elaboração de cláusula semelhante em contratos do gênero. Especificamente, achamos interessante a enumeração detalhada dos riscos que cabe ao Poder Concedente e a transferência de todos os outros para o parceiro privado. Note-se que isso geralmente só é viável em setores em que a experiência passada exitosa com desestatizações e grande apetite da iniciativa privada torne viável a aceitação de disposição com esse teor.

Também achamos particularmente importante que conste de todos os contratos de concessão comum e PPP no Brasil disposição nos termos do item 19.1.5 da cláusula abaixo citada, que enuncia que a concessionária não fará jus a recomposição do equilíbrio econômico financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no contrato venham a se materializar. O único defeito dessa disposição – que é ademais um defeito geral dessa cláusula – é que ela não prevê a recomposição do equilíbrio em favor do Poder Concedente. Portanto, no item 19.1.5 do contrato da BR 116/324, deveria ser acrescentado que a concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico financeiro “**a seu favor**”, podendo, contudo, ocorrer o equilíbrio econômico-financeiro a favor do Poder Concedente.

#### *“19. Alocação de Riscos*

##### *19.1 Alocação de Riscos*

*19.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, à exceção dos riscos indicados na subcláusula 19.1.3.*

*19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:*

- (i) volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula 20.5.4;*
- (ii) recusa de usuários de pagar a Tarifa de Pedágio;*
- (iii) obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas à Concessão, com exceção do disposto nas subcláusulas 5.2, e 7.3;*
- (iv) valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, desocupações da faixa de domínio, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis;*
- (v) custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.1.3 abaixo;*
- (vi) atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no PER ou de outros prazos estabelecidos entre as Partes ao longo da vigência do Contrato, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.1.3 abaixo;*
- (vii) tecnologia empregada nas obras e serviços da Concessão;*
- (viii) perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos Bens da Concessão, responsabilidade que não é reduzida ou excluída em virtude da fiscalização da ANTT;*
- (ix) manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato por (a) até 15 (quinze) dias, sucessivos ou não, a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, e (b) até 90*

- (noventa) dias a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, se as perdas e danos causados por tais eventos sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;*
- (x) gastos resultantes de defeitos ocultos em Bens da Concessão;*
  - (xi) aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;*
  - (xii) variação das taxas de câmbio;*
  - (xiii) modificações na legislação, exceto aquelas mencionadas na subcláusula 19.1.3(vi) abaixo;*
  - (xiv) caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;*
  - (xv) recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental relacionado ao Sistema Rodoviário, exceto o passivo que não possa ser ou não pudesse ter sido descoberto ou previsto por aprofundada auditoria ambiental, realizada de acordo com as melhores práticas internacionais;*
  - (xvi) riscos que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, mas que deixem de sê-lo como resultado direto ou indireto de ação ou omissão da Concessionária;*
  - (xvii) possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período;*
  - (xviii) responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes da operação do Sistema Rodoviário;*
  - (xix) prejuízos causados a terceiros, pela Concessionária ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela Concessão.*
  - (xx) a diferença de arrecadação proveniente do arredondamento da tarifa de pedágio de que trata a subcláusula 16.2.2.*

*19.1.3 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:*

- (i) manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato, quando tais eventos excederem (a) 15 (quinze) dias, contados nos termos da subcláusula 19.1.2 (ix) acima, e apenas em relação ao(s) dia(s) que exceder(em) os 15 (quinze) dias de responsabilidade da Concessionária, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência e (b) 90 (noventa) dias, contados nos termos da subcláusula 19.1.2 (ix) acima, e apenas em relação ao(s) dia(s) que exceder(em) os 90 (noventa) dias de responsabilidade da Concessionária, caso as perdas e danos causados por tais eventos sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;*
- (ii) decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;*
- (iii) descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento de prazos aplicáveis ao Poder Concedente previstos neste Contrato e/ou na legislação vigente;*
- (iv) caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;*
- (v) alteração, pelo Poder Concedente, dos encargos atribuídos à Concessionária no Contrato, incluindo as obras ou serviços descritos no PER;*

- (vi) criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da Proposta, exceto os impostos sobre a renda; e,
- (vii) implantação de novas rotas ou caminhos alternativos livres de pagamento de Tarifa de Pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos, na data de assinatura do Contrato, nos instrumentos públicos de planejamento governamental ou em outras fontes oficiais públicas.

19.1.4 A concessionária declara:

- (i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e
- (ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.

19.1.5 A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar.”

III.5.1.1. O art. 9º, da Lei 8.987/95, a matriz de riscos e a equação financeira do contrato

O art. 9º, da Lei 8.987/95 estabelece que:

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.”

Esse dispositivo criou um divisor de águas em relação à forma de gestão das concessões havida antes da Lei 8.987/95. Antes dele, as concessões eram geridas por meio do, assim chamado, *regime do custo do serviço*, que consiste na transferência do concessionário para o Poder Concedente de todos os seus custos com a prestação do serviço, mais a cobrança de uma remuneração, como margem – ou taxa de retorno, quando o contrato envolvia investimentos – estipulada no seu contrato ou na sua proposta originária.

O art. 9º, ao determinar que a tarifa será fixada pela proposta vencedora, modifica substancialmente essa lógica, uma vez que daí em diante a principal referência para a definição da tarifa do concessionário não são mais os seus custos, mas o *preço do serviço* estabelecido na sua proposta.

Essa alteração do regime do custo do serviço, para o regime do preço do serviço tem uma série de conseqüências que a prática de regulação e fiscalização das concessões e a doutrina jurídica ainda não assimilaram completamente.

Em primeiro lugar, a adoção do sistema do preço dos serviços significa que aumentos nos custos do concessionário não podem ser automaticamente transferidos para o Poder Concedente. Implica, portanto, a separação clara de quais aumentos ou reduções de custos da prestação do serviço podem ser transferidos do concessionário para o Poder Concedente e quais não podem. Essa distinção é dada pela matriz de riscos contratuais, que define qual parte é responsável por cada um dos riscos da prestação dos serviços.

Além disso, a adoção do regime do preço do serviço tem por objetivo preservar os benefícios auferidos pelo Poder Público por conseqüência da competição pelo projeto. Isso é extremamente importante porque, como, em regra, os projetos de concessão são monopolistas nos seus respectivos mercados, o único momento em que há pressão competitiva real sobre os concessionários é no momento da participação da licitação, que é a competição pelo mercado. Por isso, é indispensável que as regras contratuais sobre reajustes de tarifa, e no caso das PPP, da contraprestação pública, preservem os benefícios auferidos pelo Poder Público (principalmente os relacionados à proposta de preço), por conta da competição pelo projeto.

A pergunta necessária neste ponto é: como preservar os benefícios auferidos pelo Poder Público na licitação ao longo de um contrato que durará vários anos? Como conciliar essa necessidade de preservar os benefícios auferidos pelo Poder Público na licitação do projeto com os processos de revisão tarifária e de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato?

A resposta é simples, porém contra-intuitiva: estabilizando a partição de riscos originária do contrato. E para explicar isso, temos que fazer recurso a uma expressão muito usada na doutrina jurídica tradicional, sem, contudo, a compreensão adequada: a noção de “equação econômico-financeira” do contrato.

É bastante comum juristas, inclusive especialistas em Direito Administrativo, dizerem que a proposta na licitação estabiliza o conjunto de benefícios e ônus, receitas e custos, do contrato administrativo, formando dessa forma, a, assim chamada, equação econômico-financeira do contrato.

O que os cultores do Direito Administrativo geralmente não percebem é que contratos complexos – como o são os de concessão comum e PPP – são instrumentos de atribuição de riscos. E, por isso, raramente há neles a previsão de benefícios e ônus estáveis, receitas e custos fixos. Decerto que ao distribuir riscos o contrato indiretamente distribui benefícios e ônus, receitas e custos. Mas, geralmente, eles não são estáveis e fixos, eles dependem de ocorrências futuras e, sobretudo, da capacidade de gerenciamento por cada parte dos riscos que lhe são atribuídos. Daí que os ônus e custos do parceiro privado podem ser menores que o esperado, e seus benefícios e receitas podem ser maiores que o esperado, se houver sucesso no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos. Ou inversamente, se o parceiro privado não tiver sucesso no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos, benefícios e receitas podem ser menores, e custos e ônus podem ser maiores que o esperado.

Neste contexto, a idéia de equação econômico-financeira utilizada tradicionalmente pela doutrina jurídica simplesmente não se aplica. A palavra “equação” na expressão “equação econômico-financeira” remete a idéia de igualdade entre duas sentenças matemáticas. Para a doutrina jurídica tradicional, essa igualdade seria uma igualdade de ônus e benefícios, ou de receitas e custos. Para formalizar:

$$(b_1+b_2+\dots+b_n) + (r_1+r_2+\dots+r_n) = (o_1+o_2+\dots+o_n) + (c_1+c_2+\dots+c_n)$$

ou

$$\sum_{i=1}^n b_i + \sum_{i=1}^n r_i = \sum_{i=1}^n o_i + \sum_{i=1}^n c_i$$

No qual:

b seriam os vários benefícios decorrentes do contrato

r seriam as várias receitas decorrentes do contrato

o seriam os vários ônus decorrentes do contrato

c seriam os vários custos decorrentes do contrato

O equilíbrio entre a parte anterior e posterior da equação acima configuraria, para a doutrina jurídica tradicional, a equação econômico-financeira.

No entanto, pensando-se o contrato como um instrumento de distribuição de riscos, é muito fácil encontrar exemplos que demonstrem que essa noção de equilíbrio econômico-financeiro simplesmente não faz sentido. Apenas para ilustrar, imagine-se um contrato de concessão comum ou PPP em que o risco de construção seja atribuído ao concessionário, e ele, por qualquer motivo, não consiga lidar adequadamente com esse risco. Por consequência disso, é possível que haja não só aumento dos custos de construção (portanto, aumento do valor de  $\sum c$  na equação acima), como também redução das receitas (redução do valor de  $\sum r$ ) por atraso da entrada em operação do projeto por consequência de atraso nas obras. Ora, isso simplesmente desequilibraria a equação acima, pois há redução do valor da sentença anterior e aumento do valor da sentença posterior. Pergunta-se: neste contexto, faz sentido reequilibrar a equação acima aumentando as receitas ou benefícios do concessionário, ou reduzindo os seus custos ou ônus? É evidente que não.

A representação da equação econômico-financeira, usada pela doutrina jurídica tradicional, enquanto uma igualdade de receitas/benefícios e custos/ônus simplesmente não faz sentido quando percebemos que os contratos são instrumentos de distribuição de riscos.

Neste diapasão, a pergunta que emerge é: como, então, deveria ser retratada a equação econômico-financeira dos contratos em geral, incluindo os contratos administrativos e de desestatização?

A representação correta da equação econômico-financeira, mantendo complexidade compatível com a elaboração da doutrina jurídica, seria algo que colocasse em um dos lados da igualdade o conjunto de riscos atribuídos ao parceiro privado, e do outro lado o preço que lhe é devido para assumir esses riscos.

Para sofisticar um pouco mais a formulação, pode-se dizer que o parceiro privado assume o compromisso de prestação dos serviços objeto do contrato, e um conjunto de riscos atinentes à prestação desses serviços. Por outro lado, em contrapartida, recebe o parceiro privado uma remuneração (preço) pelo serviço, e por ter assumido um conjunto de riscos em torno da sua prestação. No contexto de um contrato de prestação de serviço (como o são as concessões

comuns e PPPs), uma formulação mais correta da equação econômico-financeira seria

$$ris = rem$$

Onde:

*ris* são os riscos para prestação do serviço conforme estabelecido no contrato

*rem* é a remuneração pela prestação dos serviços e riscos assumidos pelo parceiro privado

Observe-se que, entre os riscos assumidos pelo parceiro privado, estão aqueles que impactam a própria remuneração, como, por exemplo, o risco de demanda do serviço.

Note-se, além disso, que é viável tornar essa equação muito mais detalhada, sofisticada e precisa. Por exemplo, em relação à variável *ris*. Ela poderia ser decomposta para simbolizar cada um dos diversos riscos implicados na prestação do serviço. Além disso, cada um dos riscos pode ser traduzido em expectativas de perdas ou custos, ou de ganhos ou receitas. Por exemplo, se for possível obter dados históricos sobre a ocorrência de cada um dos riscos, seria possível multiplicar a perda ou o ganho médio decorrente da sua ocorrência, pela probabilidade de sua ocorrência, o que permitiria traduzir cada risco em expectativa de ganhos ou perdas.

Enfim, é possível sofisticar infinitamente a fórmula representativa da equação econômico-financeira dos contratos, mas em suma essa equação representará sempre a conexão entre o compromisso de prestação de um serviço e os riscos assumidos pelo parceiro privado e a remuneração que ele receberá por isso. Daí dizermos que, na verdade, o que define a equação econômico-financeira do contrato é a relação entre a sua matriz de riscos e a remuneração prevista no contrato. É essa relação que é estabilizada no momento da formulação da proposta. É essa relação que deve ser protegida e preservada ao longo do contrato, por meio dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Podemos agora voltar à pergunta que fizemos acima para respondê-la mais detalhadamente: a preservação dos benefícios auferidos pelo Poder Público na licitação ao longo do contrato de concessão – exigida pelo art. 9º, da Lei 8.987/95, ao adotar o *regime do preço do serviço* – só pode ser realizada adequadamente pelo cumprimento permanente da relação entre a matriz de riscos originariamente prevista no contrato e a remuneração nele prevista. O cumprimento da matriz de riscos ao longo do contrato significa proteger o contexto sobre o qual a proposta de preço (de tarifa, pagamento pela outorga, ou contraprestação pública) foi realizada, estabilizando, assim, a partição dos encargos, benefícios, e de todas as incertezas que lhe cercam, e que são previstas e tratadas na matriz de riscos contratual.

Isso tem alguns outros desdobramentos que tem fugido à nossa prática regulatória e, sobretudo, à nossa doutrina jurídica.

A primeira e mais óbvia consequência disso é que qualquer que seja a sistemática de revisão contratual adotada e a metodologia de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, elas devem ter como função precípua dar cumprimento ao longo do tempo à matriz de risco do contrato. Isso parece algo simples, mas na prática das desestatizações não é incomum encontrar contratos nos quais a metodologia para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro distorce ou contraria a matriz de riscos contratual. É muito comum isso em contratos em que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é realizada por meio da preservação de taxa de retorno do parceiro privado. A garantia de taxa de retorno do parceiro privado torna a distribuição de riscos vã. É que mesmo que o parceiro privado seja pouco eficiente no gerenciamento dos riscos que lhe forem atribuídos, gerando, por exemplo, aumentos de custos de prestação do serviço, ele terá preservado um determinado nível de retorno no seu investimento, apesar da sua ineficiência.<sup>175</sup>

A segunda consequência disso – que de certa forma decorre da primeira – é a incompatibilidade da regulação de garantia de margem ou taxa de retorno com o regime do preço do serviço, e, portanto com o art. 9º, da Lei 8.987/95, nos casos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro para situações disciplinadas no contrato. Como já mencionado, a garantia de uma margem mínima ou de uma taxa de retorno mínima nos contratos de concessão comum ou PPP implica simplesmente em voltar ao tradicional *regime do custo do serviço* – exatamente aquele que o

<sup>175</sup> Isso é ainda pior quando a taxa de retorno a ser garantida é aquela declarada pelo concessionário quando participante da licitação. Por consequência da assimetria de informações, inclusive ao longo do processo de licitação, o Poder Concedente não consegue verificar se a taxa de retorno declarada se baseia em números compatíveis com a realidade. Resulta disso que o Poder Concedente termina por garantir uma remuneração do investimento que é produto da mera declaração do parceiro privado.

mencionado artigo 9º buscou abolir – pelo qual o concessionário apresenta ao Poder Público periodicamente a sua planilha de custos, prevendo uma remuneração (margem e/ou taxa de retorno), que deve ser coberta pela tarifa e/ou pagamento público.

Perceba-se, entretanto, que continua perfeitamente compatível com a Lei 8.987/95 como um todo, e também com o seu art. 9º, a utilização de taxa de retorno como referencia no caso de modificação superveniente do contrato para inclusão de novos investimentos, pois, neste caso, se trata de alteração do objeto do contrato para abranger situação não disciplinada pela matriz de riscos que baseou a proposta do concessionário na licitação.

### III.5.2. Função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro tem basicamente três funções:

- (a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada;
- (b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo;
- (c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativa, v.g. aumento da área em que o serviço é prestado, e qualitativas, mudança nos níveis de serviço etc.) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças conseqüentes da passagem do tempo.

Em primeiro lugar, é preciso ter em vista que os contratos de concessão comum ou PPP são contratos de longo prazo, que duram mais que uma gestão governamental.

Além disso, é preciso lembrar que, nos contratos de concessão comum e PPP, geralmente as fontes de receita são ou tarifas cobradas dos usuários, ou pagamentos feitos pela Administração Pública. Junte-se a isso, que, em muitos casos, por estarem submetidos à forte regulação, em tais contratos, a Administração também controla as exigências de investimento e prazo do contrato. Neste contexto, para que sejam viáveis as concessões comuns e PPPs, é indispensável alguma proteção para que o parceiro privado não seja espoliado por decisões oportunistas do governante da vez, reduzindo, por exemplo, tarifas, ou exigindo níveis de serviço superiores que os originalmente pactuados desarrazoadamente, apenas com objetivos de ganhos políticos temporários. É isto que justifica a função (a) acima exposta, e que pode ser resumida na seguinte dicção: **uma das funções do sistema de equilíbrio econômico financeiro é mitigar o risco de mudanças no contrato realizadas por oportunismo político.**

Já a função (b) mencionada acima é um instrumento para garantir o adequado cumprimento da matriz de riscos do contrato, pois permite que se realizem as compensações de parte a parte, quando ocorrerem eventos cujo risco é atribuído a uma das partes, mas cujas conseqüências gravosas recaem sobre a outra parte. Por exemplo, geralmente o risco de interrupção da cobrança de tarifa por decisão judicial, à qual o parceiro privado não tenha dado causa, é atribuído pelos contratos de concessão comum e PPP à Administração Pública. Imagine-se que ocorra uma decisão judicial que suspenda a cobrança da tarifa e que não tenha sido causada por ato do parceiro privado. Neste caso, o parceiro privado sofrerá as conseqüências danosas de um risco que é atribuído pelo contrato à Administração Pública. **É preciso, por isso, que haja um sistema contratual que permita a compensação do parceiro privado por ter sofrido as conseqüências gravosas de um risco atribuído pelo contrato à Administração Pública. Essa é a segunda função econômica do sistema de equilíbrio econômico-financeiro.**

A função (c) tem por objetivo permitir alterações no contrato para adequá-lo às necessidades que decorram da passagem do tempo, mudança tecnológica, ou outras circunstâncias que requeiram alterações quantitativas (por exemplo, da abrangência da área de prestação dos serviços prevista no contrato), ou qualitativas (mudanças, por exemplo, nos indicadores de serviço, e no seu correlato sistema de pagamentos). **Essa função é a que requer mais cuidados porque, em primeiro lugar, é atividade extremamente complexa a realização adequada do reequilíbrio do contrato para compensar mudanças desse tipo, especialmente as mudanças qualitativas. Além disso, alterações relevantes em contrato que foi submetido a processo competitivo põe em risco os benefícios obtidos no processo competitivo.**<sup>176</sup> Perceba-se que o preço devido ao concessionário pela prestação dos serviços e assunção dos diversos riscos que o contrato lhe atribui é, no caso dos processos de desestatização, sempre determinado pela competição havida na licitação. Quando, entretanto, o Poder Público resolve realizar alteração no objeto do contrato de concessão comum e PPP, seja ela quantitativa ou qualitativa, não há mais pressão competitiva para determinar o novo

<sup>176</sup> Veja-se sobre isso (Guasch 2004), que mostra que em renegociações de contrato de concessão (ou em processos de reequilíbrio complexos), na grande maioria das vezes a Administração Pública sai em desvantagem em relação ao concessionário.



preço a ser cobrado pelo parceiro privado por consequência da alteração do objeto do contrato. Fica, por isso, o Poder Concedente exposto à pressão do concessionário para estipulação do preço que lhe parece mais atrativo.

Vale a pena darmos um exemplo para que o leitor visualize o poder de negociação que o concessionário detém nessas circunstâncias. Imagine-se que o Poder Concedente deseja que um concessionário de um segmento rodoviário assumira um segmento adjacente e realize os investimentos necessários para trazer este segmento para a mesma condição de qualidade do restante da sua concessão. Ora, nesta situação, o concessionário estará em uma posição bastante confortável para fazer exigências em relação ao preço que cobrará para assumir esse novo segmento porque:

- (i) o concessionário, por estar contratado e devidamente instalado na operação de uma concessão rodoviária próxima, é o que pode mais facilmente assumir o segmento adjacente;
- (ii) não há pressão competitiva, pois a sua situação de vantagem é tal que não existe competição possível: se o Poder Concedente resolver fazer licitação para concessão ou obras do segmento rodoviário adjacente, isso levará, em ritmo normal do Brasil, em torno de 1 a 2 dois anos para que o contrato esteja assinado, de maneira que o concessionário do segmento próximo está em condições de oferecer algo muito melhor em termos de prazo do que uma nova licitação pode oferecer ao Poder Concedente<sup>177</sup>;
- (iii) como o concessionário faz freqüentemente obras e opera um segmento rodoviário próximo, ele tem como ninguém conhecimento dos custos efetivos para a realização da obra e prestação dos serviços, ou seja há grande assimetria de informações em favor do concessionário sobre os custos das obras;
- (iv) há geralmente nestas situações uma assimetria de nível de interesse no projeto, porque se para o Poder Concedente é a solução do problema de apenas um segmento rodoviário, para o concessionário a depender de como a incorporação do novo trecho e a consequente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro for feita, isso pode ou tornar o seu contrato de concessão o mais atrativo do mundo, ou torná-lo o seu maior problema, a sua maior fonte de prejuízos. Daí que o concessionário terá todo o incentivo para investir tanto quanto for necessário para tornar essa renegociação do objeto do contrato o mais vantajosa possível, chegando algumas vezes ao ponto de locupletar-se do Poder Concedente e dos usuários do serviço.

#### *III.5.2.1. Sistema de equilíbrio econômico-financeiro, proteção constitucional e o marco legal*

Nesse sub-capítulo, pretendemos abordar duas ordens de questões. A primeira diz respeito existência e abrangência da garantia constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos. A segunda diz respeito ao tratamento dessa garantia no âmbito legal.

Quanto ao aspecto constitucional da mencionada garantia, não há na Constituição Federal nenhuma menção a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. **O dispositivo constitucional que a doutrina jurídica geralmente aponta como gênese normativa do equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal) é bastante claro e garante apenas “a manutenção das condições efetivas da proposta”.**

Vejamos o texto do mencionado dispositivo:

“Art. 37(...)

***XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.***” (grifos nossos)

Parece-nos absolutamente claro que o dispositivo acima garante apenas a manutenção das condições efetivas da proposta em relação às obrigações de pagamento. Para voltar à linguagem que utilizamos até aqui, o que o dispositivo

---

<sup>177</sup> Note-se que, nestes casos, o prazo oferecido pelo concessionário para a realização do investimento é geralmente mais compatível com o cronograma político que necessário para a utilização das demais opções.

constitucional garante é apenas a conexão entre as condições subjacentes à elaboração da proposta (isto é a matriz de riscos contratual em vista da qual a proposta foi feita), e o sistema de pagamentos previsto no contrato. Em plena coerência com o que defendemos nos itens acima, a Constituição Federal garante apenas a estabilização da equação econômico-financeira do contrato – entendida essa equação nos moldes que explicamos no item III.5.1.1 acima, como conexão entre o conjunto de riscos transferidos pelo contrato para o parceiro privado e a remuneração prevista, para tanto, no contrato. É o que faz a Constituição Federal, e é o que faz sentido ela fazer.

A segunda ordem de questões que temos que tratar aqui dizem respeito à configuração legal do equilíbrio econômico-financeiro. Mais amiúde, interessa saber quais são as limitações e exigências postas pelas leis em relação ao sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a ser previsto no contrato de concessão comum ou PPP.

A resposta também, neste caso, é bastante simples, particularmente para os contratos de concessão comum ou PPP: a lei não estabelece qualquer limitação nem exigência em relação à configuração do sistema de recomposição do equilíbrio econômico financeiro; apenas limita-se a enunciar a necessidade de que exista um sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O art. 10, da Lei 8.987/95 deixa isso bastante claro, ao enunciar que “*Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.*”

Esse dispositivo, em outras palavras, diz que é o contrato de concessão que estabelece as condições de cumprimento do seu equilíbrio econômico-financeiro.

É bem verdade que ainda há, entre nós, discussão sobre a aplicabilidade do art. 65, da Lei 8.666/93 aos contratos de concessão comum ou PPP para prestação de serviços públicos. Particularmente, debate-se a incidência do art. 65, inciso II, alínea “d”, que reproduzimos abaixo:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)” (grifamos)

Observe-se que a condição de incidência do dispositivo é que os eventos nele descritos configurem “álea econômica extraordinária e extracontratual”. Ora, para que se configure álea extracontratual, é preciso que o risco da ocorrência do evento não esteja tratado especificamente no contrato e que não haja regra clara sobre a distribuição dos riscos residuais. Portanto, ainda sem discutir a aplicabilidade do dispositivo, o que é claro é que se os riscos forem alocados claramente pelo contrato, e se houver regra no contrato sobre a alocação de riscos residuais, não se poderia falar em álea extracontratual, de maneira que este dispositivo, o art. 65, II, “d”, não poderia incidir.

Além disso, o art. 10, da Lei 8.987/95 é regra especial para os contratos de concessão comum e PPP para prestação de serviços públicos, e deve por isso prevalecer às normas da Lei 8.666/93. Aliás, cumpre assinalar que em relação à forma de se fazer o equilíbrio econômico-financeiro, o art. 10 da Lei 8.987/95 não podia ser mais claro no seu mister de delegar ao contrato de concessão comum ou PPP a definição do modo de realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de maneira que não deixou, neste particular, nenhum espaço para aplicação supletiva ou subsidiária da Lei 8.666/93.

### III.5.2.2. Revisão Contratual e procedimento e atividade para a realização do equilíbrio econômico-financeiro

A aplicação do sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro geralmente é feita utilizando-se dos procedimentos de revisão contratual previstos nos respectivos contratos. Em regra, os contratos de concessão comum ou PPP prevêm dois tipos de revisão: as ordinárias, que são periódicas, e as extraordinárias, que ocorrem quando havido algum evento que justifique a revisão fora do cronograma das revisões ordinárias. É conveniente que o contrato de concessão comum ou PPP preveja o procedimento e periodicidade das revisões contratuais.

Quanto à razão e à metodologia empregada para a recomposição do equilíbrio do equilíbrio econômico-financeiro, baseado na estrutura para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro desenvolvido no Programa de PPP do Reino Unido, pode-se distinguir entre duas formas bastante distintas de realização do equilíbrio econômico-financeiro. A primeira é a *compensação financeira (compensation event)*. E, a segunda é a *remarcação financeira (benchmarking)*.

As “*compensações financeiras*” destinam-se a indenizar a parte que sofrer diretamente os efeitos de um risco atribuído pelo contrato à outra parte. Para resgatar um exemplo que demos acima: geralmente o risco de interrupção da cobrança de tarifa por decisão judicial, à qual o parceiro privado não tenha dado causa, é atribuído pelos contratos de concessão comum ou PPP à Administração Pública. Imagine-se que ocorra uma decisão judicial que suspenda a cobrança da tarifa e que não tenha sido causada por ato do parceiro privado. Neste caso, o parceiro privado estará sofrerá as conseqüências danosas de um risco que é atribuído pelo contrato à Administração Pública.

A *compensação financeira* é a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que se presta a garantir que as partes sejam indenizadas quando sofrerem as conseqüências da ocorrência de sinistros, cujo risco é a atribuído pelo contrato a outra parte.

As *remarcações financeiras* ocorrem geralmente quando se faz acréscimos ou supressões no objeto do contrato ou quando algumas das suas condições essenciais são alteradas de modo a requerer um procedimento de avaliação dos impactos de tal acréscimo, supressão ou alteração nas condições financeiras do contrato. Por exemplo, em um contrato de concessão de uma rodovia, em que é incluído um novo investimento na duplicação de um segmento rodoviário que originalmente não constava do contrato. Será preciso avaliar qual o custo desse investimento, qual o impacto no fluxo de caixa do parceiro privado e readequar o seu fluxo de caixa, por meio do aumento de tarifa, redução do pagamento da outorga (se houver), aumento da contraprestação pública, ou ainda aumento do prazo do contrato.

Essa avaliação tenderá a ser mais complexa no caso das *remarcações financeiras* do que no caso das *compensações financeiras*. Mas, de qualquer modo, em ambos os casos, o parâmetro para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser a completa compensação do desvio no fluxo de caixa causado pelo evento que desencadeou a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Observe-se, por fim, que enquanto as compensações financeiras são instrumento para cumprimento da matriz de riscos do contrato, as remarcações são conseqüência sempre de alterações, nos níveis de serviço, ou no seu sistema de pagamento, ou supressões e acréscimos no objeto contratual. Portanto, é possível dizer-se que as compensações financeiras são mecanismo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro utilizado para cumprimento da matriz de risco do contrato, enquanto que as remarcações financeiras são sempre conseqüência de alterações relevantes no contrato, no seu objeto, nos níveis de serviço ou sistema de pagamento.

### III.5.2.3. *O plano de negócios: faz sentido vinculá-lo ao contrato?*

Existem diversas metodologias e critérios, que podem ser utilizados para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Uma exposição sistemática dessas metodologias e recomendação da mais adequada está fora do escopo deste livro.

Todavia, em vista da necessidade de preservação da alocação de riscos realizada pelo contrato, e da necessidade de cumprimento do art. 9º, da Lei 8.987/95, que estabelece o regime do preço do serviço, é importante:

- a) tecermos alguns comentários sobre a utilização que se tem feito do plano de negócios, como referência vinculante para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum ou PPP;
- b) dissertar rapidamente sobre as bases metodológicas de um sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que não agrida a matriz de riscos contratual e que cumpra o regime do preço do serviço estipulado no art. 9º, da Lei 8.987/95

É o que faremos a seguir.

#### III.5.2.3.1. *O plano de negócios vinculante : devolvendo para o Poder Público os riscos de projeto e de disponibilidade do serviço*

Antes de entrar no tema dessa rubrica, aconselhamos ao leitor voltar ao item II.7, acima, para mapeamento das

diversas formas pelas quais o plano de negócios é trazido ao processo de contratação e incorporado, como anexo, ao contrato de concessão.

Independentemente da forma como ele é recebido ao longo da licitação, a depender do que esteja estabelecido no edital e no contrato, o plano de negócios pode se tornar, ou um anexo do contrato com função de mera informação ao Poder Público sobre como o parceiro privado pretende executar o contrato; ou, ele pode se tornar uma referência vinculante para efeito da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Interessa-nos tratar aqui apenas das conseqüências de torná-lo vinculante, já que, já mencionamos no item II.7 acima que, com função meramente informativa, não há qualquer prejuízo em exigir-se o plano de negócios.

Já dissemos também no item II.7 acima, que os planos de negócios, exigidos dos participantes de licitações de concessão comum ou PPP, geralmente possuem informações que podem ser divididas em três tipos:

- a) Estratégicas: sobre o negócio, suas características, principais riscos, custos, e receitas, e sobre como o participante da licitação pretende se financiar e se organizar para explorá-lo;
- b) Técnicas: que envolve estudo preliminar e anteprojeto, conceituação e plantas esquemáticas, cortes, elevações, perspectivas, ou equivalentes, **orçamento, com custos unitários dos itens, insumos** etc., tudo a depender evidentemente do tipo das obras, serviços ou equipamentos envolvidos na consecução do objeto da concessão;
- c) Fluxo de caixa: conjunto de planilhas, geralmente em meio digital, preenchidas pelo participante da licitação, com base em planilha-modelo (“*template*”), disponibilizada pelo Poder Público juntamente com o edital. Nessas planilhas, constam geralmente **custos estimados** de cada um dos **itens de investimento e operacionais**, ano a ano, as fontes de capital para realizar os investimentos, premissas financeiras, tais como o nível de alavancagem (relação entre capital próprio/capital de terceiros), o custo e a forma da dívida, as diversas fontes de receitas da concessionária, demanda, ano a ano, preços dos serviços, tributos e encargos, depreciação e amortização, e a taxa interna de retorno do projeto e do investidor.

Quando é previsto no contrato que o plano de negócios é vinculante para efeito da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, é comum que essa vinculação leve a que:

- (i) as obras, intervenções, serviços etc. nele previstos e os respectivos orçamentos dos investimentos e custos de operação se tornem vinculantes;
- (ii) a taxa interna de retorno do projeto ou do investidor, prevista no plano de negócios, torne-se uma garantia de rentabilidade da concessão, de maneira a permitir ao concessionário solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sempre que ele não obtenha a taxa de retorno declarada na proposta originária.

O desdobramento disso pode ser assim resumido: **na prática as obrigações do concessionário são convertidas de obrigações de desempenho para obrigações de investimento**, pois, uma vez vinculado o concessionário e o Poder Público ao plano de negócios oferecido pelo concessionário, a obrigação do concessionário passa ser o cumprimento do que está previsto no seu plano de negócios e não dos índices de serviço contratualmente pactuados. Isso, como já fizemos notar no item III.3, acima, reduz a eficiência do contrato, pois, se forem necessárias outras obras, além das previstas no plano de negócios para cumprimento dos índices de serviço, geralmente o concessionário pedirá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para realizar essas novas obras, vez que elas não estão previstas no seu plano de negócios. Isso significa que o risco de disponibilidade dos serviços com qualidade adequada, que o contrato na maioria das vezes diz ser do parceiro privado, será, por meio do processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, transferido de volta para o Poder Público.

Perceba-se que dessa forma também **se transferem para o Poder Público os riscos de projeto**, com todas as conseqüências ruins que já mencionamos no item II.8.2.2 acima. É que uma vez que o plano de negócios e suas especificações de obras e serviços, inclusive seus orçamentos, se tornam vinculantes, o Poder Público fica responsável pelos custos caso aquilo que foi projetado e estimado no plano de negócios não seja suficiente para a prestação do serviço com a qualidade adequada, tendo que pagar mais para atingir os níveis de serviço que já estavam estabelecidos desde a origem na minuta de contrato.

Para deixar claro como a vinculação do plano de negócios transfere os riscos de projeto e de disponibilidade do serviço de volta para o Poder Público, vamos abaixo primeiro falar sobre a análise possível do plano de negócios no processo licitatório, e, depois, vamos explicar as conseqüências da vinculação ao contrato e estabilização para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da planilha de custos e fluxo de caixa que o integra, e da rentabilidade (taxa interna de retorno) declarada no plano de negócios.

### *III.5.2.3.2. A análise possível do plano de negócios oferecido pelo parceiro privado*

A premissa para a vinculação do plano de negócios ao contrato – e para a incidência das conseqüências aludidas acima de transferência dos riscos de projeto e de disponibilidade do serviço para o Poder Público – é que o Poder Público foi capaz de analisar o plano de negócios na licitação, ou antes da assinatura do contrato, aprovando-o antes de torná-lo vinculante.<sup>178</sup>

Em relação à análise do plano de negócios do parceiro privado pelo Poder Público, cabe distinguir dois tipos de análise possíveis. A primeira é uma análise de coerência interna; a segunda, uma análise de aderência à realidade das suas premissas e dados.

Evidentemente que é viável o Poder Público e seus consultores fazerem checagem da coerência interna das planilhas. Na verdade, a depender de como seja construída a planilha-modelo disponibilizada para os parceiros privados, é possível inclusive que dela conste mecanismos para garantir que os dados e premissas inseridos pelo parceiro privado sejam entre si coerentes.

Todavia, o grande problema não está na análise da coerência interna da planilha, mas sim na verificação da sua aderência à realidade.

Como já mencionamos no item II.7 acima, quando os valores dos custos futuros estimados do concessionário são apresentados ao Poder Concedente nos orçamentos e planilhas constantes do plano de negócios, seja ao longo da licitação, seja como condição da assinatura do contrato, mesmo quando o Poder Concedente está assessorado por bons consultores, é difícil determinar em que medida tais valores correspondem à realidade.

Por exemplo, se o valor de um item de investimento está muito abaixo do valor esperado, pode ser que o seu custo esteja, de alguma forma, incorporado a outra rubrica das planilhas do fluxo de caixa.<sup>179</sup> Além disso, para cada item de custo da planilha, é difícil mensurar se algum dos participantes da licitação possui alguma situação específica que lhe permite ter um custo menor que outros, como, por exemplo, sinergia com outros negócios que possui, diferenças no uso de insumos, técnicas, metodologias etc..

Ademais, ainda quando o Poder Público e seus consultores conseguem detectar diferenças relevantes no valor dos custos de alguns itens, ou diferenças nos valores alocados em algum ano na planilha, é difícil saber quando essas diferenças são imputáveis a variações de valor de mercado, ou de técnicas ou metodologias diferentes usadas pelo parceiro privado, ou quando elas são produto de erro ou imperícia.

Essas dificuldades do Poder Público de analisar e julgar já na licitação se os custos de cada item e as previsões de quantitativos por ano apresentados pelo parceiro privado nestes orçamentos e planilhas são reais é apenas mais uma manifestação do tema clássico da assimetria de informações entre regulador e regulado. E é essa situação que torna questionável a incorporação do plano de negócios ao contrato como um instrumento vinculante para o Poder Concedente. Pois fazê-lo é deixar que o parceiro privado maximize os benefícios que pode obter da assimetria de informações, vinculando o Poder Público a algo que ele sequer tem condições de analisar.

---

<sup>178</sup> Contudo, uma transferência efetiva dos riscos de projeto e dos riscos de disponibilidade do serviço para o parceiro privado teria que necessariamente manter o plano de negócios como uma mera declaração sem efeito vinculante, de maneira que o parceiro privado continuasse responsável por atingir os indicadores de desempenho previstos no contrato, independentemente dos meios que tenham que empregar para tanto e dos custos que isso implicar.

*A incorporação do plano de negócios oferecido pelo parceiro privado ao Poder Público ao contrato como instrumento vinculante tem sido o mecanismo pelo qual a matriz de riscos contratuais é distorcida, trazendo de volta para o Poder Público, riscos que o contrato de desestatização deveria transferir efetivamente para o parceiro privado.*

<sup>179</sup> O Poder Concedente poderia, em casos como esse, abrir diligência, com base no artigo 43, §3º, da Lei 8.666/93 e solicitar as informações necessárias para esclarecimento do problema. A dificuldade, neste caso, é que as incertezas quanto à aderência dos custos a realidade são de tal monta, que um mero procedimento desse tipo não traria necessariamente mais segurança para o Poder Público. Além disso, ao apontar falhas menores no preenchimento do plano de negócios, o Poder Público abre o espaço para que esse ponto vire objeto de questionamento pelos outros participantes da licitação, e – no formalismo do nosso processo licitatório – essas falhas menores e formais podem levar a desqualificação ou desclassificação de proponentes sérios. Por isso, na prática, uma comissão de licitação experimentada só converteria em diligência falhas extremamente relevantes e que pudessem ser sanadas sem por em risco o processo licitatório.

### III.5.2.3.3. Plano de negócios, custos unitários e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

Ao tornar o plano de negócios parte do contrato como instrumento vinculante para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o Poder Público se vincula aos custos unitários e quantitativos estimados pelo parceiro privado. Isso, como mencionamos acima, transfere o risco de projeto e de disponibilidade do serviço para o Poder Público, o que tem algumas conseqüências que é necessário explicitar.

A primeira é que, ao usar as referências de custo do plano de negócios como algo vinculante para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, todas as vezes que a recomposição do equilíbrio for realizada serão utilizadas as referências de preço originárias, da época da licitação do projeto.<sup>180</sup>

Se, em um contrato que pode durar mais que 30 anos, a evolução técnica ou tecnológica vier a permitir aperfeiçoamento dos meios empregados para a prestação do serviço, com redução dos seus custos, caso se utilize a planilha de custos originária para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o usuário e o Poder Público estarão a pagar ao parceiro privado o preço originário, constante da planilha e não o novo preço resultado da evolução técnica e tecnológica. Isso significa que, a cada vez que se realizar um processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o parceiro privado se apropriará da diferença entre os custos reais, de mercado, decorrentes da evolução técnica e tecnológica, e os custos originários previstos na sua proposta.

A segunda conseqüência perversa é que isso permite o, assim chamado, “jogo de planilhas”, que é a manipulação dos valores constantes da planilha de preços e quantitativos com a finalidade de maximizar ganhos supervenientes do parceiro privado, a serem obtidos por meio de processos oportunistas de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro.

Note-se que, no caso de grandes obras públicas, o jogo de planilhas é feito, em regra, em contratos por preço unitário, nos quais o risco dos quantitativos de insumos (materiais, equipamentos etc.) são do Poder Público. Nestes casos, o participante da licitação, para espoliar ao máximo o Poder Público em processos futuros de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, prevê preços unitários acima do valor de mercado exatamente para aqueles itens que crê que o Poder Público subestimou o quantitativo nos seus estudos e projetos. Assim, quando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é realizada, usando como referência a planilha de preços apresentada na licitação, o contratado da Administração Pública maximiza os seus ganhos.

Já nos contratos de concessão comum ou PPP, em tese, deveria haver transferência dos riscos de quantitativos para o parceiro privado, isto é: o contrato deveria funcionar como um contrato por preço global, no qual o parceiro privado não pode alegar erro de quantitativos como fundamento para obtenção de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

No entanto, como já mencionamos acima, não é incomum que o sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em contratos de concessão comum ou PPP, distorça a matriz de riscos, e leve à transferência para o Poder Público dos riscos de projeto, e, portanto, dos quantitativos previstos no plano de negócios.

Por tudo isso, é inconveniente para o Poder Público a vinculação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro às previsões de custos e quantitativos previstos no plano negócios. Como já dissemos várias vezes nesse trabalho, é sempre melhor para o Poder Público ter o parceiro privado vinculado aos resultados (indicadores de desempenho), de maneira que ele assuma todos os riscos de quantitativos dos insumos. Além disso, para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, é sempre melhor para o Poder Concedente utilizar custos de mercado dos insumos – ou a referência mais próxima disso que for possível – e não aqueles originalmente previstos no plano de negócios oferecido pelo parceiro privado.

---

<sup>180</sup> Para dar um exemplo, com o setor de infra-estrutura rodoviária: nos contratos de concessão da primeira rodada federal e do Estado de São Paulo, as propostas nas licitações consideravam restauração dos pavimentos usando CBUQ – Concreto Betuminoso Usinado a Quente. Contudo, a evolução técnica e tecnológica havida nos últimos anos permite atualmente que se use tecnologias que combinam o CBUQ com polímeros que o tornam mais flexível e permite fazer revestimentos superficiais mais duráveis, ou técnicas e tecnologias, como a de fresagem, que permitem o reaproveitamento de parcela do pavimento asfáltico já implantado. Essas técnicas e tecnologias criaram amplo espaço para ganhos de eficiência para o parceiro privado, que deveriam, eventualmente, ser transferidos, pelo menos parcialmente, para a tarifa se houvesse um processo de regulação contratual adequado. Contudo, nos processos de reequilíbrio desses contratos, por muito tempo, foram utilizados e ainda são em alguns casos as tecnologias e preços originais do plano de negócios apresentado em conjunto com as propostas da licitação, o que levou os parceiros privados a continuamente se apropriarem dos ganhos de eficiência que decorrem da evolução técnica e tecnológica, que, vale a pena frisar, evidentemente, não é produto da eficiência do parceiro privado.

#### *III.5.2.3.4. O plano de negócios e a garantia de taxa interna de retorno*

Consta também das planilhas do plano de negócios oferecido pelo parceiro privado uma taxa interna de retorno do projeto e uma taxa interna de retorno do investidor, ambas estimadas com base no conjunto de dados inserido pelo parceiro privado no próprio plano de negócios. Quando o plano de negócios é vinculado ao contrato, a taxa interna de retorno do projeto nele declarada geralmente é utilizada não apenas como referência para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, mas também, muitas vezes, como parâmetro para mensurar se o próprio contrato de concessão está equilibrado do ponto de vista econômico-financeiro. Explicaremos isso em mais detalhes nos itens a seguir.

##### *III.5.2.3.4.1. O que é a taxa interna de retorno de um projeto: uma explicação conceitual para não financistas<sup>181</sup>*

A taxa interna de retorno do projeto lançada no plano de negócios mede a rentabilidade que se espera do valor investido no projeto. Isto é ela espelha o que, além dos valores investidos no projeto, o concessionário receberá, por ter colocado em risco o montante investido.

Como medida de rentabilidade do projeto, essa taxa é uma resultante dos custos (de investimento, operação, financeiros etc.) para implantação e operação do projeto e das receitas que o parceiro privado estima que o projeto gerará. Nesse sentido, a taxa interna de retorno do projeto é uma variável resultante dos dados inseridos nas planilhas do plano de negócios e a sua coerência com os números apresentados na planilha pode ser facilmente checada pelo Poder Público.

Contudo, a verificação da aderência à realidade da taxa interna de retorno declarada pelo parceiro privado em sua proposta é de difícil checagem. Como ela é uma função dos demais dados da planilha, uma vez que, como já dissemos acima, é inviável checar os dados relativos a custos de investimentos e operação, e, também, muitas vezes é difícil julgar as premissas do parceiro privado em relação à estimativa de receitas da concessionária, a análise pelo Poder Público da aderência à realidade (neste caso, realidade futura) da taxa interna de retorno declarada resta comprometida.

Há que se distinguir entre a taxa interna de retorno do projeto declarada pelo parceiro privado na sua proposta e a taxa interna de retorno efetiva. A primeira é estimada pelo parceiro privado na origem do projeto, no seu plano de negócios, considerando os riscos envolvidos na sua execução e a eficiência esperada do concessionário de gerenciá-los e mitigá-los. Já a taxa interna de retorno efetiva do projeto, ou seja aquela que decorre da sua execução, será, contudo, tanto maior quando melhor for a eficiência do concessionário no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos. E, inversamente, ela será tanto menor caso o concessionário não tenha sucesso no gerenciamento dos riscos.

Por fim, cabe distinguir, a taxa interna de retorno do projeto da taxa interna de retorno do investidor (ou, como alguns preferem, taxa interna de retorno do projeto alavancada).

A taxa interna de retorno do investidor é a rentabilidade que o projeto tem para o investidor, isto é a rentabilidade do projeto sobre o capital próprio daquele que investiu na concessionária.

Para entender o conceito de taxa interna de retorno do investidor, é preciso lembrar que, conforme mencionamos no item III.7, acima, e nos seus subitens, o concessionário se endividará, e – como os recursos obtidos por meio de dívida correm menos riscos do que o capital próprio do concessionário, uma parte menor da rentabilidade do projeto como um todo será alocada para pagamento da dívida, e uma parte maior será alocada sobre o capital próprio, se transformando em lucro, rentabilidade do concessionário. Daí que a taxa interna de retorno do investidor, a rentabilidade do projeto para o investidor, será em regra maior que a taxa interna de retorno do projeto.

Quanto mais eficiente for o concessionário na definição de sua estrutura financeira, maior será a diferença entre a taxa interna de retorno do projeto e a taxa interna de retorno do investidor, pois maior será a sua dívida em comparação com o montante de capital próprio. Quanto menor for também o custo da sua dívida, maior tenderá a ser também a

---

<sup>181</sup> Em vista de uma parte relevante dos leitores dessa obra terem formação jurídica e de não estarem familiarizados com definições usando linguagem de finanças, vamos evitar definir a taxa interna de retorno por referência ao VPL – Valor Presente Líquido do Projeto, e vamos também evitar de utilizar as fórmulas que o fazem, que, aliás, por terem se tornado atualmente saber comum no mundo financeiro, podem ser facilmente encontradas na internet.

diferença entre a taxa interna de retorno do investidor e a taxa interna de retorno do projeto.<sup>182</sup>

#### *III.5.2.3.4.2. Os usos possíveis da taxa interna de retorno do projeto para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, e suas consequências*

Quando o plano de negócios é vinculado ao contrato para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a taxa de retorno do projeto nele prevista pode ter duas funções:

- a) Parâmetro para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em caso de inclusão no contrato de novos investimentos;
- b) Parâmetro utilizado para medir se o contrato está ou não equilibrado do ponto de vista econômico-financeiro, em todo o seu período de vigência, e, quando não está, instrumento para reequilibrá-lo, de maneira a configurar, de fato, uma garantia de rentabilidade do projeto para o parceiro privado.

No primeiro caso, a taxa interna de retorno do projeto estimada no plano de negócios não se configura em garantia de rentabilidade para o parceiro privado. Ela é apenas um instrumento para, caso haja inclusão de novos investimentos no contrato, seja mantido para esses novos investimentos a mesma rentabilidade que o parceiro privado estimou que terá com o restante do projeto. O principal problema desse uso da taxa interna de retorno é que – apesar de não ser ruim a idéia de, quando da eventual inclusão de novos investimentos no projeto, manter a mesma rentabilidade que o parceiro detém no restante do projeto<sup>183</sup> – a taxa de retorno prevista no plano de negócios do parceiro privado, é uma taxa declarada (e não real, efetiva), e como tal, como ademais, já mencionamos no item III.5.2.3.4.1 acima, sujeita a falseamento e distorções que o Poder Público dificilmente conseguirá detectar e debelar. Portanto, se a idéia for de tentar manter para investimentos eventualmente incluídos no projeto a mesma taxa interna de retorno do restante do projeto, então é desejável que se utilize para tanto a taxa interna de retorno efetiva do projeto, e não a declarada na proposta originária.

Já no segundo caso, a taxa interna de retorno declarada pelo parceiro privado se converte em uma verdadeira garantia de rentabilidade, pois, ela se torna parâmetro para medir se o contrato está ou não equilibrado. Se o concessionário obtém uma taxa igual ou superior àquela declarada no plano de negócios, então o contrato é tido por equilibrado; se, entretanto, a taxa interna de retorno do projeto conseguida pelo concessionário é menor que a declarada na sua proposta originária, então, o Poder Concedente reequilibra o contrato para garantir ao parceiro privado a rentabilidade por ele declarada na sua proposta.

Veja, por exemplo, os projetos regulados pela ANTT. Em regra os contratos garantem ao parceiro privado a taxa interna de retorno do projeto declarada na sua proposta originária. Aliás, é interessante notar que no âmbito da ANTT, é comum se definir expressamente equilíbrio econômico-financeiro como garantia de uma taxa interna de retorno aos concessionários. Veja-se, por exemplo, a publicação no sítio eletrônico da ANTT de perguntas e respostas sobre concessões para informação ao público leigo, no qual a pergunta sobre equilíbrio econômico-financeiro é feita e respondida nos seguintes termos:

*“10. O que é Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato?”*

*Resposta - É o ponto em que a TIR observada é igual aquela estabelecida, quando apresentada a*

---

<sup>182</sup> No mundo das finanças, a taxa interna de retorno do projeto é utilizada geralmente para medir o potencial de rentabilidade de um projeto e para tomar decisões de investimentos. Na tomada de decisão sobre investimentos, a taxa interna de retorno do projeto é analisada vis a vis os riscos aos quais tal investimento estará exposto. Portanto, ao mensurar se vale ou não a pena entrar em uma licitação para investir em uma concessão, o parceiro privado comparará os riscos do projeto com as taxas internas de retorno e com os riscos de outros investimentos possíveis. Além disso, no processo de definição pelo parceiro privado do preço que ofertará na licitação, a taxa interna de retorno do projeto é sempre um balizador importante.

<sup>183</sup> Note-se que o risco de novos investimentos em projetos em curso não é igual ao risco do projeto como um todo, no seu início, na sua licitação. Portanto, dessa perspectiva faria sentido menor rentabilidade em novo investimento que a rentabilidade do projeto como um todo. Contudo, é importante notar que quando alterado o contrato unilateralmente pelo Poder Público para incluir novo investimento, o parceiro privado não tem escolha a não ser realizá-lo. Como ele não tem escolha, parece-nos razoável garantir-lhe a mesma rentabilidade nesse investimento que a do restante do projeto, se não houver outra regra contratual específica aplicável a essa situação.



*Proposta de Tarifa pela licitante vencedora. Esse equilíbrio, quando ameaçado, pode ser reestabelecido através da Adequação ou da Revisão de Tarifa.”<sup>184</sup>*

A resposta dada é um tanto sofisticada para que o público leigo a entenda...

À parte a adequação da resposta ao seu público, o grande problema dessa vinculação é que ela distorce completamente a matriz de riscos contratuais, devolvendo ao Poder Público basicamente todos os riscos que supostamente foram transferidos pelo contrato para o concessionário.

É que ao garantir ao concessionário uma dada taxa interna de retorno, o Poder Público está estabilizando a rentabilidade do projeto para o concessionário, independentemente do maior ou menor sucesso do concessionário para gerenciar os riscos que lhe foram transferidos. Por exemplo, uma vez estabilizada a taxa interna de retorno do projeto, ele não tem qualquer incentivo para minimizar os seus custos, pois independentemente de quais sejam seus custos, o Poder Público lhe garantirá não só a cobertura destes custos, mas também uma margem suficiente para lhe dar a rentabilidade do projeto prevista no seu plano de negócios.

Note-se que ao garantir uma rentabilidade específica para o parceiro privado, o Poder Concedente, está, na verdade, instituindo, por via torta, o sistema do custo do serviço, que, como já dissemos no item III.5.1.1 acima, foi abolido pelo art. 9º, da Lei 8.987/95. Nesse sistema o concessionário repassa todos os seus custos ao Poder Concedente, cobrando ainda sobre eles uma margem que lhe assegura em qualquer caso – isto é independentemente da sua competência operacional – a rentabilidade do projeto.

Outro problema decorrente dessa estabilização da rentabilidade do projeto é a sua compatibilidade ao longo do prazo do contrato com as taxas de mercado, especialmente em contexto, como o brasileiro, de melhoria da situação macroeconômica, e taxas de juros cadentes. Nesta circunstância, a estabilização da rentabilidade do projeto permite que o parceiro privado se aproprie sozinho, a nosso ver indevidamente, de ganhos que são consequência da melhoria da situação do país. Esses ganhos, como não se devem a eficiência do parceiro privado, deveriam ser, de alguma forma, divididos entre parceiro privado, Poder Público e usuários do serviço. Aliás, já não é nova a discussão no mundo acadêmico e prático sobre a conveniência de se utilizar, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão comum ou PPP, uma taxa interna de retorno flutuante, que utilize um critério de cálculo que considere as mudanças das condições macroeconômicas, de modo a impedir que o parceiro privado se aproprie de ganhos ou tenha perdas que decorram das vicissitudes nas condições macroeconômicas do país.<sup>185</sup>

### *III.5.2.3.5. Conclusão sobre o uso do plano de negócios vinculante*

Todas as anotações realizadas acima deixam claro que a vinculação do plano de negócios ao contrato de concessão comum ou PPP, como instrumento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, tem sido um dos principais mecanismos para distorcer a matriz de riscos contratual, criar condições para a apropriação pelo parceiro privado de ganhos que não foram produzidos pela sua eficiência operacional, e descumprir o art. 9º, da Lei 8.987/95. Mais especificamente, essa vinculação tem, muitas vezes, permitido no Brasil:

- a) Converter obrigações de desempenho do parceiro privado, em obrigações de investimento, transferindo, assim, riscos de projeto, quantitativos de insumos, e disponibilidade do serviço para o Poder Concedente;
- b) Permitir a apropriação pelo parceiro privado da diferença entre os custos estimados dos insumos das obras e serviços, e os custos reais de tais insumos, quando há redução significativa dos preços decorrente da evolução técnica e tecnológica;
- c) Ensejar, muitas vezes, a realização, pelo parceiro privado do, assim chamado, “jogo de planilhas”;
- d) Garantir uma rentabilidade mínima ao parceiro privado independentemente da sua eficiência operacional, tirando-lhe o incentivo para produzir ganhos de eficiência, e estabilizando tal rentabilidade ao longo do contrato apesar das vicissitudes nas condições macroeconômicas.

<sup>184</sup> (ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres s.d.).

<sup>185</sup> Cf.: (Vasconcelos 2004) que, entre outros temas, defende um critério dinâmico para aferição e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que implica em variação da taxa interna de retorno de referencia para tanto ao longo da execução do contrato.

*III.5.2.3.6. Se a metodologia tradicional da vinculação do plano de negócios é inadequada, então qual o parâmetro sugerido para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro?*

Em primeiro lugar, qualquer que seja a metodologia adotada para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, é preciso cuidar para que ela não distorça a matriz de riscos do contrato.

Mecanismos que garantam e estabilizem uma taxa interna de retorno do projeto ou do investidor são especialmente sensíveis à possibilidade de distorção da matriz de riscos. É que ao assegurar uma rentabilidade mínima para o investimento do parceiro privado é bastante difícil fazer a separação entre as alterações nessa taxa de retorno que decorrem de eventos sob o risco do parceiro privado, por exemplo, a demanda pelo serviço, e eventos sob o risco da Administração Pública, de maneira que a garantia de rentabilidade mínima termina se sobrepondo à matriz de riscos.

Outra recomendação – que dita aqui soará como admoestação algo óbvia para o leitor – é que o processo de reequilíbrio não se apóie exclusivamente em informações fornecidas pelo concessionário. Não é incomum fazer-se processos de reequilíbrio no Brasil considerando apenas os dados constantes do plano de negócios elaborado pelo parceiro privado, em comparação com informações sobre custos, receitas, taxa interna de retorno etc. relativas à execução do contrato, fornecidas pelo parceiro privado, sem que haja mecanismos mais rigorosos de checagem da acuidade dessas informações. Exigir que os dados de cada concessionária sejam auditados seguindo melhores práticas, e que ela siga um plano de contas que facilite a fiscalização pelo Poder Público fazem parte das exigências básicas que o contrato de concessão comum ou PPP deve abrigar e que o regulador deve realizar.

Não se resolve esse problema a contratação pelo parceiro privado de consultoria para avaliar os dados que ele fornece. Apesar de consultorias de reputação em regra não aceitarem distorcer dados em favor de seu cliente, é verdade que, especialmente no nosso contexto, as firmas de consultoria buscam defender o interesse do seu cliente.<sup>186-187</sup> Evidente que se a idéia é usar consultoria para validação de dados para o Poder Público, essa consultoria deve ser selecionada, e se reportar ao Poder Público, do contrário ela terá sempre incentivos para defender o interesse do seu cliente.<sup>188</sup>

Ademais, é preciso que o reequilíbrio considere padrões de custos de mercado, e técnicas, tecnologias, e metodologias atuais, e não aqueles declarados originalmente na proposta do parceiro privado.

Note-se, que, muitas vezes, é difícil saber o que é exatamente preço de mercado para obras e serviços. Há basicamente três formas de definir o preço a ser utilizado para efeito da recomposição de equilíbrio econômico-financeiro: (a) pesquisa de mercado; (b) sistema de custos de referência utilizados por órgãos públicos contratantes de obras e serviços semelhantes, quando houver; (c) definição a partir de metodologia desenvolvida pela agência reguladora, considerando os dados decorrentes do acompanhamento dos contratos de concessão comum ou PPP sob a sua responsabilidade, inclusive o plano de contas uniformizado, que permita a comparação entre os custos dos investimentos realizados pelas diversos parceiros privados, sob sua fiscalização. Evidentemente, o ideal é que o órgão fiscalizador do contrato se prepare para utilizar o sistema (c) acima. Como isso, no entanto, nem sempre é possível, por várias razões, então é preciso definir claramente qual a metodologia a ser adotada, buscando tanto quanto possível aderência com preços atuais de mercado.

Por fim, a questão da taxa de desconto dos fluxos a ser utilizada. Não nos parece razoável estabilizar a taxa de desconto, para trazer a valor presente os fluxos do concessionário, no valor da taxa de retorno do investimento declarada na proposta originária do parceiro privado. Na nossa opinião, faz sentido criar uma fórmula contratual que estabeleça uma taxa de desconto variável que seja composta por um componente variável (por exemplo, uma taxa de mercado, CDI, IGP-M, IPCA etc.), e uma parcela fixa (*spread*) que remunere o risco do investidor por sobre a taxa

---

<sup>186</sup> Essa prática não faz o menor sentido, porque, como dissemos acima, os custos e forma de prestação de serviço originária do contrato são geralmente muito diversos do que se tem após dez anos de execução do contrato. Em segundo lugar, porque ao fazer isso, cria-se o espaço para o que tem sido chamado de “jogo de planilhas”, no qual o parceiro privado faz uma distribuição dos seus custos no plano de negócios, considerando não a sua realidade de custos, mas sim as oportunidades de gerar ganhos com o reequilíbrio do contrato ao longo do seu cumprimento.

<sup>187</sup> Veja-se o caso de consultorias contratadas por empresas de engenharia para fazer modelagem financeira de projetos.

<sup>188</sup> Aliás, consultorias, de marcas conhecidas pela sua reputação fora do Brasil, no Brasil têm sido contratadas muitas vezes por empresas de engenharia, em processos chamados de “manifestação de interesse” para legitimar a adoção pelo Poder Público de estruturas que, muitas vezes, não lhe beneficia.

básica. Existem várias fórmulas que podem ser utilizadas para tanto. Como exemplo, citamos, no item III.5.2.3.8 abaixo, a Cláusula 20.9, do Contrato de Concessão rodoviária do sistema da BA093, no qual foi utilizada uma fórmula com essas características para definir a taxa de desconto para alguns casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

### III.5.2.3.7. *A utilização do fluxo de caixa marginal para realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*

A melhor forma de cumprir as recomendações feitas no item III.5.2.3.6 acima é partir do fluxo de caixa real do parceiro privado (e não do declarado na sua proposta) e tentar desenvolver mecanismos que realizem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, por meio da correção do desvio causado no fluxo de caixa do parceiro privado pela ocorrência de eventos que não são risco do parceiro privado. As metodologias que buscam atingir esses objetivos são chamadas de metodologias de reequilíbrio pelo “fluxo de caixa marginal”.

A sua utilização implica em – todas as vezes que se realizar evento cujo risco não seja do parceiro privado e que cause desequilíbrio do contrato – o Poder Concedente gerar um fluxo de caixa paralelo para o parceiro privado, que compense o desvio criado pelo evento causador do desequilíbrio econômico-financeiro. Esse fluxo de caixa, que compensará o desvio, poderá ser criado por qualquer das formas lícitas de realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro: aumento do prazo do contrato, aumento do valor da contraprestação pública, redução do pagamento pela outorga, pagamento a vista, aumento de tarifa, ou redução de custos ou encargos do parceiro privado.

Fazer isso, por si, já resolve dois dos principais problemas da metodologia tradicional: em primeiro lugar, limita a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a riscos que não estejam alocados ao parceiro privado. Isto quer dizer que se preservará a matriz de riscos do contrato, dando-se, assim, cumprimento ao artigo 9º, da Lei 8.987/95. Em segundo lugar, essa metodologia trabalha com o fluxo de caixa real do parceiro privado, medido após início da operação dos serviços, de maneira a criar um primeiro recurso para aderência do processo de reequilíbrio à realidade.

Por fim, essa metodologia pode ser complementada com dois outros apanágios: (a) a utilização de custos de mercado para efeito da geração do novo fluxo para compensar o desequilíbrio, ou, se não for possível custos de mercado, custos decorrentes do sistema unificado de contas utilizado pela agência reguladora. (b) E, a estipulação no contrato de taxa para trazer os fluxos a valor presente, que deve combinar um índice de mercado, tal como CDI, IGP-M, ou IPCA, e um “spread”, que representa a diferença estimada entre a mera manutenção do valor do dinheiro, e o risco de um projeto de concessão no setor a que se refere o contrato, conforme a fórmula abaixo:

$$\frac{1+IPCA+10\%}{1+\pi} - 1$$

Onde:

$\pi$  equivale à meta para a inflação fixada pelo Conselho Monetário Nacional para o ano em que ocorreu a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, independentemente da meta ser ou não atingida;

IPCA adotado no cálculo será a variação do índice nos doze meses anteriores ao da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Vale assinalar que sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro semelhante a esse já foi empregado no contrato de concessão de infraestrutura rodoviária da BR 116/324, do sistema da BA093, em ambos os casos apenas para eventual inclusão de novos investimentos não previstos no contrato, e utilizando como referência, ao invés das taxas de mercado que aludimos acima, a TJLP, que é uma taxa regulada.<sup>189</sup>

É importante notar também que a metodologia do fluxo de caixa marginal tem sido discutida academicamente e foi utilizada em outros países.<sup>190</sup>

### III.5.2.3.8. *Exemplo de cláusula sobre metodologia do fluxo marginal para*

<sup>189</sup> Também na minuta de contrato do TAV - Trem de Alta Velocidade entre as cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, consta sistema de reequilíbrio semelhante a este, que também utilizou a TJLP em lugar de taxas de mercado, e, ao invés de um “spread” fixo, como aconselhamos acima, previu, em seu lugar na fórmula acima, o custo de capital ponderado do projeto.

<sup>190</sup> Apesar da diferença de terminologia, cf.: item 3.8, de (Hinojosa and Gomez-Lobo 2000), (Guasch 2004).

*recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*

Apenas para exemplificação, reproduzimos abaixo uma parte da cláusula 20, do Contrato de Concessão do Sistema de Rodovias da BA093, que dispõe sobre a utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente, novos projetos:

*“20.6 Os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não poderão alterar a alocação de riscos originalmente prevista no Contrato.*

*20.7 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:*

*(i) na hipótese de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos das subcláusulas 20.8 a 20.13;*

*(...)*

*20.8 O processo de recomposição, para a hipótese prevista na subcláusula 20.7.(i), será realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, considerando (i) os fluxos dos dispêndios marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição e (ii) os fluxos das receitas marginais resultantes da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.*

*20.9 Os fluxos dos dispêndios e das receitas marginais referidos na subcláusula 20.8 acima serão descontados pela taxa obtida mediante utilização da fórmula seguinte:*

$$\frac{1 + TJLP + 8\%}{1 + \pi}$$

*onde (i)  $\pi$  equivale à meta para a inflação fixada pelo Conselho Monetário Nacional para o ano em que ocorreu a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e (ii) a TJLP adotada no cálculo será a vigente na data da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.*

*20.10 O valor de  $\pi$  será aquele fixado pelo Conselho Monetário Nacional para o ano em que ocorre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, conforme dispõe a referida subcláusula, independentemente de a meta para inflação ser ou ter sido, de fato, atingida ou não.*

*20.11 Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio.*

*20.12 Para fins de determinação dos fluxos das receitas marginais em que seja necessário adotar uma projeção de tráfego, será utilizado o seguinte procedimento em duas etapas:*

*(i) no momento da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o cálculo inicial para dimensionamento da recomposição considerará o tráfego real constatado nos anos anteriores e adotará as melhores práticas para elaboração da projeção de tráfego a partir da referida data até o encerramento do Prazo de Concessão;*

*(ii) periodicamente, o referido cálculo inicial será revisado para o fim de considerar os volumes reais de tráfego constatados desde a data do cálculo inicial, de acordo com o disposto na subcláusula 20.14.1 adiante.*

*20.13 Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela AGERBA e não previstos no Contrato, a AGERBA poderá requerer à Concessionária, previamente ao processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a elaboração do projeto básico das obras e serviços, considerando que:*

*(i) o projeto básico deverá conter todos os elementos necessários à precificação do investimento e às estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela AGERBA sobre o assunto;*

*(ii) a AGERBA estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados*

*para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.”*

#### *III.5.2.4. O que é importante constar no contrato sobre o equilíbrio econômico-financeiro*

Supondo-se que o contrato tem uma matriz de risco clara, que estabelece a repartição dos principais riscos da prestação do serviço, é preciso que conste dele o seguinte em relação à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro:<sup>191</sup>

- (a) que cumprida a matriz de riscos do contrato, tem-se por certo que estará cumprido o seu equilíbrio econômico-financeiro;
- (b) especificação das hipóteses em que o parceiro privado poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Essas hipóteses deverão corresponder aos riscos alocados à Administração Pública.
- (c) Atribuir exclusivamente à Administração Pública o poder de solicitar alteração do objeto do contrato (quantitativas ou qualitativas), atribuindo o risco atinente a essas alterações (e, portanto, o dever de recompor o equilíbrio do contrato) a Administração Pública;
- (d) Definição do procedimento para solicitação, análise e decisão sobre o reequilíbrio do contrato, incluindo os requisitos para a solicitação, os dados que devem ser trazidos pela parte que resolver iniciar processo de reequilíbrio, tais como, a indicação da ocorrência da hipótese ensejadora da recomposição, a estimativa da variação de investimentos, custos ou despesas, ou variação de receitas, decorrentes do evento ensejador do reequilíbrio, e sugestão das medidas a serem adotadas para recomposição do equilíbrio do contrato;
- (e) Previsão de que o reequilíbrio pode ser realizado de uma das diversas formas seguintes, de modo a maximizar a flexibilidade do Poder Público na sua realização: variação no valor do pagamento pela outorga ou da contraprestação, alteração do valor da tarifa, supressão ou inclusão de investimentos, alteração do prazo da concessão, pagamento pelo Estado a vista ou a prazo dos valores necessários para compensação do desequilíbrio;
- (f) Disposição clara impedindo a alteração da matriz de riscos do contrato;
- (g) Caso seja solicitado o plano de negócios do parceiro privado, disposição clara dizendo que o plano é para mera informação do Poder Concedente, que não o vincula para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nem modifica qualquer das obrigações e riscos assumidos pelo parceiro privado no contrato;
- (h) Estabelecer que no caso das *compensações financeiras*<sup>192</sup> deve ser levado em consideração o impacto efetivo do evento no fluxo de caixa da parte que sofreu as suas conseqüências;
- (i) No caso das *remarcações financeiras*<sup>193</sup>, os valores dos custos de investimento e operacionais a serem utilizados devem ser preferencialmente realizados considerando valores de mercado, e se possível valores gerados a partir da análise do sistema de contabilização unificado dos parceiros privados regulados.
- (j) O desconto dos fluxos deve ser feito utilizando fórmula que possua componente variável, vinculado a taxas de mercado, e componente fixo, vinculado ao *spread* necessário para remunerar o risco do parceiro privado para além das taxas de mercado.
- (k) Quando o processo de reequilíbrio envolver novo investimento em construção, o contrato deve prever a possibilidade da Administração Pública requerer a prévia elaboração de projeto básico, estipulando desde o início o valor que será considerado custo do projeto básico para efeito de reequilíbrio.

---

<sup>191</sup> Utilizamos como ponto de partida para a enumeração abaixo as cláusulas sobre o assunto constantes do contrato de concessão do sistema rodoviário da BA093, e introduzimos as alterações e complementações que nos pareceram cabíveis.

<sup>192</sup> Note-se que a expressão “compensação financeira”, no sentido que empregamos nesse livro, é pouco utilizada entre nós, de maneira que o contrato, se usar essa expressão, deve especificar o seu sentido.

<sup>193</sup> Note-se que a expressão “remarcação financeira” é pouco utilizada entre nós, de maneira que o contrato, se usar essa expressão, deve especificar o seu sentido.

### III.6. Seguros e Garantia de Cumprimento do Contrato

Em contratos de concessão comum ou PPP, é bastante comum a exigência da realização de seguros para cobertura de eventuais danos aos ativos objeto do contrato, e de responsabilidade civil cobrindo os riscos mais relevantes da prestação do serviço. Além disso, é comum se exigir garantia de execução de contrato, em valores definidos nos contratos de concessão comum ou PPP.

Como há algumas conexões entre a exigência de seguros e a de garantia de cumprimento de contrato, trataremos, primeiro, da garantia de cumprimento de contratos, e, a seguir, dos seguros, de maneira que possamos aproveitar para o texto sobre os seguros, alguns dos temas e linhas argumentativas que desenvolveremos para as garantias de cumprimento de contrato.

#### III.6.1. Garantia de Cumprimento de Contrato

A garantia de cumprimento de contrato tem duplo objetivo. De um lado, reduz o risco de crédito implicado no recebimento pela Administração Pública de multas por descumprimento do contrato. Doutro lado, torna mais fácil a execução das multas e demais penalidades financeiras aplicadas sobre o parceiro privado por descumprimento do contrato. E tudo isso contribui para gerar os incentivos para que o parceiro privado cumpra adequadamente o contrato evitando, assim, tanto quanto possível as conseqüências financeiras que decorrem do descumprimento contratual.

A garantia de cumprimento do contrato pode tomar a forma do que se chama em inglês de “*performance bond*” (garantia de desempenho contratual), ou a de “*completion guarantee*” (garantia de término das obras e fabricação ou compra e instalação de equipamentos). A diferença fundamental dessas duas formas de garantia é que o *completion guarantee* foca-se no término de obras, edificações e instalação de equipamentos, enquanto o *performance bond* foca-se no desempenho de obrigações contratuais atinentes sobretudo à operação dos serviços. Daí que geralmente o *completion guarantee* é exigido em projetos que prevêem um investimento inicial para obras, fabricação e montagem de equipamentos, como, por exemplo, a construção de uma hidrelétrica. A validade do *completion guarantee* em regra se extingue na entrega das obras e equipamentos aos quais ele se refere.

Já o *performance bond* é exigido geralmente a partir do início da operação e ao longo de todo o cumprimento do contrato. Malgrado as diferenças entre essas duas formas de garantia de cumprimento de contrato, não tem sido incomum a Administração Pública exigir garantia de cumprimento de contrato que mescla as características de ambos: de um lado, funciona como um *completion guarantee* guarda-chuva que cobre todo um conjunto de pequenas obras, e, por outro lado, garante também o cumprimento de obrigações contratuais operacionais. Isso ocorre especialmente em projetos de concessão ou PPPs que envolvem ativos já existentes, como por exemplo, a concessão de uma rodovia existente para restauração e expansão de capacidade, ou a privatização de uma empresa estatal em operação. Nestes casos, como as obras podem ser de pequena monta, e ocorrem ao longo de todo o contrato, a garantia de cumprimento de contrato exigida é uma só, e se aplica tanto ao descumprimento de obrigações de investimento em construção ou equipamentos, quanto a obrigações de desempenho.

Creemos ser importante para quem modela um contrato de concessão comum ou PPP entender a estrutura por trás do cumprimento da exigência de garantias de execução de contrato até mesmo para julgar a sua necessidade e dimensão em cada caso. É o que explicaremos a seguir, para depois tratar de uma série de outros temas mais específicos sobre a modelagem contratual da obrigação de cumprimento do contrato.

**Note-se, que, em qualquer caso, é conveniente a consulta a especialista no mercado securitário para definição dos seguros e coberturas a serem exigidas.** Existe regulação e práticas diversas desse mercado que devem ser consideradas quando da configuração das exigências de seguro e de garantia de execução de contrato a constar do contrato de concessão comum ou PPP.

##### III.6.1.1. Obtenção pelo parceiro privado e funcionamento da garantia de cumprimento de contrato

Tomemos como exemplo as formas mais usuais de garantia de execução do contrato, que são o seguro-garantia e a fiança bancária. No caso do seguro-garantia, figura como garantidor uma empresa seguradora. No, caso da fiança bancária, por óbvio, o garantidor é uma instituição financeira. Em ambos os casos, a empresa que necessita de uma garantia (empresa garantida), que pode ser a SPE – ou, em alguns casos mais raros os seus controladores – obtém um contrato pelo qual o garantidor se compromete a pagar ao garantido (Administração Pública), até o valor máximo da

cobertura do seguro-garantia ou fiança bancária, em caso de descumprimento do contrato de concessão comum ou PPP pela empresa garantida.

Geralmente, a empresa garantidora exige da empresa garantida, como condição para emissão da garantia, o recebimento de alguma contragarantia, a ser executada apenas se a garantia o for, e cobra um prêmio ou uma taxa de serviço pela emissão dessa garantia. A função da contragarantia é, evidentemente, evitar que o garantido, exatamente por ter contratado a garantia de cumprimento do contrato, deixe de empregar os esforços necessários para evitar o descumprimento do contrato.<sup>194</sup> Essa contragarantia pode ter diversas formas. Em alguns casos, para nomes com perfil de crédito privilegiado (em regra, acima do *investment grade* na escala local), ou por razões de relacionamento (um cliente repetitivo, com diversas outras operações em andamento com a seguradora ou instituição financeira), a contragarantia é dispensada com base na mera assunção de compromisso contratual de pagamento ao garantidor, em caso de execução da garantia contratual. É muito comum, entretanto, essa contragarantia tomar a forma de fiança, ou, em casos de garantido com perfil de crédito duvidoso, até mesmo garantias reais (por exemplo, depósito em dinheiro, retido sob a forma de penhor, ou como se diz na linguagem bancária, “*cash colateral*”).

O mais importante é que dependendo da forma como for feita essa contragarantia, ela pode não impactar ou impactar marginalmente o balanço da empresa garantida, o que significa que, ao exigir, nestes casos uma garantia de cumprimento de contrato, o Poder Público obtém um instrumento que dá grande exequibilidade e em tese melhora o perfil de crédito das obrigações de pagamento ao Poder Público do parceiro privado por descumprimento de obrigações contratuais, por um preço que, como veremos a seguir, é, na maioria das vezes, quase irrisório em relação aos custos totais envolvidos no projeto.

E essa afirmação requer que tratemos ainda que perfunctoriamente do preço para obtenção pelo garantido da garantia de cumprimento de contrato, apenas para dar ao leitor uma dimensão do impacto dela sobre os custos totais do projeto. Em relação à cobrança de prêmio pelo seguro-garantia<sup>195</sup>, e taxa pelo serviço (na linguagem do setor financeiro, *fee*) pela fiança bancária, a dimensão do prêmio varia de acordo com a natureza e dimensão das coberturas da garantia de cumprimento de contrato, perfil do negócio desestatizado, e perfil de crédito do garantido. O preço dessas garantias variam ao sabor do mercado, mas ao tempo da redação deste livro, para seguros garantia de desempenho contratual, para coberturas no valor R\$150 a 200 milhões, no setor de concessão rodoviária, o preço para nomes *investment grade* em escala local estava em torno de 100 *bps* - *basic points* que é como se fala na linguagem do mercado financeiro, ou simplesmente 1% ao ano, sobre o valor da cobertura máxima. Já para garantias de proposta, para nomes com o mesmo perfil, para coberturas no valor de R\$ 20 milhões, por 180 dias, o preço estava em torno de 10bps, ou seja 0,1%.

### III.6.1.2. A exigência de “rating” de crédito das empresas provedoras dos seguros e das garantias de cumprimento do contrato<sup>196</sup>

Nos casos de garantias de contrato emitidos por bancos (fiança bancária) ou empresas seguradoras (seguro-garantia) – que, como já dissemos acima, são as entidades que amiúde provêm esses tipos de seguros e garantias – um problema que está a requerer a adoção de nova solução jurídica é o da verificação do perfil (“rating”) de crédito das entidades (bancos ou seguradoras) emissoras das garantias.

Esse problema é mais agudo porque tanto os bancos quanto as seguradoras são entidades sujeitas a forte regulação, de maneira que o mero fato delas terem a autorização dos seus órgãos regulatórios para funcionamento deveria, em tese, ser suficiente para presumir a sua capacidade de fazer face aos seguros e fianças que emitem. Contudo, não tem sido incomum, especialmente nas licitações de obras menores de departamentos de estradas de rodagem estaduais, o Poder Público resolver executar garantias e se dar conta de que a emissora do seguro-garantia não tem condições de fazer face às garantias que emitiu.

Em relação aos contratos de concessão comum ou PPP, cremos que a melhor solução para essa situação é prever no edital de licitação o *rating* de crédito mínimo da instituição que vier a prover a garantia. No caso de seguradora e

<sup>194</sup> Típico caso do que, na teoria econômica, se chama de *moral hazard*.

<sup>195</sup> Cf.: Circular SUSEP n° 232, de 3 de junho de 2003, que regulamenta as condições dos contratos de seguro-garantia.

<sup>196</sup> Agradeço a Andrea Azeredo as discussões que tive sobre esse assunto. Apesar do problema da inadimplência dos provedores de seguros e garantias de cumprimento de contrato ser antigo, a idéia de exigir *rating* de crédito nos editais de licitação é mérito da Andrea Azeredo.

resseguradora, por exemplo, requerendo que seja uma instituição com classificação de força financeira de longo prazo, em escala nacional, superior ou igual a “Aa2.br”, “brAA” ou A(bra), conforme divulgado pelas agências de risco Moody’s, Standard & Poors ou Fitch, respectivamente.

No caso de instituição financeira, é conveniente requerer-se que seja uma instituição financeira com classificação de *rating* nacional de longo prazo (no caso de fiança bancária), ou força financeira em escala nacional (no caso de seguro-garantia) superior ou igual a “Aa2.br”, “brAA” ou A(bra), conforme divulgado pelas agências de risco Moody’s, Standard & Poors ou Fitch, respectivamente.<sup>197-198</sup>

Mais que uma dezena de instituições financeiras, e mais que cinco seguradoras ou resseguradoras cumpriam esse requisito em março de 2010, quando estávamos a redigir esse livro.<sup>199</sup>

Os níveis de *rating* aconselhados acima estão levemente acima do grau de investimento em escala local, e seguem os padrões que são em regra requeridos por bancos que realizam empréstimos sob a modalidade de “*project finance*”, quando requerem dos seus financiados garantia de execução de contrato (por exemplo, *completion guarantees*). Portanto, o que está a se aconselhar aqui é que o Poder Público siga os melhores padrões de mercado quando solicitar garantias. E mencione-se que isso se aplica não apenas a garantias de cumprimento de contrato, como também a garantias de proposta em licitação.<sup>200</sup>

Perceba-se que os critérios recomendados acima já foram utilizados para as garantias de cumprimento do Contrato de Concessão Administrativa do Hospital do Subúrbio, do Estado da Bahia, e que, naquele caso, não foram objeto de qualquer questionamento.<sup>201</sup> Exigência semelhante também constou do contrato de concessão rodoviária do sistema da BA093 no que concerne ao *rating* da força financeira apenas das seguradoras dos ativos objetos da concessão e da

---

<sup>197</sup> É bem verdade que no passado o TCU tomou decisão, em relação à exigência, comum na época, de que os participantes de licitações de PPP e concessões apresentassem uma carta de um banco “de primeira linha” assegurando a viabilidade da sua proposta e dizendo que disponibilizaria os recursos necessários ao cumprimento do quanto proposto. Proibiu o TCU a exigência de que tais bancos fossem “de primeira linha”, por suposta subjetividade para aplicação dessa expressão, e por ser supostamente indevida essa discriminação. Note-se que tivemos contato com essa decisão no passado, mas não conseguimos encontrar a sua referência, talvez porque seja de meados da década de 90. Em situação diversa, mas relacionada também à discussão em tela, permitiu o TCU o estabelecimento de critério de julgamento da melhor técnica que pontuava melhor os licitantes que apresentassem documentação comprobatória de deterem certificação ISO 9001. Por outro lado, inadmitiu o TCU que a certificação ISO 9001 fosse usada como condição de habilitação dos licitantes. A admissão da certificação ISO 9001 pelo TCU, apesar de em situação diversa da em discussão, representa o reconhecimento pela corte de contas federal que mecanismos de certificação de mercado, de reputação amplamente reconhecida, podem ser utilizados no processo seletivo, para garantir que o Poder Público obterá a qualidade dos serviços definida no contrato. A exigência de um *rating* mínimo das garantias de proposta e de execução de contrato é *mutatis mutandi* o mesmo mecanismo aplicado, contudo, às exigências ancilares, de natureza financeira, com o objetivo de proteger o Poder Público de garantias de proposta e de execução de contrato que defraudam o seu próprio objetivo. A falta, por exemplo, da garantia adequada de proposta faz presumir a não seriedade, e, portanto, a não validade da própria proposta. Ademais, essa é única solução razoável para ambos, proteger o Poder Público, discriminando as garantias com base em critério objetivo e reconhecido pelo mercado.

<sup>198</sup> No caso de licitações feitas em bolsa de valores, por exemplo, na BM&F Bovespa, a bolsa disponibiliza para o Poder Público o serviço de análise não apenas da validade formal da garantia, mas também da solvabilidade da garantia, o que é feito por meio de uma análise de crédito do emitente da garantia. Essa análise é feita seguindo os padrões utilizados também para todas as demais operações em bolsa. Já presenciamos situação em que o fato do emitente da garantia ser desconhecido levou a BM&F Bovespa a aconselhar a Comissão de Licitação a não receber a garantia. Contudo, como se tratava de garantia formalmente válida a Comissão resolveu tê-la por válida, independentemente da análise de solvabilidade da garantia, por meio da definição do *rating* de crédito do seu emissor. A Comissão de Licitação neste caso, na nossa opinião, agiu corretamente, pois não havia no respectivo edital de licitação fundamento para a não aceitação da garantia com base no *rating* de crédito do seu emitente. Contudo, cremos que seria conveniente a existência de tais regras, exatamente para permitir a não aceitação de garantias que tenham baixa possibilidade de serem honradas.

<sup>199</sup> Sobre isso, consulte-se o *website* das agências de *rating*, que disponibilizam, de tempos em tempos lista com os *ratings* das diversas instituições financeiras e seguradoras. Por exemplo, para a Standard & Poors, os *ratings* de força financeira para América Latina podem ser encontrados em [http://www2.standardandpoors.com/spf/pdf/fixedincome/FSR\\_Portuguese.pdf](http://www2.standardandpoors.com/spf/pdf/fixedincome/FSR_Portuguese.pdf). Já para a Moody’s estava em março de 2010, na seguinte página [http://www.moody.com.br/brasil/pdf/January\\_LARL\\_Brazil\\_2008.pdf](http://www.moody.com.br/brasil/pdf/January_LARL_Brazil_2008.pdf).

<sup>200</sup> Ver item II.6.1, acima, sobre exigência de *ratings* em garantias de propostas.

<sup>201</sup> Cf.: cláusula 18.1.1, e 19.4.3, do contrato de concessão administrativa do Hospital do Subúrbio, disponível, em março de 2010, no seguinte link [http://www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio/docs/EditalPPP\\_HospitalSuburbio.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio/docs/EditalPPP_HospitalSuburbio.pdf).



operação do serviço.<sup>202\_203</sup>

Apenas a guisa de fechamento desse ponto: para que os seguros e garantias de cumprimento de contrato cumpram com eficiência a sua função de melhorar o perfil de crédito da dívida do parceiro privado com a Administração Pública, decorrente do descumprimento do contrato de concessão comum ou PPP, aconselhamos a exigência de *rating* mínimo de força financeira ou crédito respectivamente das seguradoras e instituições financeiras, conforme mencionado acima.

### III.6.1.3. A questão do valor da garantia de cumprimento de contrato

Há basicamente três questões que concernem ao valor das garantias de cumprimento de contrato que precisam ser abordadas para maximização da eficiência dos contratos de concessão comum ou PPP. A primeira é propriamente da forma de definição do valor das garantias de proposta. A segunda é sobre os limites legais para estipulação dessas garantias de proposta. A terceira é sobre a variação do valor das garantias de proposta ao longo dos anos.

**O valor das garantias de cumprimento do contrato, *completion guarantee* ou *performance bond* deve ser definido caso a caso, projeto a projeto, e, para isso é importante verificar os padrões do setor e consultar um especialista em garantias de cumprimento de contratos para o setor específico no qual o projeto se insere.**

Quanto aos limites legais para estipulação dessas garantias, o inciso XV, do art. 18, da Lei 8.987/95, cria exceção relevante ao limite da exigência de garantias previsto nos § 2º e 3º, do art. 56, da Lei 8.666/93.

Os mencionados parágrafos do art. 56, da Lei 8.666/93 estabelecem, respectivamente, que o limite de garantia de cumprimento de contratos administrativos é de 5% do valor do contrato, podendo ser, nas condições excepcionais previstas no §3º, de até 10% do valor do contrato.

Já a parte final do inciso XV, do art. 18, da Lei 8.987/95 estabelece, como limite da garantia em contratos de concessão comum, o valor das obras, o que pode significar muito mais que 10% do valor do contrato<sup>204</sup> de concessão. E esse mesmo limite se aplica também às PPPs, concessões administrativas e patrocinadas, por conta do art. 3º *caput* e parágrafo primeiro, da Lei de PPP.<sup>205</sup>

Vale frisar que a parte final do inciso XV, do art. 18, da Lei 8.987/95, estabelece apenas o limite para o valor da garantia, de maneira que pode (e deve) o Poder Público verificar em cada caso qual o valor razoável para a garantia. Como as garantias são válidas pelo período temporal nelas estabelecidos, o mais comum, é que o Poder Público requeira a prestação/renovação anual da garantia de execução de contrato. Não tem sido incomum, entretanto, especialmente em projetos de concessão de rodovias existentes, o Poder Público utilizar, como critério para definição do valor da garantia o valor total do investimento estimado para cada ano, especialmente nos primeiros anos de contrato.<sup>206</sup>

Nesse ponto, é viável duas interpretações do conceito de “obra” para efeito da definição do valor da garantia. Uma seria a interpretação mais estrita, que incluiria só os serviços de engenharia em sentido mais estrito, o que seria, por exemplo, no caso das rodovias, os investimentos em melhoria do pavimento, obras de arte, segurança, como, por exemplo, construção de acostamentos, e também as expansões de capacidade. Desse conceito ficaria excluída, por exemplo, a aquisição e instalação de equipamentos, por exemplo, para monitoração da rodovia.

<sup>202</sup> Cf.: Cláusula 21.1.1, do Contrato de Concessão, disponível no website do DERBA, [www.derba.ba.gov.br](http://www.derba.ba.gov.br).

<sup>203</sup> O desenvolvimento da idéia de se exigir *rating* para esses casos e a pesquisa para a verificação do nível de *rating* cabível foi feita por Andrea Azeredo, a quem agradecemos pelas informações detalhadas que nos foram passadas, e pelas discussões que tivemos sobre esse assunto.

<sup>204</sup> Cf.: II.5.1, do (Ribeiro, *Aspectos jurídicos e regulatórios do compartilhamento de infra-estrutura no setor ferroviário 2005*), sobre a definição legal de “valor do contrato” de PPP e concessão.

<sup>205</sup> Essa aplicação é direta no caso das concessões patrocinadas, em virtude do disposto no parágrafo primeiro, do artigo 3º, da Lei de PPP, e subsidiária no caso das concessões administrativas, uma vez que a Lei 8.987/95, como um todo, aplica-se subsidiariamente às concessões administrativas, tendo, no entanto, os seus artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 aplicação direta às concessões administrativas, em virtude do disposto no *caput* do art. 3º da Lei de PPP.

<sup>206</sup> Cf.: Cláusula 11, do contrato de concessão, do projeto da BR 116/324, Edital 001/2008, da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, disponível quando da redação desse capítulo, no [http://www.antt.gov.br/avisolicitacao/bahia/ContratoConcessao\\_v2.pdf](http://www.antt.gov.br/avisolicitacao/bahia/ContratoConcessao_v2.pdf) . Cf. também a Cláusula 22, do contrato de concessão, do projeto do sistema da rodovia BA093, publicado no website do DERBA - Departamento de Infraestrutura da Bahia, [www.derba.ba.gov.br](http://www.derba.ba.gov.br).

Um conceito mais amplo de obra para esse fim, incluiria todos os investimentos, compra de veículos e compra e instalação de equipamentos - mesmo porque a instalação dos equipamentos envolve, muitas vezes, serviços de engenharia, por exemplo na instalação das balanças para pesar veículos, ou na instalação, das praças de pedágio, de redes de fibra ótica para comunicação de dados e voz, relativos ao monitoramento da rodovia.

Note-se que, em muitos casos, usar uma ou outra das alternativas de interpretação do que seja “obra”, para os efeitos da parte final do inciso XV, do art. 18, da Lei 8.987/95, produz diferença de valor da garantia desprezível, de maneira que a discussão passa a ter menor relevância. De qualquer modo, é interessante assinalar que faria sentido, pelo menos, a exclusão do conceito de “obra” para esses fins dos investimentos em veículos ou equipamentos cuja instalação não requer a realização de obras de engenharia.

Um último aspecto a respeito do valor das garantias de cumprimento de contrato que cremos seja interessante mencionar é a variação do seu valor para criar os incentivos corretos em cada momento do contrato. Observe a tabela abaixo, constante da Cláusula 11.1, do contrato de concessão patrocinada, do Projeto de Irrigação do Pontal, que estabelece os valores da garantia de execução do contrato ano a ano:

<b>Ano do Contrato</b>	<b>Valor</b>
1	R\$ 100.000.000,00
2	R\$ 80.000.000,00
3	R\$ 60.000.000,00
4	R\$ 40.000.000,00
5	R\$ 25.000.000,00
6	R\$ 25.000.000,00
7	R\$ 25.000.000,00
8	R\$ 25.000.000,00
9	R\$ 25.000.000,00
10	R\$ 25.000.000,00
11	R\$ 25.000.000,00
12	R\$ 25.000.000,00
13	R\$ 25.000.000,00
14	R\$ 25.000.000,00
15	R\$ 25.000.000,00
16	R\$ 25.000.000,00
17	R\$ 25.000.000,00
18	R\$ 25.000.000,00
19	R\$ 25.000.000,00
20	R\$ 50.000.000,00
21	R\$ 50.000.000,00
22	R\$ 65.000.000,00
23	R\$ 75.000.000,00
24	R\$ 85.000.000,00
25	R\$ 85.000.000,00

Observe-se que a garantia é mais alta nos primeiros anos, quando os investimentos previstos são mais altos, e depois reduz ao longo do contrato, para voltar a aumentar novamente nos últimos anos de contrato.

A idéia por trás dessa distribuição do valor da garantia é: (a) nos primeiros anos, ter uma garantia de execução mais alta com vistas a compensar a Administração Pública, caso o parceiro privado não realize os investimentos previstos no contrato; (b) reduzir o valor da garantia, a medida em que se reduzem as obrigações de investimento, o que acontece a partir do segundo ano; (c) aumentar novamente o valor da garantia no final do contrato, a partir do vigésimo ano, para gerar o incentivo para que os bens a serem revertidos para o Poder Público, sejam devolvidos nas condições adequadas.

#### III.6.1.4. Prazo e renovação da garantia de cumprimento do contrato

Quanto ao prazo exigido de validade das garantias de cumprimento do contrato, ele deve ser consistente com os prazos disponíveis no mercado, sob pena de onerar desnecessariamente a obtenção dessas garantias. Geralmente seguros-garantia de cumprimento de contrato são feitos por um ano, e é conveniente que seja exigida a sua renovação pelo menos 30 dias antes do seu vencimento.

#### III.6.1.5. Formas de outorga de garantia de cumprimento de contrato<sup>207</sup>

Já explicamos com vagar no item II.5 acima o nosso entendimento de que é discricionabilidade da Administração Pública a escolha das formas permitidas em cada edital de outorga de garantia de proposta em licitação.

Especificamente, argumentamos pela possibilidade da Administração Pública restringir a forma de recepção das garantias de proposta a seguro-garantia e fiança bancária, e condicionar ou não aceitar a caução em títulos públicos ou em dinheiro, em vista das dificuldades para viabilizar a caução em dinheiro e para avaliar a regularidade e valor dos títulos públicos. Esses argumentos são igualmente válidos para a escolha da forma da garantia de execução de contrato.

Contudo, cremos que, tendo que montar uma estrutura para regulação, acompanhamento e fiscalização do contrato de concessão comum ou PPP, criar estrutura, para, a par de receber seguro-garantia ou fiança bancária, viabilizar a recepção da caução em dinheiro, não acarretará custos ou dificuldades relevantes à Administração Pública, de maneira que nos parece razoável, em relação às garantias de cumprimento de contrato, que a Administração possa não aceitar apenas a sua outorga sob a forma caução de títulos públicos, pelas razões que já expendemos em detalhe no item II.5 acima. E, caso a Administração Pública decida por aceitar a caução de títulos públicos como garantia, valem neste caso todas as recomendações que já realizamos no item II.5 sobre os condições que devem ser estabelecidas para tanto.

#### III.6.2. Seguros exigidos em contratos de concessão comum e PPPs<sup>208-209</sup>

A possibilidade de exigir seguros do contratado da Administração para operação de bens ou serviços que envolva a guarda ou detenção de ativos de propriedade da Administração está mencionada (apesar de não estar disciplinada) no artigo 40, inciso XIV, alínea “e”, da Lei 8.666/93, que diz que o edital de licitação *obrigatoriamente deve prever as condições de pagamento ao contratado, inclusive as exigências de seguros, quando for o caso.*

Também o artigo 31, inciso VII, da Lei 8.987/95, estabeleceu, como obrigação do parceiro privado, “*zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente*”. Apesar disso, não há balizas legais sobre o que deve ser exigido em termos de seguros em contratos administrativos em geral, e mais especificamente em contratos de concessão comum ou PPP.

Por isso, o mais aconselhável, em relação à modelagem da exigência dos seguros nos contratos de concessão comum ou PPP, é a contratação pelo Poder Público de um corretor ou especialista em seguros no setor específico do projeto a ser desestatizado, para avaliar quais os seguros e coberturas são adequados para o caso.

A nossa experiência é que geralmente são exigidos pelo menos os seguintes:

- a) *Seguro de risco de engenharia para instalação e montagem*, incluindo cobertura de testes, riscos do fabricante (quando não houver garantia do fabricante), e responsabilidade civil extensiva a danos causados na obra civil;
- b) *Seguro de riscos operacionais e/ou nomeados*, incluindo no mínimo cobertura de danos materiais de incêndio (inclusive em consequência de tumulto)/ raio/ explosão de qualquer natureza, danos elétricos e de equipamentos eletrônicos, e cobertura de lucros cessantes de (despesas fixas) decorrente de incêndio

---

<sup>207</sup> Repetimos nesse ponto propositalmente parte do texto constante do item II.5 acima, que trata das garantias de proposta. Como a problemática da forma de outorga da garantia é a mesma para as garantia de proposta e de execução do contrato, achamos por bem repetir aqui a argumentação.

<sup>208</sup> Sobre seguros, eu queria agradecer a contribuição de Andrea Azeredo, cuja inquietação intelectual a respeito do tema a fez buscar referências para disciplinar mais adequadamente as obrigações de realização de seguros nos projetos em que trabalhamos.

<sup>209</sup> O texto dessa rubrica se baseou no texto do contrato da PPP do Hospital do Subúrbio, do Estado da Bahia, e nas discussões que tivemos para a sua formulação.

(inclusive em consequência de tumulto)/ raio/ explosão de qualquer natureza com período indenitário mínimo de 6 (seis) meses;

- c) *Seguro de cascos da frota de veículos* com cobertura compreensiva pelo valor de mercado; e, *seguro de responsabilidade civil*, cobrindo a concessionária e o poder concedente, bem como seus administradores, empregados, funcionários, subcontratados, prepostos ou delegados, pelos montantes com que possam ser responsabilizados a título de danos materiais, pessoais e morais, custas processuais e quaisquer outros encargos relacionados a danos materiais, pessoais ou morais, decorrentes das atividades abrangidas pela concessão, inclusive, mas não se limitando, a danos involuntários pessoais, mortes, danos materiais causados a terceiros e seus veículos, devendo tal seguro ser contratado com limites de indenização compatíveis com os riscos assumidos para danos a terceiros nas seguintes modalidades: instalação e montagem, incluindo subcontratados, *com cobertura extensiva a danos causados na obra civil*; operação; veículos; responsabilidade civil do empregador; responsabilidade civil profissional, desde que disponível no mercado segurador a preços acessíveis.<sup>210</sup>

É importante que o órgão ou entidade da Administração Pública contratante figure como co-segurado nas apólices de seguro, de modo a lhe garantir direitos semelhantes aos do segurado, e que haja obrigação do segurado e da seguradora (por meio da exigência ao parceiro privado de incluir tal cláusula no contrato de seguro) de informar a Administração Pública de qualquer alteração nos termos do seguro, ou seu cancelamento ou suspensão. Em vista das mudanças no contrato e no mercado securitário que podem ocorrer ao longo do contrato de concessão comum ou PPP, deve haver permissão no contrato para modificação das coberturas dos seguros pelo parceiro privado, desde que com prévia autorização da Administração Pública.

Em virtude do princípio da continuidade dos serviços, a prioridade de uso do eventual pagamento de sinistros no caso de eventos que leve à caducidade da concessão deve ser sempre a manutenção da operação dos serviços. Também nesses casos, quando a Administração responder perante terceiros pelo sinistro, é conveniente que o pagamento do sinistro possa ser feito direto à Administração Pública.

Para maior segurança dos financiadores, que são aqueles que contribuem com maior parte dos recursos empregados na implantação de projetos desestatizados<sup>211</sup>, é conveniente que as apólices de seguro possam estabelecer como beneficiárias as instituições financeiras credoras do parceiro privado.

Além disso, é importante que a Administração Pública possa aplicar multas caso o parceiro privado não faça os seguros, e haver autorização no contrato para Administração Pública, se quiser, após notificação, fazer os seguros em lugar do parceiro privado, ficando o prêmio a cargo do parceiro privado, ou podendo inclusive, no caso do contrato de concessão comum ou PPP que envolver pagamento público, descontar do pagamento público o prêmio do seguro.

Em relação ao valor dos seguros, em vista também do princípio da continuidade dos serviços, os montantes cobertos devem ser suficientes para reposição a valores de novo ou a estado de novo dos ativos. O cálculo desses valores deve ser submetido anualmente à Administração Pública contratante. Qualquer omissão ou erro nesse aspecto deve ser responsabilidade do parceiro privado.

Quanto ao prazo exigido dos seguros, eles devem ser consistentes com os prazos disponíveis no mercado. Geralmente esses seguros são feitos por um ano, e é conveniente que sejam renovados no máximo 30 dias antes do seu vencimento.

Em relação ao *rating* de força financeira das segurados, valem para este caso exatamente as mesmas anotações que fizemos no item III.6.1.2 acima sobre a exigência de *rating* para as empresas emissoras das garantias de cumprimento de contratos.

### III.7. A proteção e garantias aos financiadores, e o acompanhamento e fiscalização dos aspectos financeiros da SPE no edital e no contrato de concessão comum e PPP

Como a maior parte dos recursos empregados para viabilização dos investimentos necessários a implantação de

<sup>210</sup> A enumeração acima dos seguros foi inspirada naqueles exigidos pelo Contrato de Concessão Administrativa do Hospital do Subúrbio, disponível em [www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio](http://www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio) e remetemos o leitor à cláusula 18, daquele contrato, que contém todas as disposições indispensáveis para cumprimento do que cremos ser melhores práticas em questões securitárias em contratos de desestatização.

<sup>211</sup> Pois os parceiros privados para baratear o custo financeiro da implantação do projeto, geralmente o alavancam, com o máximo possível de dívida.

projetos nos setores de infraestrutura são obtidos pelos parceiros privados sob a forma de dívida, parece-nos indispensável verter atenção sobre os mecanismos a constarem do contrato de concessão comum ou PPP para viabilizar e facilitar os financiamentos, garantir e proteger os financiadores. Isso é importante não apenas para justificativa de recomendações que constam ao final desse subcapítulo (item III.7.5 abaixo) sobre o que deve ser incluído no contrato de concessão comum ou PPP para proteções dos financiadores, mas também para fundamentar outras proteções aos financiadores discutidas em outros subcapítulos desse livro, como, por exemplo, o direito de assunção de controle da SPE pelos financiadores (*step in rights*), tratado no item III.8.2 abaixo, e os amparos aos financiadores em caso de extinção antecipada do contrato de concessão comum ou PPP (item III.9.1 abaixo)

Ademais, é preciso também dedicar alguma atenção à fiscalização dos aspectos financeiros da SPE, na qual, por razões que ficarão claras nas linhas abaixo, os financiadores têm um papel relevante.

Esse é o tema das próximas rubricas.

### III.7.1. O financiamento das concessões comuns e PPPs: por que proteger os financiadores nesses contratos beneficia os usuários e o Poder Público?<sup>212</sup>

Os projetos de concessão comum e PPP são geralmente financiados por meio de aportes, ordinariamente sob a forma de participação acionária, dos investidores vencedores da licitação na SPE (*capital próprio*), e, por meio de recursos de terceiros, obtidos, em regra, sob a forma de dívida (*capital de terceiros*), ou no mercado bancário comercial, e/ou nas agências de desenvolvimento (as mais atuantes nos últimos anos no Brasil são BNDES, Banco do Nordeste e Caixa Econômica Federal, BID, IFC, e CAF), e/ou no mercado de capitais, por meio, por exemplo, da emissão de títulos, no mercado internacional ou local, como as debêntures, ou securitização de receitas futuras, por exemplo, como a montagem de FIDCs.

A composição do montante de capital próprio e de terceiros para viabilizar o investimento no projeto de concessão comum ou PPP é variável. Em regra, os controladores da SPE vão buscar utilizar a menor quantidade possível de capital próprio.

A proporção de capital próprio requerida para implantar o projeto é geralmente definida pelos financiadores, que avaliam o risco do projeto – que é função, dos diversos riscos associados à sua implantação e operação, como, por exemplo, os riscos de construção/implantação, o risco de demanda e do comprador dos bens e serviços produzidos pelo projeto (ou seja, da sua fonte de receitas), o risco de operação adequada do projeto, o risco de crédito dos investidores do projeto – e, por meio dessa análise, definem o montante de capital próprio que crêem seja indispensável para sinalizar o comprometimento dos investidores com o projeto, a dar segurança aos financiadores.

Na prática brasileira, pode-se afirmar que a composição dos recursos financeiros para viabilizar os investimentos de uma concessão comum ou PPP para a prestação de serviço público costuma ficar entre 10% e 30% de capital próprio e 70% e 90% de capital de terceiros (que são os financiadores). Em regra, quanto maior o risco do projeto, mais os financiadores exigirão comprometimento dos controladores por meio de aumento da sua contribuição financeira para viabilização do projeto.<sup>213</sup>

A participação de financiadores dispostos a emprestar recursos à SPE é conveniente para reduzir o custo final ao usuário/Poder Público. Como, na estrutura jurídica das sociedades, os empréstimos (*capital de terceiros*) têm prioridade de pagamento em relação ao capital próprio, o custo de dívida no mercado costuma ser mais barato que o de capital próprio. Além disso, as despesas com os juros incidentes sobre a dívida diminuem o lucro para efeito de tributação<sup>214</sup>,

<sup>212</sup> Utilizamos como base para redação desse tópico, o texto constante no item V.12, (*Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*). Lucas Navarro Prado co-autor conosco do Comentários à Lei de PPP não tem qualquer responsabilidade pelas alterações que realizamos nesse texto.

<sup>213</sup> Era comum nas primeiras desestatizações dos anos 90 no Brasil a exigência nos respectivos contratos de desestatização, de que as SPEs mantivessem um determinado nível de alavancagem máxima. A intenção dessa exigência era garantir que a participação do “equity” no projeto fosse relevante o suficiente para criar incentivos para os investidores cumprirem adequadamente o contrato. Atualmente, entretanto, a prática é deixar nas mãos do financiador a definição do nível de alavancagem máxima com a qual ele se sente confortável. Isso é um desdobramento da percepção de que nesses casos, como ficará claro no item III.7.3 abaixo, o interesse do financiador está tão alinhado com o interesse do Poder Público, que é melhor deixar aos financiadores a decisão sobre o nível mínimo de capital próprio que eles acham necessário para gerar no investidor o incentivo de cuidar adequadamente do projeto. Essa forma de tratar o tema é também coerente com a busca de maximizar o montante de capital de terceiros em relação ao capital próprio para redução dos custos financeiros de implantação do projeto, conforme item III.7 a seguir e subitens.

<sup>214</sup> Isso é o que se chama na linguagem financeira de “*tax shield*”, isto é escudo tributário.

assegurando uma taxa de retorno maior para o capital próprio.

Por isso, o aumento da participação de financiadores no montante total necessário à execução do projeto reduz o custo financeiro do serviço, impactando, muitas vezes, de forma relevante e benéfica o preço do serviço ao usuário final e à Administração Pública.

Além disso, o custo da dívida para a SPE será tanto menor quanto menor forem os riscos do projeto para o financiador. Perceba-se que a remuneração da dívida é feita por meio da cobrança, pelos financiadores de (a) uma taxa pela estruturação do financiamento; (b) uma taxa básica de mercado, geralmente CDI, IPCA ou IGP-M, no mercado local, e *Libor*, no mercado internacional; e, de (c) uma taxa, geralmente chamada de “*spread*”, que remunera o risco do financiador de investir naquele projeto ou empresa específica.

A forma como se realiza o cálculo, a precificação pelos bancos, do *spread* para cada caso tem fundamentos técnicos que está fora do propósito desse livro explicar. Para os nossos objetivos, basta dizer que, quanto maiores forem os riscos que o contrato de concessão comum ou PPP deixar ao financiador, maior tenderá a ser o *spread* cobrado pelos bancos para financiarem a SPE. Além disso, o apetite do setor financeiro para financiar um determinado tipo de projeto e o *spread* cobrado para tanto são especialmente sensíveis a riscos que os financiadores simplesmente não têm como gerenciar, como, por exemplo, o risco de extinção do contrato de concessão comum ou PPP por encampação, ou rescisão por descumprimento das obrigações da Administração Pública.<sup>215</sup>

Por todas essas razões – e particularmente para reduzir os custos financeiros de implantação do projeto, de maneira a reduzir o custo do serviço para o Poder Público e para os usuários – é interesse da Administração Pública tornar o projeto atrativo para os financiadores, de maneira a viabilizar: (a) a maior alavancagem financeira possível, isto é a utilização do máximo de recursos de terceiro possível, em lugar dos recursos próprios dos investidores; (b) a redução do *spread* cobrado para financiamento do projeto, e, para tanto, é importante proteger os financiadores de riscos que eles não conseguem gerenciar.

### III.7.2. O financiamento de projetos (*project finance*): as receitas futuras do projeto como garantia do financiamento<sup>216</sup>

No início das operações de uma SPE concessionária de serviço público, não há nela patrimônio suficiente para garantir o financiamento exigido para o projeto. Por essa razão, é usual que as garantias para os financiamentos sejam oferecidas com lastro no patrimônio do (s) seu (s) controlador (es).

Em face dos vultosos recursos usualmente exigidos para a implantação de concessões, contudo, as garantias corporativas de investidores nos setores de infraestrutura poderiam ser rapidamente comprometidas, retirando desses investidores a capacidade de obter financiamento adicional e, assim, de iniciar novos projetos.

Para contornar essa restrição, a opção usual, não só no Brasil, é buscar uma forma de financiamento em que o risco de inadimplemento do financiamento seja gerenciado, do ponto de vista do financiador, por meio de análise do projeto e da vinculação das receitas operacionais futuras dele advindas como garantia. 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.

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.<sup>217</sup>

<sup>215</sup> Sobre isso, ver item III.9.1 e seguintes.

<sup>216</sup> O texto dessa rubrica baseou-se no item V.12.1 e seguintes do (Ribeiro e Prado, *Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*). Lucas Navarro Prado co-autor conosco do *Comentários à Lei de PPP* não tem qualquer responsabilidade pelas alterações que realizamos nesse texto.

<sup>217</sup> 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 eram extremamente raros no Brasil até 2004. Desde, então, diversos foram desenvolvidos. Assinale-se que, apesar de tradicionalmente o BNDES, que é o maior financiador dos setores de infraestrutura no Brasil, não realizar, em regra *project finance* puro, essa cultura foi questionada e está em modificação, especialmente por consequência da recente necessidade de financiar grandes projetos hidrelétricos, e o trem de alta velocidade entre Rio e São Paulo, projetos esses cuja dimensão inviabiliza a obtenção de garantias corporativas dos investidores suficientes para mitigar riscos de pré-operacionais desses projetos. Por isso, por exemplo, nos projetos de hidrelétricas do Rio Madeira,

Como se pode facilmente notar, nessa modalidade, a garantia do financiamento depende do sucesso do empreendimento. Por isso, é raro no Brasil que os projetos se estruturam, 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 outros ativos patrimoniais).

Por conseguinte, no curto prazo, em muitos casos, em face dos altos riscos envolvidos na consecução do projeto, não se consegue 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 financeira.

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 custos e despesas. Por isso, enquanto não estiver pronta a infraestrutura a ser utilizada para a prestação dos serviços, o risco do financiamento é elevado. Nesse sentido, é possível exigir-se até mesmo a compra de seguro de término do projeto (o assim chamado, *completion guarantee*), 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, pagamento público etc.) 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.

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* (que é o financiamento lastreado em 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 outorga em garantia aos financiadores 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, especialmente na atuação corriqueira do BNDES, que é o grande financiador de infraestrutura no Brasil, 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.

Perceba-se, por fim, que a estruturação do financiamento sobre a modalidade de *project finance* implica relações contratuais entre diversos atores com atribuições e contribuições diversas para o seu sucesso, e é indispensável a compreensão pelos consultores do Poder Público (financeiros e jurídicos) do papel e participação de cada um desses atores para que a modelagem do edital e do contrato de concessão comum ou PPP não crie empecilhos desnecessários ao posterior financiamento do projeto pelo parceiro privado.

Apenas como referência, vejam abaixo esquematização bastante abrangente dos atores e papéis em financiamento sob a modalidade de *project finance*. Essa esquematização foi utilizada por Paulo C. Dal Fabro, Diretor da Pricewaterhouse Coopers, em apresentação realizada em 10 de junho de 2005, no Comitê Jurídico da Swisscam.

---

Santo Antônio e Jirau, tiveram que ser montadas estruturas de garantias, mista que contemplavam, não só a garantia corporativa dos investidores, mas também seguros obtidos no mercado e as garantias decorrentes da estruturação adequada do contrato de construção (o que, geralmente se chama de “pacote de garantias do contrato de EPC, sigla para expressão inglesa, for *Engineering, Procurement and Construction*).



### III.7.3. O alinhamento dos interesses dos financiadores com os do Poder Público nos projetos financiados como *project finance* e a contribuição do financiador na fiscalização financeira do projeto pelo Poder Público

Na modalidade de *project finance*, como já fizemos notar acima, se o serviço concedido não render as receitas operacionais esperadas, o financiador corre o risco de não receber as parcelas vencidas do financiamento, e perder a sua garantia.

Por isso, o financiador tem marcado interesse na continuidade do projeto (qualquer interrupção da prestação dos serviços afeta a sua principal garantia), e, para tanto, no desempenho adequado do parceiro privado, ao longo do contrato, no cumprimento das suas obrigações para com o Poder Público e para com o usuário, e na constância da sua higidez financeira.

Esse interesse do financiador é coincidente com o interesse do Poder Concedente de assegurar as condições de continuidade da prestação do serviço e a capacidade da concessionária de fazer face aos seus compromissos financeiros<sup>218</sup>. Daí que ainda que não seja seu objetivo direto, o financiador acaba por trabalhar a favor do interesse público.<sup>219</sup>

A percepção dessa circunstância levou ao desenvolvimento, em programas de desestatização em outros lugares do mundo, de mecanismos institucionais ou contratuais de cooperação entre os financiadores da SPE e o Poder

<sup>218</sup> 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.”

<sup>219</sup> 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.



Concedente na fiscalização financeira da SPE<sup>220</sup>. No caso do Brasil, já é comum inserir no contrato de concessão comum ou PPP disposições que facilitem essa cooperação e que obriguem a SPE a incluir nos seus contratos de financiamento, a obrigação dos financiadores cooperarem com o Poder Público, prestando-lhe periodicamente informações sobre o estado financeiro da concessionária.

#### III.7.4. *Project finance* e os artigos 28 e 28-A, da Lei 8.987/95

Exatamente para viabilizar os financiamentos sob a modalidade de *project finance*, e a cessão das receitas futuras da SPE em garantia aos seus financiadores, a Lei 8.987/95 estabeleceu o seguinte:

*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.*

*Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 9.074, de 1995)*

O texto deste dispositivo é auto-explicativo: além de autorizar que todos os direitos emergentes da concessão, inclusive as suas receitas futuras, sejam dadas em garantia dos financiamentos da concessionária, estipula que essa outorga de garantia deve ser limitada para não comprometer a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

A única nota que temos a fazer sobre esse dispositivo é que, como, na linha do que já falamos no item III.7.3 acima, os financiadores tem tanto interesse quando o Poder Público na continuidade da prestação do serviço, eles não têm nenhum incentivo para comprometer a operacionalização e a continuidade da prestação de serviço por meio do estabelecimento de garantias, ônus, pagamentos etc. que inviabilizem a continuidade financeira da concessão. Daí que, dado como premissa o alinhamento de interesses entre o Poder Público e o financiador na continuidade operacional do projeto, na prática de financiamento das concessões, o Poder Público não faz análise e não estabelece – e não faz sentido fazê-lo – limite específico para a outorga pelo parceiro privado dos direitos emergentes da concessão, em garantia, aos seus financiadores.

Já o artigo 28-A, da Lei 8.987/95 dispõe que:

*Art. 28-A. Para garantir contratos de mútuo de longo prazo, destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão, em qualquer de suas modalidades, as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros, observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*I - o contrato de cessão dos créditos deverá ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos para ter eficácia perante terceiros;*

*II - sem prejuízo do disposto no inciso I do caput deste artigo, a cessão do crédito não terá eficácia em relação ao Poder Público concedente senão quando for este formalmente notificado; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*III - os créditos futuros cedidos nos termos deste artigo serão constituídos sob a titularidade do mutuante, independentemente de qualquer formalidade adicional; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*IV - o mutuante poderá indicar instituição financeira para efetuar a cobrança e receber os pagamentos dos créditos cedidos ou permitir que a concessionária o faça, na qualidade de representante e depositária; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*V - na hipótese de ter sido indicada instituição financeira, conforme previsto no inciso IV do caput deste artigo, fica a concessionária obrigada a apresentar a essa os créditos para cobrança; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*VI - os pagamentos dos créditos cedidos deverão ser depositados pela concessionária ou pela instituição encarregada da cobrança em conta corrente bancária vinculada ao contrato de mútuo; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*VII - a instituição financeira depositária deverá transferir os valores recebidos ao mutuante à medida que as obrigações do contrato de mútuo tornarem-se exigíveis; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*VIII - o contrato de cessão disporá sobre a devolução à concessionária dos recursos excedentes, sendo vedada a retenção do saldo após o adimplemento integral do contrato. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

<sup>220</sup> No caso do Reino Unido, os financiadores da SPE e o Poder Público assinam, por ocasião do fechamento do financiamento de longo prazo da SPE, o assim chamado “*Direct Agreement*”, que regula a cooperação entre o financiadores e Poder Público na fiscalização da SPE.

*Parágrafo único. Para os fins deste artigo, serão considerados contratos de longo prazo aqueles cujas obrigações tenham prazo médio de vencimento superior a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

Apesar da aparente complexidade desse dispositivo sua função é bastante simples de ser entendida.

Existia e ainda existe discussão sobre a validade das cessões de créditos futuros de concessionárias, porque, argumentam os críticos, como, quando da realização da cessão, o serviço não teria sido ainda prestado pela SPE aos usuários, juridicamente os créditos cedidos seriam inexistentes, meras expectativas de direito, que só ganham existência como créditos – e se tornam então transferíveis – quando da efetiva prestação do serviço aos usuários.

Essa interpretação – ao nosso ver, equivocada – levaria a invalidade de todas as cessões de recebíveis “não performados”, como se diz na linguagem do mercado financeiro, isto é na qual os serviços geradores dos créditos ainda não foram prestados, particularmente perante a Lei 11.101/05, a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Essa preocupação da eventual declaração da invalidade perante a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas dos contratos de cessão de recebíveis realizados para viabilizar o financiamento de concessões levou à disciplina das condições de validade desses contratos por ocasião da Reforma da Lei Geral de Concessões, Lei 8.987/95, realizada pela Lei 11.196/05.

Não vamos descer a mais detalhes no comentário desse dispositivo. Nos limites desse livro, basta dizer que o seu objetivo foi regravar as condições de validade das cessões de recebíveis realizadas para viabilizar o financiamento sob a modalidade de *project finance* de concessões, criando a possibilidade de que os créditos objeto desse contrato sejam constituídos, isto é entrem no mundo jurídico – para usar a linguagem cara aos cultores da teoria geral do direito – já sob a titularidade das instituições financiadoras do projeto, de maneira a inviabilizar que tais recebíveis sejam incluídos em processos de recuperação de empresas ou massa falida, por declaração de invalidade dos contratos de cessão desses recebíveis.

### III.7.5. O que é necessário constar do contrato de concessão ou PPP para viabilização do financiamento do projeto e facilitar a fiscalização dos aspectos financeiros da SPE

É importante que o contrato de concessão comum ou PPP estabeleça pelo menos o seguinte:

- (a) possibilidade da concessionária oferecer em garantia aos seus financiadores todos os direitos emergentes da concessão para obtenção dos recursos para realização dos investimentos necessários ao cumprimento do contrato;
- (b) obrigação da concessionária de dar ciência ao Poder Público de todos os contratos de financiamento que vier a firmar;
- (c) proteção da dívida no caso de extinção antecipada do contrato, o que está tratado com mais detalhes nos itens III.9 e seguintes abaixo;
- (d) obrigação da SPE prover informações contábeis e financeiras trimestrais ao Poder Concedente;
- (e) obrigação da SPE incluir, nos contratos com os seus financiadores, o dever dos financiadores informar ao Poder Concedente qualquer descumprimento das obrigações da concessionária nos seus contratos de financiamento, inclusive as eventuais exceções (*waivers*) solicitados pela concessionária aos financiadores;
- (f) a possibilidade do Poder Público solicitar, nos processos de fiscalização, qualquer informação ou documento que ache necessário;
- (g) obrigação da SPE seguir as regras de contabilidade da CVM, para facilitar a fiscalização financeira<sup>221</sup>, e, se houver, obrigação de seguir o plano de contas uniformizado da agência reguladora;

### III.8. Estruturas para lidar com situações graves de conflito ou de inadimplemento contratual: intervenção, “step in rights”, mediação e arbitragem

<sup>221</sup> Note-se que a CVM aprovou recentemente deliberação sobre como contabilizar questões atinentes a contratos de concessão de serviços públicos. Cf.: Deliberação CVM nº 611, de 22 de dezembro de 2009, que aprova a Interpretação Técnica ICPC 01, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata de contratos de concessão.

Nas linhas a seguir, vamos voltar atenção sobre as formas mais eficientes de disciplinar, nos contratos de concessão comum ou PPP, os temas que atinam às situações de inadimplemento contratual grave ou de conflito entre as partes. Especificamente, vamos voltar atenção para a intervenção, os direitos de assunção de controle (chamados, na experiência internacional, de “*step in rights*”) dos financiadores, mediação e a cláusula de arbitragem.

O objetivo principal desse conjunto de cláusulas é assegurar a rápida solução de problemas relativos à execução do contrato, por meio da definição da estrutura decisória e procedimento adequado para tanto. A demora na solução dos conflitos e na aplicação das consequências dos inadimplementos contratuais são geralmente as fontes de ineficiência que se manifestam no cumprimento desse lado dos contratos de concessão comum ou PPP.

### III.8.1. Intervenção

No que toca à intervenção, o que é importante na modelagem do contrato é:

(1) em relação às condições para a realização da intervenção, assegurar à Administração Pública:

(a) amplo poder de intervenção nos casos em que houver descumprimento grave do contrato;

(b) risco à continuidade dos serviços; ou,

(c) risco à segurança dos usuários ou do meio ambiente na prestação do serviço;<sup>222</sup>

(2) em relação à execução da intervenção, assegurar à Administração Pública o máximo de flexibilidade, e a prática de todos os atos que forem necessários para solucionar as causas da intervenção;

(3) assegurar ao parceiro privado as condições de ter seus direitos restabelecidos e indenizações cabíveis no caso de intervenção feita por oportunismo;

(4) assegurar a possibilidade da Administração Pública abrir mão da intervenção em prol do exercício dos *step in rights* pelos financiadores, se entender que essa é a melhor forma de dar solução aos problemas geradores da possibilidade de intervenção;

(5) constar permissão para o Poder Concedente usar as receitas do concessionário para dar solução aos eventos causadores da intervenção, e a permissão para o Poder Concedente compensar despesas que realizar com a intervenção com quaisquer pagamentos devidos ao concessionário;

(6) fazer constar disposição enunciando que a intervenção não modifica qualquer dos compromissos financeiros do concessionário;

(7) prever que o interventor como órgão societário, para o qual todos os poderes dos órgãos societários são delegados na ocorrência da intervenção.

É importante assinalar que a intervenção é sempre cara e difícil de realizar. Veja-se o único caso que conhecemos de intervenção em concessionária desde que se iniciou o processo de desestatização brasileiro no final dos anos 80, que é o caso da intervenção na CEMAR, concessionária de distribuição de energia para a área do Estado do Maranhão.

Naquele caso, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, órgão encarregado de fiscalizar CEMAR, percebeu a paulatina perda de capacidade financeira da CEMAR para prestar os serviços, e um crescimento das situações de inadimplemento contratual, ao ponto de achar que o serviço estaria correndo risco de continuidade. Esse entendimento de que haveria risco de sua continuidade operacional foi compartilhado pelos auditores independentes da empresa, que, inclusive, consignaram essa posição claramente no relatório de auditoria.

Observe-se que, ao executar uma intervenção, a agência reguladora ou órgão competente para tanto na Administração Pública, passa imediatamente ao interventor nomeado a responsabilidade de fazer o parceiro privado objeto da intervenção funcionar adequadamente. E essa situação envolve tantas incertezas e riscos<sup>223</sup> que, efetivamente, nem sempre a agência, ou o interventor, sabem, no momento da decretação da intervenção, o que será necessário fazer para remediar a condição do parceiro privado, e se, de fato, a situação tem uma solução. É que a situação financeira e técnico-operacional ruim do parceiro privado pode ser tanto consequência de má gestão, quanto consequência da real inviabilidade do negócio nas condições estabelecidas no contrato de desestatização.

<sup>222</sup> É bem verdade, que a disposição legal sobre o assunto é mais ampla do que isso, pois ela se refere a “assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.” (art. 32, da Lei 8.987/95). Há, entretanto, diversos outros mecanismos para assegurar o cumprimento da adequação dos serviços, e das normas legais e contratuais. A intervenção deve ser reservada para situações graves, que requeiram que a operação do serviço seja tirada ao parceiro privado.

<sup>223</sup> Junte-se a tudo isso o fato de que poucas vezes no passado recente do Brasil uma intervenção foi feita, de maneira que o direito aplicável sobre o próprio processo de intervenção é lacunoso, pouco claro, o que traz inseguranças e riscos jurídicos inclusive para as pessoas físicas envolvidas no processo de intervenção, especialmente o interventor.

No caso da CEMAR, a tese da agência quando decidiu fazer a intervenção era que havia má-gestão, o que parece ter sido confirmado no curso do processo de intervenção. Veja-se abaixo a descrição dos motivos da intervenção:

- a) A CEMAR negou-se em aderir ao “Acordo Geral do Setor Elétrico”, com reflexos imediatos, à época, na situação econômico-financeira da Concessionária;
- b) A análise conjunta dos relatórios de fiscalização da ANEEL, assim como de suas demonstrações financeiras desde a privatização e dos estudos feitos quando da negativa do pedido de revisão tarifária extraordinária, indicavam que a situação financeira da concessionária era crítica, com possíveis comprometimentos em curto prazo na prestação do serviço e no atendimento aos consumidores;
- c) Os seus auditores externos independentes citaram, nas Demonstrações Financeiras de 31 de dezembro de 2001, que existiam dúvidas sobre a continuidade operacional da companhia. Nessas mesmas Demonstrações Financeiras, consta que em 31 de janeiro de 2002, a administração da companhia publicou “Fato Relevante” informando que a PPL Corporation, acionista controladora, anunciou que não deveria fazer investimentos adicionais na CEMAR;
- d) A falta de recursos, inclusive, de novas captações e de reestruturação da dívida, já afetavam o sistema elétrico nacional;
- e) O prazo concedido pela ANEEL, para apresentação do plano de equacionamento da situação financeira, não foi atendido pela Concessionária;
- f) A participação de recursos próprios na estrutura de capital da Concessionária reduziu-se a partir da privatização, para uma situação de passivo a descoberto;
- g) Seu acionista controlador informou à ANEEL a decisão de retirar-se da Concessionária, e o primeiro requerimento de transferência do controle societário indireto detido pela PPL foi negado pela ANEEL, por não atender ao art. 27 da Lei nº 8.987/95;
- h) Houve negativa ao pedido de revisão tarifária extraordinária, em função de que não decorria das razões alegadas pela Concessionária;
- i) A capacidade de pagamento da Concessionária estava comprometida e a mesma foi incluída no CADIN;
- j) Existiam credores executando as garantias dos contratos de financiamentos;
- k) Havia princípios e práticas contábeis previstos em Regulamento específico do setor elétrico, sendo desobedecidos pela Empresa;
- l) Havia o despacho liminar concedido por Juiz de Direito de São Paulo, atendendo ao pedido dos agentes fiduciários dos debenturistas e de outros credores da CEMAR (Processo nº 000.02.168271-2), suspendendo, pelo período de 90 dias, sob pena de desobediência, a prática de quaisquer atos tendentes ao requerimento da falência da companhia; e
- m) É poder-dever da ANEEL adotar as medidas necessárias para garantir a continuidade e a qualidade da prestação do serviço.”<sup>224</sup>

Operar uma empresa em situação de intervenção é especialmente difícil. Em primeiro lugar, exatamente por ser uma intervenção, credores, e demais interessados na saúde financeira do parceiro privado objeto da intervenção têm menos certeza da solução de longo prazo da situação, e, por isso, nem sempre cooperam de maneira adequada no processo de renegociação das suas dívidas e outros interesses relativos ao parceiro privado.

Além disso, os órgãos reguladores de concessões comuns e PPPs no Brasil, e também seus interventores nomeados, apesar de terem a flexibilidade de praticar qualquer ato lícito necessário à restauração da saúde financeira e operacional da empresa sob intervenção, não possuem orçamento e flexibilidade para obter facilmente com o Erário aportes no parceiro privado<sup>225</sup>, o que muitas vezes é indispensável para remediar as questões mais emergenciais e criar o ambiente de credibilidade que, muitas vezes, é necessário para o envolvimento e cooperação dos demais interessados

---

<sup>224</sup> Relatório, no Processo nº 48500.003817/02.42, sobre o encerramento da Intervenção na Companhia Energética do Maranhão – CEMAR. Relator: Diretor Jaconias de Aguiar; e Responsável: Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF. Este relatório está disponível no endereço <http://www.aneel.gov.br/cedoc/area2004181.pdf>.

<sup>225</sup> No Brasil, as agências reguladoras sequer têm liberdade para dispor das receitas geradas pela própria atividade fiscalizatória. A interpretação e a aplicação mais comum do princípio da unidade orçamentária, no caso da União, impede que as agências tenham acesso aos fundos gerados pela sua própria atividade regulatória, que dependem da alocação orçamentária anual para ser atribuída às agências.

na solução das questões.<sup>226</sup>

Em vista dessas dificuldades, a tendência do Poder Público no Brasil é evitar tanto quanto possível as situações de intervenção. Até mesmo por isso, são raras as situações de intervenção oportunista pelos Governos em concessões, é dizer: de uso indevido, por excesso de poder, ou desvio de finalidade, do poder de intervir. De qualquer modo, é importante exigir que a Administração Pública tenha que justificar devidamente a intervenção em processo administrativo que deve ser especialmente rigoroso na obediência das proteções, princípios e garantias aplicáveis aos processos administrativos em geral, particularmente porque são essas proteções, garantias e princípios que darão, ao parceiro privado, proteção real contra uma eventual intervenção por oportunismo político.

Perceba-se que o art. 33 da Lei 8.987/95, enuncia que, uma vez decretada a intervenção, o Poder Público deverá instaurar em 30 dias o processo administrativo, para comprovar as suas causas e apurar responsabilidades, assegurando ao parceiro privado amplo direito de defesa. No caso de não comprovação das causas, ou se houve descumprimento não sanável de pressupostos legais e regulamentares, a sua nulidade deverá ser decretada devolvendo-se a controle da prestação de serviço aos controladores do parceiro privado.

Note-se que a Lei de Concessões exige que o procedimento administrativo para a comprovação das causas da intervenção seja concluído em, no máximo, 180 dias. Frise-se que isso não quer dizer que a intervenção deve ser concluída em 180 dias. A intervenção pode ser muito mais longa. No caso da CEMAR, por exemplo, durou quase dois anos, de 2002 a 2004. O prazo de 180 dias é apenas para haver decisão final sobre as causas do processo de intervenção. O objetivo do dispositivo é evitar que a demora do processo de julgamento das causas da intervenção seja usado de maneira oportunista para manter com o Poder Público o poder de intervenção, criando uma situação, por assim dizer, Kafkaniana, em que o próprio processo de apuração das causas da intervenção, que deveria ser garantia e instrumento de proteção dos controladores do parceiro privado, se converte em instrumento para manutenção injusta da intervenção.

Uma questão que demandaria investigação mais profunda em separado, mas que precisamos aqui apenas apontar, é a da, por assim dizer, péssima qualidade da interface e liames entre o Direito Público e o Privado no Brasil para o desenvolvimento e aplicação de institutos como a intervenção. A intervenção no serviço é instituto de Direito Público, mas como os especialistas e escritores de Direito Público, em regra, nenhuma experiência tiveram do assunto, não se encontra nos livros e artigos discussão sobre como a intervenção se manifesta do ponto de vista dos instrumentos de Direito Privado de transferência temporária do controle da concessionária para o Poder Público. Para sanar esse tipo de problema, cremos ser importante constar uma cláusula no edital e contrato de concessão comum ou PPP exigindo que conste dos atos constitutivos da SPE, que, em caso de intervenção, todos os poderes decisórios e de representação da SPE se transferem automaticamente para o interventor no ato da decretação da intervenção. O interventor ganharia, assim, natureza de órgão societário, o que resolveria diversos dos problemas enfrentados durante a intervenção, por conta dos problemas de interface entre Direito Público e Privado.<sup>227</sup>

No contrato de concessão comum ou PPP, é importante constar também, cláusula que permita à Administração Pública abrir mão da faculdade de realizar a intervenção se entender que, no caso específico, a solução dos problemas havidos na prestação dos serviços pode ser melhor realizada por meio da transferência de controle da concessionária para os seus financiadores (*step in rights*). Explicaremos com mais detalhes as razões e forma de realização dessa transferência de controle, no item III.8.2. abaixo. Por ora, é importante apenas dizer que o objetivo da transferência de controle para os financiadores neste caso é muito semelhante aos objetivos da intervenção, e, muitas vezes, especialmente quando o problema da concessionária é má gestão operacional, administrativa ou financeira, havendo financiador com interesse para assumir a gestão, é conveniente o Poder Público abrir mão da execução da intervenção em prol da transferência de controle para os financiadores do concessionário.

É também importante constar disposição que diga claramente que a realização da intervenção não desonera o parceiro privado de todos os seus compromissos com os seus financiadores. O objetivo desse dispositivo seria, por um lado, proteger os financiadores de riscos que eles não conseguem gerenciar, de maneira a evitar aumento de remuneração por conta da atribuição de riscos que eles não conseguem gerenciar<sup>228</sup>. Perceba-se que, nas situações

---

<sup>226</sup> Veja-se que, nesse processo, foi necessário a capitalização pela Eletrobrás dos seus créditos contra a CEMAR (o que requereu aprovação de uma Medida Provisória, especificamente a de nº 181/2004) e refinanciamento das suas dívidas a juros abaixo de mercado, para empresas na situação da CEMAR, como condição para resolver as situações emergenciais e abrir a possibilidade de haver interessados em adquirir o controle da empresa. Cf.: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/area2004181.pdf>

<sup>227</sup> Agradeço a Paulo de Meira Lins as discussões que tivemos sobre esse assunto.

<sup>228</sup> Ver sobre isso o item III.5.1.1 acima.

desse tipo, os financiadores são os mais interessados em achar uma solução para o problema do parceiro privado, pois como em regra a garantia principal dos financiamentos de projetos desestatizados são as receitas futuras geradas pelo próprio projeto<sup>229</sup>, um eventual rompimento do contrato de concessão comum ou PPP por descumprimento pelo parceiro privado significa perda da principal garantia dos financiadores.

É preciso, ademais, que seja dada a Administração Pública a liberdade de utilizar receitas do parceiro privado para cobrir eventuais despesas decorrentes do próprio processo de intervenção (pagamento da contratação emergencial de terceiros para assessorar na intervenção e outros tantos custos que decorram da intervenção), a faculdade de descontar de receitas futuras da concessionária as despesas que incorrer com o processo de intervenção, e a licença para executar a garantia de cumprimento de contrato justificadamente se achar cabível.

Cabe, por fim, uma palavra sobre o término dos processos de intervenção. Há três maneiras básicas para a cessação da intervenção: uma é a sua finalização com devolução do controle do parceiro privado àquele que o operava até a realização da intervenção; a segunda é a finalização por meio da extinção do contrato de desestatização, sendo decretada a sua caducidade, ou encampação; a terceira é a transferência do controle a um terceiro, seja por meio do exercício pelos financiadores dos “step in rights”, seja por venda a terceiros, em processo estruturado pelo Poder Público, com anuência do então controlador.<sup>230</sup> É importante que o contrato de desestatização permita qualquer uma dessas formas de extinção da intervenção.

Perceba-se que a Lei de Concessões (art. 34, da Lei 8.987/95) exige que, uma vez cessada a intervenção, se não for extinta a concessão a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

### III.8.2. Assunção de controle pelos financiadores (os “step in rights”)

Em vista do direito de assunção do controle da concessionária pelos financiadores ser bastante novo no ordenamento jurídico brasileiro, achamos por bem, antes de passarmos propriamente às recomendações do que deve estar contido no contrato de concessão comum ou PPP sobre esse tema, fazer uma explicação do seu sentido e uso. É o que faremos nos itens a seguir.

#### III.8.2.1. *Explicando o direito de assunção de controle pelos financiadores a partir da estrutura de financiamento de projeto*<sup>231</sup>

Introduziu-se – para as Parcerias Público Privadas em sentido estrito, por meio do art. 5<sup>a</sup>, § 2<sup>a</sup>, I, da Lei 11.079/04, e, mais tarde, também para as concessões em geral, por alteração realizada na Lei 8.987/95, pela Lei 11.196/05, que incluiu os parágrafos 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup>, no seu artigo 27 – instituto desconhecido na tradição do direito administrativo brasileiro: o direito de assunção de controle (*step-in right*) do financiador.<sup>232</sup>

Trata-se, em suma, da possibilidade de assunção do controle de uma sociedade concessionária pelos seus financiadores em caso de inadimplência com o Poder Público, ou com os próprios financiadores, com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

Vale dizer que, mesmo antes de 2005, quando não havia permissão legal para realização da transferência de

<sup>229</sup> Ver item III.7.2. acima, sobre *Project finance*.

<sup>230</sup> No caso da CEMAR, foi feito um processo de venda estruturada a terceiros no qual o interventor, juntamente com a agência reguladora, realizaram chamada pública de interessados, fizeram qualificação econômico-financeira, e julgaram proposta técnico-financeira para a reestruturação da empresa e volta a normalidade operacional.

<sup>231</sup> Esse item e seus subitens foram elaborados tomando por base o texto dos itens V.12 e seguintes, do (*Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*). Lucas Navarro Prado, co-autor conosco da livro de Comentários à Lei de PPP, não tem responsabilidade pelas alterações que foram introduzidas no presente texto. O leitor perceberá que esse item e seus subitens de certa maneira repetem a estrutura e idéias já expostas no item III.7 e seguintes. Achamos por bem manter a repetição em vista da necessidade de conectar o tema do direito de entrada dos financiadores com a estrutura de financiamento sob a modalidade de *project finance*.

<sup>232</sup> Conforme o art. 5<sup>a</sup>, § 2<sup>a</sup>, 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 § 1<sup>a</sup>, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995.

controle para financiadores, já era comum constar dos contratos de financiamento, de concessões ou outros, o direito dos financiadores assumirem o controle da concessionária em caso de inadimplemento do contrato de financiamento, ou descumprimento grave de qualquer das suas cláusulas, especialmente aquelas que impõe limites relativos à condução da vida financeira da concessionária, o que se chama, na linguagem do mercado financeiro, *financial covenants*.<sup>233</sup>

Todavia, esses contratos<sup>234</sup> 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, por conta de exigência de qualificação técnica, nos moldes da havida na licitação para o projeto.

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 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.

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.

O segundo esclarecimento é que não se trata de um 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.<sup>235</sup>

No caso da assunção de controle do concessionário por financiadores, há um risco de continuidade do serviço, e a transferência é feita para os financiadores do próprio projeto, que são aqueles que, ao lado dos usuários e da Administração Pública mais perderiam com eventual quebra da continuidade do serviço e conseqüente término do contrato de concessão comum ou PPP. Por isso, o regime aplicado a essa transferência de controle é especial, menos rigoroso em vários aspectos do que as transferências ordinárias de controle, porque a circunstância, o contexto em que é feita, e aqueles que recebem o poder de controle têm, neste momento, interesses muito alinhados com os da Administração Pública e dos usuários, em relação à garantia da continuidade da prestação adequada do serviço.

Para vislumbrar a importância do instituto, é necessário compreender como se costuma estruturar o financiamento de uma sociedade concessionária. Para isso, remetemos o leitor aos itens III.7.2 e seguintes deste livro que explicam sumariamente como se realizam os financiamentos sob a modalidade de *project finance*.

### *III.8.2.2. Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do financiador*

Considerando que a grande maioria dos projetos de concessão comum ou 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

<sup>233</sup> Por exemplo, a exigência que a concessionária mantenha uma determinada relação dívida consolidada/EBTDA.

<sup>234</sup> Ou quaisquer outras avenças cujo objeto ou efeito fosse a transferência de controle.

<sup>235</sup> 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 (Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007), item IX.1.

Poder Público por inadimplemento.

O direito de assunção de controle representa a última oportunidade conferida aos financiadores para salvamento financeiro do projeto com desempenho 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.

### *III.8.2.3. 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 a Administração Pública 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.<sup>236</sup> 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.

Aliás, considerando as dificuldades econômicas e operacionais da concessionária, ante o pressuposto de que o direito de assunção de controle apenas poderá ser exercido quando for necessária sua reestruturação financeira ou da atividade de prestação de serviços, 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.

Cumpre 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.<sup>237</sup>

---

<sup>236</sup> 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.

<sup>237</sup> 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 concorrência, especialmente nos casos em que não houver um regulador forte. Todavia, questões concorrenciais e regulatórias extrapolam o foco de análise deste trabalho.



Por fim, pode-se afirmar que Poder Público e financiador têm interesses convergentes: o sucesso da SPE.<sup>238</sup> 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.<sup>239</sup>

#### *III.8.2.4. 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 despcienda 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

---

<sup>238</sup> 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.”

<sup>239</sup> 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 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 infraestrutura mais importantes do país. Nesse caso, por se tratar de banco público, presume-se com mais razão que o interesse público será resguardado.

reavaliar os requisitos de habilitação para prestação do serviço.<sup>240</sup> 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, e nos §1º e 2º, do art. 27, da Lei 8.987/95, 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 dos dispositivos da Lei de PPP e da Lei de Geral de Concessões 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.<sup>241</sup>

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.

#### III.8.2.4.1. Capacidade técnica

De fato, exigir de instituições financeiras a comprovação da capacidade técnica tal qual aquela demandada no 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,<sup>242</sup> 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 modifique a qualificação técnica para executar o contrato.

Assim, a assunção de controle pelo financiador em nada prejudica a capacidade de prestação do serviço. Ao

<sup>240</sup> Isso deixando-se, por ora, ao largo a discussão sobre a viabilidade jurídica da transferência de concessão.

<sup>241</sup> 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.

<sup>242</sup> 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.

contrário, pode até mesmo melhorá-la, na medida em que um novo controlador consiga impor maior eficiência à administração da SPE.

#### III.8.2.4.2. *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. 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.<sup>243</sup>

O objetivo de se verificar a idoneidade financeira de uma empresa participante de uma licitação 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.<sup>244</sup>

Novamente, numa situação típica de exercício da assunção do direito de controle pelo financiador, não há qualquer ampliação do risco de prestação inadequada do serviço imputável ao exercício dessa prerrogativa, pois, uma vez constituída a SPE, há que se presumir que os recursos financeiros necessários à consecução do projeto se encontram à sua disposição.

#### III.8.2.4.3. *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 nem pela Lei 11.079/2004, nem pela Lei 8.987/95.

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 ou concessão comum. 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.

#### III.8.2.5. *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, de maneira que se aplica ao caso o art. 27 da Lei 8.987/1995, em sua integralidade.

Por isso, enquanto na assunção do controle pelo financiador 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, na sua saída, não há qualquer exceção. Portanto, no momento da transferência do controle pelo financiador será necessariamente requerida a comprovação de capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal daquele que receber o controle

<sup>243</sup> Já notamos isso, no item II.4.2, acima, quando tocamos no tema de entrantes do setor financeiro em licitações nos setores de infraestrutura.

<sup>244</sup> 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.

da SPE.

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. 27<sup>245</sup> 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.

### III.8.2.6. Sucessão nas obrigações do controlador

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.<sup>246</sup>

Como exemplos, nos contratos de concessão celebrados com a Ferrovia Novoeste S/A e a FERROBAN – Ferrovias Bandeirantes S/A,<sup>247</sup> os controladores – que, inclusive, assinaram como intervenientes nos contratos – assumiram obrigações em nome próprio. No contrato com a FERROBAN<sup>248</sup> 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

<sup>245</sup> 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.

<sup>246</sup> 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.

<sup>247</sup> Os referidos contratos podem ser obtidos no sítio eletrônico da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, cujo endereço é [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br).

<sup>248</sup> 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.”

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 11.196/2005) do art. 27 implica apenas o dever de o controlador enviar 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,<sup>249</sup> 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.

### *III.8.2.7. 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,<sup>250</sup> 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.<sup>251</sup>

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

<sup>249</sup> 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.

<sup>250</sup> 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, (Justen Filho 2005).

<sup>251</sup> 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).

omissão como ponto fraco da lei,<sup>252</sup> 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*<sup>253</sup> inglês tem arrebanhado seguidores de 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.<sup>254</sup>

Essas notas sobre as dificuldades e desconfianças que cercam o direito de assunção de controle do financiador vêm a propósito de afirmar que implementá-lo 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.<sup>255</sup>

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)<sup>256</sup> e usar a *ratio* por trás dessa admissão para justificar a alienação do controle da SPE pelo financiador que tenha assumido seu controle.

Se é 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 porque negar a possibilidade de transferir controle de SPE em PPP e concessão comum,<sup>257</sup> 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.

### III.8.2.7.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.946

Na ADI 2.946, 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,

<sup>252</sup> Cf.: (J. E. Pinto 2003); e (Borges and Pasin 2003).

<sup>253</sup> 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.: (Ribeiro e Prado, Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007), “Introdução”, item I.2.

<sup>254</sup> 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 2004), disponível em [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/dpi/gpr/doc/2004/com2004\\_0327pt01.doc](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/dpi/gpr/doc/2004/com2004_0327pt01.doc).

<sup>255</sup> 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.

<sup>256</sup> 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.

<sup>257</sup> 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.

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 CF<sup>258</sup> 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.<sup>259</sup> 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; (...).”<sup>260</sup>

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

<sup>258</sup> 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”.

<sup>259</sup> 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.

<sup>260</sup> 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.

#### *III.8.2.8. 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 concessão comum ou 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.

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,<sup>261</sup> por meio da realização da intervenção.

#### *III.8.2.9. O que é importante incluir no contrato de concessão comum ou PPP em relação ao direito de assunção do controle pelos financiadores*

Delineados nos itens acima os contornos do direito de assunção do controle pelos financiadores e os aspectos mais controversos da sua disciplina legal, resta, neste ponto, apenas elencar o que é importante constar do contrato de concessão comum ou PPP:

- (a) disposição que dê amplo direito ao financiador de assumir o controle do parceiro privado, tanto em caso de descumprimento do contrato de financiamento, quanto no caso de descumprimento do contrato de concessão;
- (b) disposição que consubstancie autorização da Administração Pública para que a assunção do controle se realize tanto quanto possível automaticamente, nos casos acima mencionados, havendo obrigação, entretanto, do financiador informar a Administração de qualquer ato ou comunicação que envolva a intenção ou o exercício da assunção do controle pelo financiador;
- (c) disposição que dê flexibilidade ao financiador e ao parceiro privado para escolherem qual a melhor configuração jurídico-contratual do direito de assunção do controle pelo financiador, e flexibilidade ao financiador sobre a melhor forma de exercer esse direito;
- (d) obrigação da Administração Pública informar aos financiadores os descumprimentos pelo parceiro privado do contrato de concessão comum ou PPP;
- (e) obrigação do parceiro privado incluir nos seus contratos com os financiadores a obrigação dos financiadores informarem à Administração Pública o descumprimento dos “*covenants*” financeiros dos contratos de financiamento, ou quaisquer outras cláusulas que possam dar margem a eventual exercício do direito de

<sup>261</sup> 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.



- assunção de controle pelos financiadores;
- (f) condições claras para, após assunção do controle pelos financiadores, transferência do controle para terceiros. Conforme mencionado acima, será preciso para tal transferência aprovação pela Administração Pública, da capacidade financeira, técnica e regularidade jurídica e fiscal do adquirente do controle;
  - (g) Conste do contrato que a responsabilidade da SPE pelo cumprimento do contrato e pelos atos que praticou permanece intocada pela transferência do seu controle, mas que os financiadores não são sucessores, e estão desonerados de assumir qualquer responsabilidade dos anteriores acionistas ou decorrente de atos praticados pelos acionistas anteriores da SPE.

### III.8.3. Procedimento para solução de controvérsias: mediação e arbitragem

O tema desse ponto é a estrutura e processo para solução dos eventuais conflitos decorrentes do contrato de concessão comum ou PPP. Vamos tratar desse tema em dois tópicos. O primeiro sobre a estrutura para mediação de conflitos. O seguinte sobre a utilização de arbitragem.

#### III.8.3.1. A mediação

A mediação é o mecanismo mais simples para solução de controvérsias decorrente de uma relação jurídica entre as partes. Consiste na formação de uma comissão de natureza técnica com membros da Administração Pública, do parceiro privado, e, às vezes pessoas externas indicadas pelos representantes das partes, com o objetivo de analisar e propor uma solução para conflitos havidos na execução do contrato.

Trata-se de um procedimento que deve ser simples, pouco burocrático e rápido. Questões menores são solucionadas através dela. Em relação às questões maiores, a mediação pode funcionar como uma instância preparatória para o que será levado a arbitragem.

Em relação ao procedimento de mediação, o que importante constar do contrato de concessão comum ou PPP é o seguinte:

- (a) que a mediação é de uso opcional pelas partes;
- (b) quem compõe a comissão de mediação, e como ela é formada;
- (c) limite das questões que podem ser decididas pela comissão. Aconselhamos que seja qualquer questão técnica ou econômico-financeira relativa ao contrato;
- (d) os prazos para formação da comissão e para tomada de decisões. Como se trata de procedimento simplificado para a solução de conflitos, o prazo total, desde a sua instauração até a decisão final, deve durar menos que 120 dias;
- (e) quem arca com as despesas decorrentes do funcionamento da própria comissão, que geralmente é o parceiro privado, com exceção da remuneração dos membros da comissão que representam a Administração Pública, que tem sua remuneração realizada pela Administração.

#### III.8.3.2. A aplicação da arbitragem<sup>262</sup>

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 partes<sup>263</sup> possam decidir as questões

---

<sup>262</sup> Nesta rubrica, utilizamos como base para o texto o livro (Ribeiro e Prado, *Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos 2007*), item XI.4. Lucas Navarro Prado co-autor conosco do *Comentários à Lei de PPP* não tem qualquer responsabilidade pelas alterações que realizamos nesse texto.

<sup>263</sup> E não membros do Judiciário, cujo cotidiano é, em regra, alheio às peculiaridades dos contratos administrativos em geral, e em especial dos de concessão.

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.<sup>264</sup>

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.<sup>265</sup> No Estado do Rio de Janeiro, precursor neste assunto, a Lei 1.481, de 21.7.1989,<sup>266</sup> 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.<sup>267</sup> Em relação às empresas estatais, o STJ, em outubro/2005, decidiu, no REsp 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.<sup>268</sup>

<sup>264</sup> 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 implantaram tais mudanças.

<sup>265</sup> Por todos, cf. Caio Tácito, *Temas de Direito Público*, vol. 3, pp. 83-88.

<sup>266</sup> 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).

<sup>267</sup> 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 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 transacional, 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).

<sup>268</sup> 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

A Lei de PPP e a reforma realizada em 2005 na Lei de Concessões, ao preverem expressamente o uso da arbitragem nos contratos de PPP e concessões comuns, resolveram a controvérsia em relação a esses tipos de contrato, no que toca à possibilidade de utilização de arbitragem 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. 1<sup>a</sup> 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.<sup>269</sup> 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 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.<sup>270-271</sup>

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

---

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 § 2<sup>o</sup> 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”.

<sup>269</sup> 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.

<sup>270</sup> 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.

<sup>271</sup> 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*.

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 à equação econômico-financeira do contrato torna a questão da quebra do equilíbrio e dos valores envolvidos na sua recomposição 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 no livro de Comentários à Lei de PPP, por ocasião das notas ao art. 4º, VI, e art. 5º, III, da referida Lei, é possível reequilibrar o contrato não só de PPP, mas de desestatização de serviço público em geral, 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 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.

### *III.8.3.2.1. O que é importante constar do contrato de concessão comum e PPPs em relação à arbitragem*

É importante constar do contrato de concessão comum ou PPP o seguinte, em relação à arbitragem:

- a) obrigação de resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia oriunda do contrato de concessão comum ou PPP;
- b) escolha se possível de regras de câmara de reputação indiscutível para reger o procedimento de arbitragem. Se se espera o envolvimento no projeto de empresas internacionais, é interessante, para aumentar a credibilidade do projeto, a escolha de câmaras internacionais de arbitragem;
- c) por conveniência para os agentes públicos envolvidos no projeto, é interessante que o contrato estabeleça que a arbitragem seja conduzida na cidade onde tem sede o projeto;
- d) que a arbitragem será sempre em língua portuguesa, porque isso é exigência legal;
- e) que a arbitragem será regida pela Lei Brasileira, pois isso também é exigência legal;

- f) autorização para as partes pedirem, ao órgão judiciário competente, eventuais medidas que sejam necessárias antes da constituição da corte de arbitragem. Se a corte já estiver constituída, essas solicitações deverão ser apreciadas pela corte;
- g) previsão que a sentença da arbitragem será definitiva e que vinculará todas as partes e seus sucessores;
- h) previsão de que a parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todos os custos decorrentes do uso da arbitragem, incluindo os honorários dos árbitros.

### III.9. A extinção do contrato de concessão comum e PPPs

Há basicamente seis casos de extinção de contrato de concessão comum ou PPP, que são as seguintes:

- i. término do prazo do contrato;
- ii. encampação, que é a forma de extinção prematura do contrato de concessão comum ou PPP, por decisão política;
- iii. caducidade, que ocorre por iniciativa da Administração no caso de descumprimento relevante do contrato pelo parceiro privado;
- iv. rescisão, que ocorre por iniciativa do parceiro privado, no caso de descumprimento relevante do contrato pela Administração Pública;
- v. anulação, para o caso de contrato inválido, seja por vícios no processo da sua celebração, ou no seu conteúdo;
- vi. ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do Contrato;
- vii. falência ou extinção da empresa concessionária.

#### III.9.1. As principais preocupações nos casos de extinção dos contratos de concessão comum e PPPs

No que toca à extinção dos contratos de concessão comum ou PPP, três preocupações principais devem nortear a tarefa de sua redação:

- (a) proteger a continuidade da prestação dos serviços, regrando, para tanto, a transferência da responsabilidade pela prestação para a Administração Pública, e, particularmente, a transferência, em condições funcionais adequadas, dos bens indispensáveis à continuidade do serviço;
- (b) proteger o retorno do investidor, nos casos em que a extinção do contrato se dê por ato da Administração Pública, que não se baseie em inadimplência do parceiro privado, como, por exemplo, a encampação ou a rescisão do contrato;
- (c) proteger o pagamento da dívida, em todos os casos de extinção prematura do contrato.

A preservação da continuidade da prestação do serviço é decerto o mais importante desafio no caso de extinção dos contratos, especialmente porque nesse momento ocorre uma mudança de titularidade da prestação do serviço, do parceiro privado para a Administração Pública.<sup>272</sup> Isso é especialmente difícil porque requer à Administração montagem de equipe adequada para dar continuidade aos serviços prestados pelo parceiro privado, o que, considerando as regras incidentes sobre a Administração Pública, nem sempre é tarefa fácil ou rápida. É importante, por isso, que nesse momento delicado para a prestação dos serviços o parceiro privado tenha a obrigação de cooperar e praticar os atos necessários a minimizar as dificuldades para que Administração Pública assuma a prestação do serviço.

Em casos de extinção prematura do contrato, com ou sem culpa do parceiro privado, é importante proteger o pagamento da dívida. Já mencionamos acima<sup>273</sup> que, dos recursos necessários para o financiamento dos projetos, a maior parte é obtida sob a forma de dívida, no mercado bancário comercial, em agências de desenvolvimento (BNDES, BID, IFC, CAF, etc.), ou no mercado de capitais (por meio, por exemplo, da emissão de debêntures ou securitização de receitas futuras, por exemplo, como a montagem de um FIDC – Fundo de Investimento em Direitos Creditórios). Ora, a

---

<sup>272</sup> No marco legal, a transferência da operação dos serviços está tratada de forma extremamente sucinta nos parágrafos 2º e 3º, do art. 35, da Lei 8.987/95. Há, entretanto, outros dispositivos sobre o assunto nas disposições finais e transitórias da Lei, que se aplicam apenas aos contratos de concessão que já existiam quando da entrada em vigor da Lei 8.987/95, e, por isso, estão ao largo do objeto desse livro.

<sup>273</sup> Ver item III.7.2 acima.

disponibilidade e os custos desses recursos dependem das proteções dadas aos financiadores, especialmente contra riscos que eles não conseguem gerenciar. Quanto maior os riscos transferidos para os financiadores que eles não têm como gerenciar, mais caro eles cobrarão pelo financiamento (para calibrar adequadamente a relação risco/retorno), e mais caro sairá para os usuários do serviço e para a Administração Pública a implantação do projeto. Por isso, como já falamos com mais vagar no item III.7.1 acima, é do interesse da Administração Pública e dos usuários do serviço a proteção dos financiadores de riscos que eles não conseguem mitigar.

O risco de extinção prematura do contrato é, sem dúvida, um dos riscos que os financiadores não têm como mitigar. Nos casos de encampação, rescisão, força maior, caso fortuito e anulação a incapacidade dos financiadores de controlar a ocorrência dos eventos causadores da extinção do contrato é óbvia, pois se devem a atos da Administração ou fora do controle das partes. Já nos casos de caducidade, também os financiadores não conseguem controlar os atos do parceiro privado. Contudo, eles possuem a possibilidade de exercer os *step in rights*, para assumir o controle do parceiro privado. Evidentemente, a proteção integral da dívida, neste caso, reduz o incentivo ao exercício dos *step in rights*. Todavia, não faz sentido os financiadores serem penalizados por terem decidido não exercer os *step in rights*. Como já dito no item III.8.2 acima e nos seus subitens, os *step in rights* devem ser pensados como uma garantia adicional, que beneficia não só o financiador, mas também o Poder Público e os usuários. Todavia, os *step in rights* não deixam de ser um direito (e não um dever) do financiador.

Seguindo o mesmo fundamento da proteção aos financiadores no caso de término prematuro do contrato, é preciso proteger os investidores do parceiro privado (os detentores de participação acionária), no caso de encampação e rescisão do contrato. Nessas duas hipóteses a extinção se dá por decisão política ou por descumprimento do contrato pela Administração. É preciso, por isso, nestes casos, garantir não apenas o ressarcimento dos valores investidos e não amortizados, mas também as expectativas de retorno dos investidores, de maneira que eles não sejam penalizados pela inadimplência da Administração, ou pela antecipação do término do contrato por razões de natureza política.<sup>274</sup>

### III.9.1. A rescisão do contrato e a exigência de operação do serviço pelo parceiro privado até sentença transitada em julgado

O artigo 39, parágrafo único, da Lei 8.987/95, dispõe:

*“Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.*

*Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.”*

O parágrafo único do art. 39, da Lei 8.987/95, estipula que, em caso de requerimento de rescisão do contrato pelo parceiro privado, em virtude do descumprimento do contrato pela Administração Pública, o parceiro privado deve manter a continuidade da prestação do serviço até sentença transitada em julgado, que decreta a rescisão do contrato.

Em primeiro lugar, note-se que, atualmente, geralmente, os contratos de concessão prevêem a obrigatoriedade de utilização da arbitragem, de maneira que essa decisão fatalmente deveria ser dada por uma corte arbitral. De qualquer modo, ainda que se considere que as cortes arbitrais são amiúde muito mais rápidas do que o Judiciário, não é razoável exigir que o parceiro privado continue a prestação do serviço indefinidamente até que haja uma sentença transitada em julgado.

Isso é especialmente sem sentido quando se considera que esse dispositivo se aplica também às concessões administrativas e patrocinadas, nas quais o motivo para a rescisão pode ser exatamente a inadimplência da Administração relativa à suas obrigações de pagamento da contraprestação pública.

Imagine-se que a Administração Pública suspenda desmotivadamente o pagamento da contraprestação pública em uma concessão administrativa para investimento e operação de um hospital de emergência. A descontinuidade do serviço neste caso pode certamente levar a morte de usuários, e é evidente que deve ser uma prioridade a preservação da continuidade dos serviços.

Contudo, não faz sentido exigir que o parceiro privado continue arcando com os custos do hospital até sentença transitada em julgado. Mesmo por meio de arbitragem é natural que um processo de rescisão desse tipo demore em

---

<sup>274</sup> Perceba-se, entretanto, que, para investidores internacionais, já há no mercado seguros específicos para riscos políticos, inclusive para as diversas formas de descumprimento de contrato, incluindo o não pagamento por serviços, ou atraso ou não pagamento de indenizações, nos moldes, por exemplo, dos seguros oferecidos pela MIGA.

torno de seis meses. Não faz o menor sentido exigir-se que o parceiro privado arque com os custos de operação do hospital até que a situação seja resolvida, mesmo porque a depender do caso, o parceiro privado simplesmente não teria condições de fazê-lo, e geraria uma situação de descontinuidade por incapacidade financeira, com consequências gravosas para o parceiro privado e para os usuários.

Portanto, nos parece perfeitamente razoável, que, comprovada a inviabilidade de manter a prestação dos serviços pelo prazo necessário para a decretação da rescisão do contrato, deve ser concedido liminarmente ao parceiro privado a possibilidade de, em data programada e, mediante transferência da operação dos serviços para a Administração Pública, cessar ou suspender a prestação dos serviços.

### III.9.2. As indenizações aos financiadores e investidores e o artigo 36, da Lei 8.987/95

O artigo 36 da Lei 8.987/95 estabelece o seguinte:

*“Art. 36. 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.”*

O artigo 36 diz que a reversão dos bens no advento do termo contratual se fará com 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.

Essa regra deve ser interpretada como um piso, como uma proteção mínima do parceiro privado, caso o contrato não preveja regra de indenização específica. Nada impede, portanto, que sejam estabelecidas no contrato outras indenizações com o objetivo de dar-lhe proteção adequada, considerando as peculiaridades do projeto, especialmente para os casos de extinção do contrato por decisão ou em virtude de ações da Administração Pública, como, por exemplo, os casos de encampação e de rescisão dos contratos.

Como já dissemos acima<sup>275</sup>, ao proteger os financiadores e também os investidores de riscos que eles não conseguem gerenciar, a tendência é que eles reduzam o prêmio pelo risco de investir nos projetos de concessão comum ou PPP, de maneira que o usuário e a Administração Pública paguem mais barato pela implantação e operação dos projetos.

### III.9.3. A discussão sobre o momento da indenização ao parceiro privado

Uma discussão relevante para a modelagem do contrato de concessão comum ou PPP é saber se é, ou não, viável o condicionamento da assunção do serviço pelo Poder Público ao prévio pagamento das indenizações cabíveis ao parceiro privado, no caso de extinção do contrato.

O nosso entendimento é que o contrato pode condicionar a assunção dos serviços pelo Poder Público ao pagamento das indenizações.

Se pode o Poder Público conceder o serviço, se pode o Poder Público prorrogar o contrato (muitos contratos permitem a sua prorrogação), e estabelecer as condições de sua extinção, porque não poderia o Poder Público estipular no contrato as condições de assunção do serviço, quando da extinção do contrato? Sem dúvida, está dentro da liberdade de disposição do Poder Concedente pela via contratual a estipulação das condições da assunção do serviço pelo Poder Público, quando da extinção do contrato, ou se preferirem usar uma linguagem mais da teoria geral do direito: o contrato pode reger as condições da eficácia da sua extinção, condicionando a transferência da operação dos serviços ao prévio pagamento pelo Poder Público das indenizações cabíveis ao parceiro privado.

Observe-se que entendimento oposto, na prática, deixaria o parceiro privado em mãos do Poder Público, que poderia assumir a prestação do serviço sem indenizar o parceiro privado. Isso é grave nos casos em que há cláusula arbitral no contrato, e muitíssimo grave nos casos em que não há cláusula arbitral. É que se não houver cláusula arbitral no contrato, o parceiro privado terá que se socorrer do Judiciário para obter essas indenizações depois de ter já perdido a operação do serviço. Nesta posição, seu poder de barganha será absolutamente nenhum, e fatalmente ele terá que entrar com ação e levá-la até as últimas instâncias para depois, em qualquer caso, com ou sem arbitragem, obter posição na fila dos precatórios, torcendo para que um dia, muitos anos depois do contrato extinto, ter as suas indenizações pagas.

Ao contrário do que se costuma pensar, uma situação desse tipo não fica impune nem para o Poder Público, nem para o usuário do serviço. Ciente de que há esse tipo de risco, o parceiro privado tem incentivos para suspender os

---

<sup>275</sup> Ver item III.7 acima.

novos investimentos, ou minimizá-los já nos últimos anos de contrato, com risco para a qualidade e continuidade da prestação do serviço. Portanto, é do interesse do Poder Público e dos usuários que as indenizações sejam adequadamente pagas antes da assunção dos serviços pelo Poder Público.

Quanto ao marco legal sobre esse assunto, a nossa posição é que as suas normas são dispositivas, aplicando-se apenas se não houver norma contratual que estabeleça o contrário.

É forçoso notar que uma parte da escassa jurisprudência sobre esse assunto, apesar de não dizê-lo claramente, considera que as normas legais sobre o tema são de ordem pública – extraindo, pois, como consequência que tais normas não poderiam ser objeto de disposição contratual. Dizemos isso porque, em alguns casos, apesar de haver no contrato cláusula que estabelecia a obrigação do Poder Público pagar as indenizações antes de assumir a prestação do serviço, a decisão foi de ignorar a cláusula, transferir a prestação do serviço imediatamente para o Poder Concedente, e deixar que o parceiro privado vá a busca da indenização pelas vias ordinárias.<sup>276</sup>

Creemos, entretanto, que essa posição é um equívoco, pois, como já mencionamos acima, se o Poder Público pode dispor sobre o mais (realizar a concessão, prorrogar o contrato, alterar o contrato etc.), pode dispor sobre menos (condições de extinção do contrato, de transferência do serviço, e momento da indenização em relação à assunção da operação serviços).

Quanto ao momento da indenização ao parceiro privado, nas situações em que não há cláusula contratual específica sobre o assunto, a jurisprudência, apesar de ainda dividida, caminha no sentido de exigir a indenização prévia apenas para o caso de extinção do contrato por encampação, e deixando que a indenização ocorra *a posteriori* em todas as demais hipóteses de extinção<sup>277</sup>. Esse entendimento se baseia em interpretação do art. 37, da Lei 8.987/95, que diz:

*“Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”*

Os julgados em regra focam atenção na expressão “...após prévio pagamento de indenização...” para interpretar que a exigência de pagamento prévio se restringe ao caso de encampação, e que não incidiria nas demais hipóteses de extinção.

Mesmo em relação ao caso da extinção por advento do termo contratual, para o qual há dispositivo específico (parágrafo 4º, do art. 35, da Lei 8.987/95) – dizendo que “...o Poder Concedente antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária...” – a jurisprudência tem consolidado o entendimento de que não é exigida a indenização ao parceiro privado prévia à assunção dos serviços. E isso apesar do artigo 36, da Lei 8.987/95 ser também explícito 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”**.

Esse dispositivo dá a entender, na nossa opinião, claramente, que a reversão, será feita mediante indenização; e não que a reversão independe temporalmente da indenização.

Note-se que a jurisprudência, tanto relativa à natureza de “ordem pública” das disposições legais sobre momento da indenização, quanto a relativa ao momento em si da indenização foi produzida, na sua grande maioria, em litígios entre Municípios, que são atualmente os titulares do serviço de águas e saneamento, e as companhias estaduais de águas e saneamento – que são empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais.<sup>278</sup>

<sup>276</sup> TJSP, Agravo de Instrumento nº 990.10.010714-3, cuja ementa é clara sobre esse assunto: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de manutenção de posse - Término do contrato de concessão de serviço público de saneamento básico realizado entre a SABESP e a Municipalidade de Iperó - Pedido de manutenção na posse com base no disposto no contrato, cláusula 15, §3º, que previa a continuidade da concessionária no exercício da concessão até o pagamento da indenização - Disposição contratual superada em face do art. 35, §§ 1º e 2º da Lei 8.987/95 - Correta r. decisão atacada, que reconsiderando outra proferida, indeferiu o pedido de liminar formulado pela SABESP - Revogação do efeito ativo concedido - Recurso desprovido.”(grifos nossos)

<sup>277</sup> Cf. entre outros: STJ, AgRg na SS n. 1307, rel. Min. Edson Vidigal; TJSC, AI n. 2006.000296-1, AI n. 2003.002752-1/000000, e Apelação Cível e n. 2009.038980-0; TJSP, Processo 661.755.5/6-01, 7ª Câmara de Direito Público; TJMG, AI n. 1.0105.04.117284-9/001.

<sup>278</sup> Perceba-se que, a rigor, esses contratos não caracterizam Desestatização, eis que se trata de acordo entre dois entes estatais, o Município, e a empresa pública ou sociedade de economia mista estadual prestadora do serviço. Além disso, note-se que ao decidir que a indenização será feita a posteriori da reversão, a jurisprudência lança inopinadamente, sobre os demais clientes da empresa estadual de saneamento, o ônus decorrente da demora do próprio Judiciário e do sistema de precatórios dos municípios devedores da indenização. É que, uma vez que a



Nessas situações, ao decidir que a indenização à companhia estadual de saneamento será feita *a posteriori* da reversão, a jurisprudência lança inopinadamente sobre os demais clientes da empresa estadual de saneamento o ônus decorrente da demora do próprio Judiciário e do sistema de precatórios dos municípios devedores da indenização. É que, uma vez que a companhia estadual é obrigada a transferir os bens reversíveis para um determinado Município sem recebimento imediato da indenização, são os seus demais clientes que terminam por pagar por essa conta, cobrindo, por meio de aumento de suas tarifas ou redução da qualidade dos seus serviços, eventuais rombos deixados por essas decisões.

Esses litígios entre Municípios e companhias estaduais de saneamento ocorrem em regra no advento do prazo de contratos ou convênios que, foram **celebrados antes da entrada em vigor da Lei 8.987/95, sem licitação e em uma situação em que a empresa estadual de saneamento era completamente monopolista** – pois, muitas vezes, não havia, especialmente para Municípios menores, a opção de organização autônoma do seu serviço de águas e saneamento, ou de concessão isolada à iniciativa privada. Nesses casos, o acordo, convênio, ou contrato era na prática uma imposição do Governo Estadual, por meio da sua empresa estatal, ao Município, na maioria das vezes no período ainda da ditadura militar. **Daí que é, de certa maneira compreensível, que os arestos não prestigiem o teor desses acordos, contratos e convênios produzidos em tais contextos.**

Situação muito diferente é a dos contratos de concessão comum ou PPP objeto desse livro, pois feitos pós Lei 8.987/95, e submetidos regularmente a licitação. Esses contratos em regra não chegaram ao seu termo, e, por isso, estamos ainda por ver como a jurisprudência se posicionará em relação às suas cláusulas que estabelecem o pagamento das indenizações ao parceiro privado prévio à assunção do serviço pelo Poder Concedente.

Mesmo no contexto acima descrito, há, entretanto, julgados que decidem pela exigência da indenização ao parceiro privado como condição para a assunção do serviço pelo Poder Público.<sup>279</sup>

#### III.9.4. Os bens reversíveis

O último tema que precisamos tratar é o dos bens reversíveis. Designa-se, por bens reversíveis, o conjunto de bens que (a) são indispensáveis para a continuidade da prestação do serviço; e que, por isso, (b) devem ser transferidos do parceiro privado para o Poder Concedente por ocasião da extinção do contrato de concessão comum ou PPP.

A preocupação fundamental em relação aos bens reversíveis é assegurar que eles retornem para o Poder Concedente ao final do contrato, de modo a garantir a continuidade da prestação dos serviços. Para isso é preciso:

- (a) Estipular quais são os bens reversíveis, e quais os controles e regime jurídico incidentes sobre eles ao longo do contrato de concessão comum ou PPP;
- (b) Prever claramente a que título esses bens devem ser possuídos pelo parceiro privado ao longo do contrato e a forma de sua transferência para o Poder Público. Isso envolve também disciplinar a possibilidade de oneração desses bens, especialmente com direitos reais de garantia.

Para lidar com essas preocupações, nas linhas a seguir, vamos primeiro descrever o parco regime legal existente sobre o tema e, depois, recomendar a inserção no contrato de concessão comum ou PPPs de disposições para suprir as lacunas e tornar mais robusto e racional o regime incidente sobre os bens reversíveis.

##### III.9.4.1. O regime legal dos bens reversíveis

A Lei 8.987/95 estabelece 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:*

*(...)*

*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;*

---

*companhia estadual é obrigada a transferir os bens para um determinado Município sem indenização imediata, os seus demais clientes que terminam por pagar por essa conta, cobrindo, por meio de aumento de suas tarifas ou redução da qualidade dos seus serviços eventuais rombos deixados por essas decisões.*

<sup>279</sup> Cf.: TJSC, AI n. 2005.029249-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Cid Goulart, j. 12/12/06; TJSP, AI n. 994.06.068565-0 (586.642.5/2-00), 8ª Câmara de Direito Público.

(...)

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

X - aos bens reversíveis;"

Até aí a Lei Geral de Concessão apenas assinala a necessidade de indicação dos bens reversíveis e das condições em que estes serão disponibilizados para o parceiro privado.

Há, contudo, nesta Lei também outras disposições com efeito normativo relevante sobre os bens reversíveis:

"Art. 35. (...)

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

(...)

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis."

"Art. 36. 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."

A Lei 8.987/95 estabelece, portanto, apenas o seguinte em relação aos bens reversíveis:

- (a) O direito da Administração Pública receber os bens reversíveis, uma vez extinta a concessão;
- (b) O direito da Administração Pública ocupar todas as instalações e utilizar os bens reversíveis; e,
- (c) O direito à indenização do parceiro privado pela Administração Pública das parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizadas ou depreciadas.<sup>280</sup>

#### III.9.4.2. O problema da caracterização de quais são os bens reversíveis e dos efeitos da reversibilidade

Como deve o contrato caracterizar os bens da concessão que são reversíveis?

O artigo 18, incisos X e XI, e o artigo 23, inciso X, da Lei 8.987/95 dão a entender que os contratos deveriam

---

<sup>280</sup> Esse conjunto de disposições sobre a reversibilidade dos bens não resolvem os seguintes problemas que são extremamente relevantes para a estruturação adequada de um contrato de concessão:

- I) Quais bens devem ser considerados reversíveis?
- II) Os bens reversíveis devem ser considerados bens públicos? Se sim, de que espécie de bem público? Bens públicos de uso especial?
- III) Os bens reversíveis podem ser gravados com direitos reais de garantia de terceiros, por exemplo, dos financiadores de sua aquisição?
- IV) A reversibilidade de um bem produz efeitos reais, ou seja vincula-se aos bens reversíveis tal qual a seqüela dos Direitos Reais, ou apenas produz efeitos no plano dos Direitos Obrigacionais?
- V) Se eventualmente a reversibilidade produz efeitos apenas no plano obrigacional qual é a consequência da eventual não devolução de bem reversível? Mera indenização? O artigos 35 e 36, da Lei 8.987/95, implicam em possibilidade de execução específica para obtenção do bem reversível?
- VI) E quando bem essencial à prestação do serviço não consta da lista de bens reversíveis que integra o contrato de desestatização, aplica-se a ele o regime da reversibilidade? Quais as suas consequências nesse caso? Há alguma diferença para o caso em que o bem consta da lista de bens reversíveis do contrato?
- VII) É viável que os bens reversíveis sejam de propriedade de terceiros ao longo da concessão, por exemplo a aquisição pelo parceiro privado de bem reversível financiado por meio de contrato de alienação fiduciária? E se isso for viável, como fazer no caso da extinção prematura do contrato de desestatização, quando a propriedade do bem ainda não foi transferida para o concessionário, ou em qualquer caso quando ainda subsiste o direito de garantia de terceiro que financiou a aquisição do bem pelo concessionário?

listar os bens reversíveis. E, de fato, isso seria o ideal.

Contudo, a realidade operacional dos setores de infraestrutura econômica e social (que são em regra definidos como serviço público) torna a mera enumeração dos bens reversíveis por demais ríscosa. É que, em primeiro lugar, é possível que no complexo processo de modelagem algum bem que deveria ser reversível, por erro, seja omitido na lista. Além disso, como os contratos de concessão comum ou PPP são amiúde contratos de longo prazo, com mais de dez anos de duração, é possível que, em vista da evolução técnica e tecnológica da prestação do serviço, a lista dos bens reversíveis deva ser modificada ao longo do contrato.

Por isso, cremos ser importante que (a) o contrato defina conceitualmente o que são bens reversíveis; e, (b) enumere exemplificativamente, mas com a precisão possível, aqueles que se enquadram neste conceito.<sup>281</sup>

É preciso, ademais, que haja flexibilidade para inclusão ou exclusão pelo Poder Público, ao longo dos processos de revisão contratual, de bens deste rol de bens reversíveis.

Note que os bens implicados na prestação de um determinado serviço público muitas vezes têm titularidade e se submetem a regimes de Direito Privado diferentes entre si. Observe-se, ademais, que o fato desses bens serem classificados ou denominados como bens reversíveis não afeta a sua titularidade, e muitas vezes, sequer afeta o regime de Direito Privado ao qual cada bem está submetido. Daremos exemplos disso a seguir, mas gostaríamos de logo enunciar o seguinte: exatamente porque a qualificação como reversível de um determinado bem não afeta o seu regime de Direito Privado é necessário que o contrato de concessão comum ou PPP estipule claramente as regras e limitações em relação ao regime de Direito Privado dos bens que são considerados reversíveis. Por exemplo, o contrato de concessão comum ou PPP deve regular a titularidade e as possibilidades de se onerar os bens reversíveis.

Em relação à titularidade e ônus incidentes sobre os bens originariamente recebidos pelo parceiro privado para iniciar a prestação dos serviços, há bens:

- (a) de uso comum, por exemplo uma rodovia, e, portanto, de propriedade da entidade governamental;
- (b) de uso especial e de propriedade da entidade governamental, utilizados, por exemplo, para repartição ou escritórios para o pessoal que faz a operação do serviço público;
- (c) dominicais, de propriedade da entidade governamental, por exemplo, terrenos lindeiros a um terminal portuário (em caso de concessão de porto), que possam ser utilizados para qualquer finalidade;
- (d) de propriedade da empresa estatal que operava o serviço, por exemplo, equipamentos, veículos etc., o que ocorre especialmente nos casos em que há privatização da empresa prestadora de serviço público, como ocorreu no setor de telecomunicações, com as empresas prestadoras do serviço de telefonia fixa comutado, mas também nos casos em que há transferência da prestação do serviço de uma estatal para um concessionário privado, sem privatização da empresa, por exemplo, os bens da RFFSA transferidos para os concessionários de ferrovias por meio dos contratos de arrendamento de ativos operacionais. Esses bens podem estar, ou não, onerados com direitos reais de garantia.

Além desses bens, o parceiro privado, para cumprir as obrigações de desempenho previstas no contrato, faz investimentos para uso de bens que são:

- (e) ou, de propriedade do parceiro privado, ou de propriedade de terceiros (por exemplo, de uma instituição financeira, no caso de *leasing*), que podem também estarem, ou não, onerados com direitos reais de garantia

---

<sup>281</sup> Já houve decisão judicial do TJSP (Apelação Cível n. 171.849-5/6) que se pronunciou sobre esse tema, tendo admitido, em exame das disposições da Lei 8.987/95 sobre o assunto, a validade de cláusulas genéricas, que não individualizavam os bens reversíveis. Veja-se a seguir o teor da cláusula que foi tida como válida.

*“15.1: No exercício de suas atividades, a concessionária utilizará todos os bens públicos atualmente vinculados aos serviços de água e esgotos, bem como os terrenos e servidões que, no futuro, a concedente venha a desapropriar ou estabelecer.*

*15.2: Encerrado o presente contrato, por qualquer motivo, todos os bens e instalações públicas utilizadas pela concessionária reverterão automaticamente ao Município de Kfairinque, São Paulo, bem como os bens, instalações e equipamentos acrescidos durante a vigência deste instrumento, em perfeitas condições de uso, conforme as diretrizes previstas neste contrato, ressalvado o desgaste por uso normal.*

*15.3: A reversão dos bens, instalações e equipamentos acrescidos durante a vigência deste instrumento implicará em indenização da concessionária pela concedente em montante igual ao valor indenizável do investimento, calculado com base no valor aí utilizado dos investimentos, deduzidas as depreciações praticadas durante o período de vigência da concessão. ”*

(alienação fiduciária, penhor, hipoteca, etc.).<sup>282</sup>

Desses bens, diversos serão substituídos ao longo do contrato, pois chegará o termo da sua vida útil, de maneira que a tendência natural é que, por conta desse processo de substituição dos bens, ao término do contrato de concessão comum ou PPP praticamente todos os bens a serem revertidos, ou pelo menos a maioria deles, serão de propriedade do parceiro privado ou de terceiros (e não do ente governamental ou da empresa estatal que operava o serviço antes da desestatização). Há situações, entretanto, em que os investimentos mais relevantes são em ativos de propriedade do Poder Público, por exemplo, no caso de uma concessão de rodovias, em que a maior parte do investimento é em restauração e ampliação de capacidade da rodovia, e, por isso, a se incorporam à rodovia, que é um de uso comum, que, portanto, nunca deixou de ser de titularidade da entidade governamental.

Os investimentos feitos pelo parceiro privado tanto na aquisição de novos bens, quanto na substituição de bens que lhe foram transferidos, ou ainda na melhoria de bens de propriedade da entidade governamental ou de empresa estatal tem que ser ou completamente amortizado (em regra, no caso de bens incorpóreos) ou completamente depreciado (geralmente no caso de bens corpóreos) ao longo do contrato, ou objeto de indenização quando da extinção do contrato, pelo valor não amortizado ou não depreciado. De qualquer modo, especialmente em relação aos bens reversíveis, é preciso haver acompanhamento pelo Poder Concedente da sua depreciação e amortização, eis que elas podem gerar indenizações ao final do contrato.

Quanto à possibilidade de oneração dos bens reversíveis de propriedade do parceiro privado com direitos reais de garantia dos financiadores da sua aquisição, ou compra de novos bens - que se tornem indispensáveis à prestação do serviço e, portanto, reversíveis – por meio de estruturas contratuais que não dão imediatamente ao parceiro privado a titularidade dos bens, como por exemplo, a alienação fiduciária em garantia, ou o *leasing*, parece-nos que a melhor forma de disciplinar essas situações é deixar a livre escolha do parceiro privado a definição da forma de aquisição dos bens necessários à prestação dos serviços, uma vez que o parceiro privado tem todo interesse de fazê-lo da forma mais eficiente. Quanto mais eficiente ele for, por exemplo, na negociação dos preços para obtenção dos bens, menor será o valor do investimento que ele terá que fazer.

Além disso, também para reduzir o valor do seu investimento, diminuir o prazo do seu “*pay back*”<sup>283</sup>, e/ou aumentar o seu retorno, o parceiro privado terá interesse em minimizar o impacto de curto prazo da aquisição de bens no fluxo de caixa do projeto. Isso o incentivará a financiar o projeto (principalmente equipamentos e demais bens) em prazos compatíveis com a sua vida útil. Supondo que a licitação será limpa, transparente e competitiva, a eficiência do parceiro privado em obter tais preços e financiamentos retornará para o usuário e o Poder Público, por meio de tarifas mais baixas, valor de contraprestação pública mais baixa, ou pagamentos pela outorga, ou pela compra da empresa mais altos.

Neste contexto, emerge preocupação com os casos em que o contrato se extinga antes da aquisição da propriedade desses bens pelo parceiro privado. Isso ocorre tanto em casos de extinção antecipada do contrato de concessão comum ou PPP (quando em curso ainda o pagamento de financiamentos que oneram bens muitas vezes essenciais para a prestação do serviço), quanto em casos em que o parceiro privado necessita fazer um investimento relevante para garantir a continuidade da prestação do serviço nos últimos anos de vigência do contrato – quando não há mais tempo para sua depreciação ou amortização no prazo do contrato.

No caso de extinção antecipada do contrato, a solução se dá pelo pagamento pelo Poder Concedente da indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas dos investimentos realizados para continuidade da prestação do serviço, pagamento esse que pode ser feito ao parceiro privado, ou diretamente aos seus financiadores. É importante que conste, pelo menos para o caso de caducidade, em que a indenização em regra não será prévia, a obrigação dos contratos do parceiro privado com terceiros preverem a obrigação de substituição automática do parceiro privado na sua posição contratual, sucedendo o Poder Público em todos os direitos e obrigações.

Já no caso do investimento relevante, não incluído originalmente no contrato entre os riscos do parceiro privado, e exigido pelo Poder Público, por qualquer motivo, no período final do contrato, há basicamente duas possibilidades: a primeira é acelerar a depreciação e/ou amortização para que elas correspondam ao prazo do contrato, quando isso for viável do ponto de vista das regras contábeis e tributárias. Mas, muitas vezes, isso, a juízo do Poder Concedente, não

---

<sup>282</sup> Na decisão do TRF, na Apelação Cível 2004.72.01.005445-5/SC, menciona-se que porque um determinado bem não era da propriedade da empresa estatal antes da desestatização, ele não poderia ser considerado bem reversível. Essa ilação é completamente equivocada. Vários bens comprados pela empresa privatizada prestadora de serviços públicos, se incorpora à prestação do serviço independentemente da sua titularidade.

<sup>283</sup> O prazo em que o lucro líquido acumulado da SPE se iguala ao valor do investimento inicial.

será conveniente, pois para que todo o investimento seja amortizado ou depreciado no curto período restante do contrato, certamente será necessário recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio de aumento relevante da tarifa, ou aumento do pagamento da contraprestação pública, redução relevante do pagamento pelo outorga, ou corte de outros custos – supondo-se, é claro, que não haverá aumento do prazo do contrato. A outra possibilidade é a realização desse novo investimento já com previsão de indenização pelo Poder Concedente, ou por novo concessionário, do montante não depreciado e não amortizado no final do contrato.

### III.9.5. O que o contrato de concessão comum e PPPs deve estabelecer sobre a extinção do contrato, indenizações, e a reversão de bens<sup>284</sup>

É indispensável constar do contrato o seguinte:

- a) Conceito rigoroso de bens reversíveis, enquanto bens necessários à continuidade do serviço, e lista não exaustiva, mas tão detalhada quanto seja viável de tais bens;
- b) Obrigação do parceiro privado solicitar autorização do Poder Concedente para alienação ou substituição dos bens reversíveis;
- c) Obrigação do parceiro privado solicitar autorização do Poder Concedente para a oneração de bens reversíveis, excepcionada a oneração consequente de financiamento obtido para a sua aquisição;
- d) Obrigação do parceiro privado incluir nos contratos que lhe garantem a posse e uso de bens reversíveis cuja a titularidade é de terceiros (excluindo-se para esse efeito os bens que são de titularidade do Poder Público), cláusula estabelecendo a cessão automática da sua posição contratual para o Poder Concedente, em caso de extinção antecipada do contrato de concessão comum ou PPP, sem prévio pagamento da indenização;
- e) Obrigação do parceiro privado cooperar com o Poder Concedente por ocasião do término do contrato para que a transferência da operação dos serviços ocorra sem riscos à continuidade da sua prestação;
- f) Possibilidade da Administração Pública fazer estudos e sondagens nos últimos anos da concessão para preparação de nova licitação, e possibilidade da Administração Pública autorizar terceiros, potenciais participantes da licitação a ter acesso a todas as informações sobre a prestação do serviço e todos os ativos, bens e equipamentos empregados na prestação, para avaliação e preparação de suas propostas em nova licitação de concessão comum ou PPP;
- g) Regra sobre as indenizações ao parceiro privado e aos seus financiadores em cada um dos casos de extinção do contrato:
  - 1) Como já mencionado no item III.9.2 acima, a indenização deve cobrir no mínimo o valor dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, deduzindo-se em cada caso os ônus financeiros incidentes sobre esses bens;
  - 2) Em todos os casos de rescisão antecipada, com exceção de falência da concessionária e caducidade, deve cobrir os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, contratados e terceiros em geral, inclusive honorários advocatícios, em decorrência do rompimento dos respectivos vínculos contratuais;
  - 3) Em todos os casos, a indenização deve cobrir o total (principal, juros e taxas) dos financiamentos obtidos pelo parceiro privado para cumprimento do contrato de concessão comum ou PPP, além das multas decorrentes desses contratos;
  - 4) Nos casos de encampação e rescisão, a indenização deve cobrir também as expectativas de retorno dos investidores até o final do contrato, isto é não só os seus danos emergentes consequentes da extinção antecipada, mas também os lucros cessantes;
- h) Previsão de possibilidade de pagamento direto das indenizações cabíveis do Poder Concedente aos financiadores, mediante apresentação, pelos financiadores, dos contratos com o parceiro privado que lhe outorgam esse direito;
- i) Obrigação do Poder Concedente, em todos os casos, realizar levantamento, apuração e pagamento do valor das indenizações prévio à assunção da operação dos serviços. Essa indenização poderá ser posterior à

---

<sup>284</sup> Para a enumeração do que deve estar contido no contrato de concessão, utilizamos como referência e ponto de partida para construção da lista de cláusulas, as disposições sobre o assunto constantes do Contrato de Concessão do Hospital do Subúrbio, que foi elaborado originalmente pela Manesco Advocacia, sob nossa supervisão, na condição de cliente.

- assunção dos serviços pelo Poder Concedente apenas nos casos de extinção por falência e por caducidade;
- j) Cláusula estabelecendo que em todos os casos de extinção, pagas as indenizações previstas no contrato, não deve restar para o Poder Concedente nenhuma responsabilidade sobre os empregados, contratados ou quaisquer outros entes ou pessoas relacionadas ao parceiro privado;
  - k) Previsão que será causa de caducidade: (1) a decretação, por sentença judicial transitada em julgado, de falência da Concessionária ou de sua condenação por sonegação de tributos ou corrupção; (2) descumprimento, pela Concessionária, da obrigação de proceder à reposição do montante integral da Garantia de Execução do Contrato, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da sua utilização pelo Poder Concedente; (3) o cancelamento, rescisão, não renovação da garantia; (4) perda ou redução de valor da garantia sem que seja repostos, no prazo de 30 (trinta) dias de notificação para tanto; (5) descumprimento, pela Concessionária, das obrigações de contratar ou manter contratados os seguros previstos no Contrato; (6) a prestação dos serviços em qualidade ou quantidade inferior ao pactuado – é conveniente estipular especificamente quais os níveis de descumprimento do contrato que autorizam a decretação da caducidade, e o período de tempo mínimo que tal descumprimento deve perdurar para isso, considerando as peculiaridades do serviço a ser prestado;
  - l) É preciso que o contrato expressamente exclua a possibilidade de decretação de caducidade por eventos que são risco do Poder Concedente, ou por eventos que caracterizem caso fortuito ou força maior;
  - m) O contrato de concessão comum ou PPP estabelecerá que a declaração de caducidade deverá ser precedida de verificação da inadimplência e de processo administrativo assegurado o direito de ampla defesa;
  - n) A decretação da caducidade deverá também implicar na execução da garantia de execução do contrato (se essa já não tiver sido executada), para ressarcimento dos danos causados ao Poder Concedente e compensar o descumprimento contratual.
  - o) Em caso de decretação de caducidade, o Poder Concedente poderá também reter pagamentos devidos ao parceiro privado e utilizá-los para indenizar danos causados pelo parceiro privado ao Poder Concedente, a sociedade, ou para pagamento das multas devidas, e receber e usar também para esses fins quaisquer pagamentos de seguros;
  - p) A possibilidade do parceiro privado requerer a rescisão do contrato em caso de descumprimento grave do contrato pelo Poder Concedente, que deve ser especificado em cada caso considerando as peculiaridades do setor e do projeto;
    - 1) Em relação à possibilidade da rescisão por descumprimento da obrigação de pagamento do Poder Concedente, é conveniente que o contrato preveja o montante da obrigação de pagamento que dá azo ao pedido de rescisão;
    - 2) descumprimento de obrigações pelo Poder Concedente que gere um desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato cujo procedimento de recomposição não seja concluído nos prazos estabelecidos no Contrato por motivos imputáveis ao Poder Concedente;
    - 3) O parceiro privado deve poder requerer a rescisão também nos casos em que o Poder Concedente praticar atos que inviabilizam ou dificultam a continuidade da prestação do serviço, como por exemplo, entre outros, a expropriação de bens do parceiro privado relevantes para a continuidade da prestação do serviço, o não pagamento das suas obrigações pecuniárias, a tentativa de obtenção do controle societário do parceiro privado por manobras ilícitas, ou seqüestro, ou requisição de parte substancial dos seus ativos;
    - 4) Prazo para o Poder Concedente sanear o descumprimento contratual a contar do recebimento da notificação realizada pelo parceiro privado;
    - 5) Definição do prazo até o qual o parceiro privado deve manter o serviço em operação uma vez configurada a causa da rescisão;
  - q) Para o caso de anulação, previsão de indenização à concessionária se a nulidade for imputável exclusivamente ao Poder Concedente;
  - r) Para o caso de evento continuado de força maior ou caso fortuito superveniente à data da assunção dos serviços, o contrato deve prever o prazo para que esses eventos se tornem causa de extinção de contrato, e indenização do parceiro privado dos eventuais prejuízos que tiver por consequência dessa circunstância;
  - s) Previsão no contrato que, em todos os casos, deve-se descontar das indenizações pagas pelo Poder Concedente ao parceiro privado, os valores já recebidos pelo parceiro privado pelos mesmos eventos por consequência a existência de seguros.



#### IV. À guisa de conclusão e informações para contato

O objetivo desse trabalho é disseminar melhores práticas para a redação de editais e contratos de concessão comum e PPP para a prestação de serviços públicos. Integra um esforço neste sentido para o aumento da eficiência da participação privada nos setores de infraestrutura com conseqüente melhoria da qualidade e da eficiência da prestação dos serviços, com benefícios para os usuários, para a Administração Pública, e contribuição para um relacionamento mais equânime entre Poder Público e parceiros privados.

Gostaríamos de nos colocar a disposição para expor, desdobrar e discutir os diversos pontos de vista expostos neste livro, com vistas ao seu aperfeiçoamento ou à sua mera difusão.

Solicitamos, por isso, os eventuais interessados nisso a nos contatar pelo email [mauricio@portugalribeiro.net](mailto:mauricio@portugalribeiro.net) ou pela nossa página no *Facebook* (<http://www.facebook.com/mauricio.ribeiro>), ou no *LinkedIn* ([www.linkedin.com/mauricio.ribeiro](http://www.linkedin.com/mauricio.ribeiro))

Para informações atualizadas sobre os setores de infraestrutura e sobre melhores práticas em concessões comuns e PPPs, sugerimos também o acompanhamento do nosso *twitter* ([www.twitter.com/mauricio.ribeiro](http://www.twitter.com/mauricio.ribeiro)) e a nossa página no *slideshare* ([www.slideshare.com/portugalribeiro](http://www.slideshare.com/portugalribeiro)), onde disponibilizamos as diversas apresentações que realizamos em conferências, aulas, seminários etc.



## Trabalhos Citados

ABCON - Associação Brasileira das Concessionárias Privadas dos Serviços de Água e Esgoto. "Perfil do Setor - Numeros da Iniciativa Privada." *Website da ABCON*. [http://www.abcon.com.br/perf\\_03.php](http://www.abcon.com.br/perf_03.php) (acesso em 20 de 7 de 2010).

ABDIB - Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústrias de Base. "Depois de recorde, vacância em agências reguladoras diminui." *Análise Infra-estrutura*, julho de 2008.

Agência Estado. *A Tarde on line*. 23 de 03 de 2010.

<http://www.atarde.com.br/economia/noticia.jsf?id=2210886> (acesso em 04 de 09 de 2010).

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Perguntas Frequentes: Concessões Rodoviárias*. [http://www.antt.gov.br/faq/concessoes\\_rodoviaras.asp](http://www.antt.gov.br/faq/concessoes_rodoviaras.asp) (acesso em 27 de julho de 2010).

Borges, Luis Ferreira Xavier, and Jorge Antônio Bozoti Pasin. "A nova definição de parceria público-privada." *Revista do BNDES* 10, no. 20 (2003): 173-196.

Comissão das Comunidades Européias. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Comissão das Comunidades Européias, 2004.

Engel, Eduardo, R. Fischer, and A. Galetovic. "Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising." *J. of Political Economy* 109, no. 5 (October 2001): 993-1020.

Guasch, Jose Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions - doing it right*. Washington, DC: The World Bank, 2004.

Hinojosa, Sergio, and Andres Gomez-Lobo. "Broad roads in a thin country - infrastructure concessions in Chile." *Policy Research Working Paper Series 2279, The World Bank.*, 2000.

Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. Sao Paulo: Dialética, 2005.

Klemperer, Paul. *Auctions: theory and practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

Maskin, Eric S., and John G. Riley. "Auction theory with private values." *The American Economic Review - Papers and Proceedings of Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association* (American Economic Association) 75, no. 2 (May 1985): 150-155.

McAfee, R. Preston, and John McMillan. "Auctions and Bidding." *Journal of Economic Literature* (American Economic Association) 25, no. 2 (Jun 1987): 699-738.

Meggison, William L., and Jeffrey M. Netter. "From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization." *Journal of Economic Literature* (American Economic Association) 39, no. 2 (Jun 2001): 321-389.

Michelon, Cláudio, and Conrado Hübner Mendes. "Os dois corpos do jurista." *Folha de São Paulo*, 08 20, 2009, 20/08/2009 ed.

Partnerships Victoria. "Risk Allocation and Contractual Issue - Appendix." *Parterships Victoria*. [http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues5-Appendix/\\$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues5%20-%20Appendix.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues5-Appendix/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues5%20-%20Appendix.pdf) (accessed 2010).

Pereira, Renée. *Agência reguladora fica sem verba*. 16 de 08 de 2010. [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100816/not\\_imp595553,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100816/not_imp595553,0.php) (acesso em 05 de 09 de 2010).

Pinto, José Emílio Nunes. *Jus Navegandi*. Jan de 2003. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839> (acesso em Jul de 2010).

Pinto, Marcos Barbosa. "Repartição de Riscos na Parceria Público-Privado." *Revista do BNDES* 13, n. 25 (Jun 2006): 155-182.

Porter, Michael E. *Competitive advantage: creating sustaining superior performance: with a new introduction/Michael E. Porter*. New York: Free Press, 1998.

—. *On Competition*. Boston, MA: Harvard Business School Publishing, 2008.

Prado, Mariana Mota. "The challenges and risks of creating independent regulatory agencies - a cautionary tale from Brazil." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41, no. 2 (April 2008): 435.

Ribeiro, Mauricio Portugal. "Aspectos jurídicos e regulatórios do compartilhamento de infra-estrutura no setor ferroviário." *SBDP - Sociedade Brasileira de Direito Público*. 3 de agosto de 2005. [http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=33](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=33) (acesso em 20 de julho de 2010).

Ribeiro, Mauricio Portugal, e Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Tirole, Jean. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge: The MIT Press, 1988.

Vasconcelos, Adalberto Santos de. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Pós Graduação de Controle Externo, Tribunal de Contas da União, 2004.