



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS NOVOS DESAFIOS DO SETOR
DE INFRAESTRUTURA: CRISE ECONÔMICA, AJUSTE FISCAL,
REEQUILÍBRIO CONTRATUAL E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO**

Dissertação de Mestrado

Recife/PE
2018

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS NOVOS DESAFIOS DO SETOR
DE INFRAESTRUTURA: CRISE ECONÔMICA, AJUSTE FISCAL,
REEQUILÍBRIO CONTRATUAL E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Linha de pesquisa: Estado e Regulação.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega.

Recife/PE
2018

Catalogação na fonte
Bibliotecário Josias Machado da Silva Junior CRB/4-1690

O48p

Oliveira Netto, Pedro Dias de

As parcerias público-privadas e os novos desafios do setor de infraestrutura: crise econômica, ajuste fiscal, reequilíbrio contratual e perspectivas para o futuro. – Recife: O Autor, 2018.

124 f.

Orientador: Marcos Antônio Rios da Nóbrega.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. Parceria público-privada. 2. Infraestrutura (Economia). 3. Crise econômica. 4. Política tributária. 5. Finanças públicas. 6. Concessões administrativas. 7. Orçamento - Brasil. 8. Direito administrativo. I. Nóbrega, Antônio Rios da (Orientador). II. Título.

342.06 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2018-11)

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

“AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS NOVOS DESAFIOS DO SETOR DE INFRAESTRUTURA: CRISE ECONÔMICA, AJUSTE FISCAL, REEQUILÍBRIO CONTRATUAL E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Rios da Nóbrega.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: **APROVADO**

Professor Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti** (Presidente)

Julgamento: **APROVADO** Assinatura: _____

Professor Dr. **André Regis de Carvalho** (1º Examinador externo/UFPE)

Julgamento: **APROVADO** Assinatura: _____

Professora Dr^a. **Luciana Grassano de Gouvêa Mélo** (2ª Examinadora interna/UFPE)

Julgamento: **APROVADO** Assinatura: _____

Recife, 19 de fevereiro de 2018.

Coordenadora Prof^a. Dr^a. **Juliana Teixeira Esteves.**

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelos incentivos e auxílios que sempre proveram em todas as etapas ao longo destes dois anos de estudos para a conclusão do Mestrado e, de igual modo, durante o período árduo de preparação desta dissertação. Muito obrigado!

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em especial, àqueles que fazem parte da linha de pesquisa Estado e Regulação. Meus agradecimentos ao orientador desta pesquisa, Prof. Dr. Marcos Nóbrega, aos professores Dr. Francisco Queiroz, Dra. Luciana Grassano e Dr. Edilson Nobre, que também contribuíram bastante com o meu aprendizado e a transmissão do conhecimento jurídico em suas aulas ministradas.

Aos funcionários que fazem parte do setor administrativo do PPGD/UFPE que, nesta oportunidade, agradeço a todos nas pessoas de Maria do Carmo Mota de Aquino e Elizabeth Tavares, que sempre demonstram-se dispostas para ajudar todos os alunos.

RESUMO

As parcerias público-privadas foram concebidas como um mecanismo para contornar as restrições fiscais dos Estados que – sem comprometer o funcionamento de atividades essenciais – não dispõem de recursos imediatos para ampliar os investimentos necessários em infraestrutura social e econômica. Em verdade, percebe-se que no Brasil, desde a vigência da Lei n.º 11.079/04, os contratos de parcerias público-privadas foram celebrados em momento econômico de grande otimismo e elaborados sem uma efetiva matriz de riscos apta a acompanhar os distintos ciclos econômicos que sucedem na duração de longo prazo das PPPs. O problema a ser investigado ao decorrer desta pesquisa inicia-se, então, com a carência de exame mais crítico sobre os efeitos que o atual contexto nacional de recessão econômica e ajuste fiscal pode acarretar nas parcerias público-privadas e como o Poder Público está agindo para recuperar os investimentos no setor de infraestrutura. Tomou-se como base inicial a análise doutrinária, em especial, o estudo sobre a natureza jurídica do instituto das PPPs e qual deve ser o papel desempenhado pelo setor público e privado no planejamento e modelagem dos contratos de concessões patrocinadas e administrativas. Ademais, a pesquisa apresenta resultados empíricos sobre o quadro dos contratos de parcerias celebrados, bem como apresenta números da realidade econômica e fiscal que nos permitem analisar projeções prospectivas. Por fim, aborda-se a experiência internacional em PPPs por meio da perspectiva de países como Portugal e Reino Unido onde, através de casos práticos, permite verificar elementos positivos e negativos e quais lições podem fornecer respostas, ainda que intuitivamente, diante do cenário de instabilidade do Brasil.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas. Infraestrutura. Crise econômica. Ajuste fiscal.

ABSTRACT

Public-private partnerships are conceived as a mechanism to escape the fiscal difficulties of countries that – unless compromising the operation of essential activities – do not have the immediate resources to expand the necessary investments in social and economic infrastructure. In fact, since the enactment of the Brazilian Law No. 11.079/04, public-private partnership agreements were concluded at an optimistic economic perspective and were elaborated without an effective risk matrix capable of predicting the different cycles that occur in the long-term duration of PPPs. The problem to be investigated in this research begins with the lack of a more critical examination of the effects that the current national context of economic recession and fiscal adjustment causes in public-private partnerships and how the Government is acting to recover investments in the infrastructure sector. The doctrinal analysis was taken as an initial basis, in particular the study on the legal nature of the PPP institute and what should be the role of the public and private sector in the planning and modeling of sponsored and administrative concession contracts. Furthermore, the research presents empirical results on the framework of the contracts of partnerships concluded, as well as presents numbers of the economic and fiscal reality that allow us to analyze prospective projections. Finally, international experience in PPPs is approached from the perspective of countries such as Portugal and the United Kingdom through practical cases that allows us to verify positive and negative elements and which lessons can provide answers, even if intuitively, for Brazilian reality of instability.

Keywords: Public-private partnerships. Infrastructure. Economic crisis. Fiscal adjustment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 CARACTERIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	14
2.1 Contextualização histórica sobre as concessões.....	14
2.2 Natureza jurídica das parcerias público-privadas: seria a PPP um novo instituto jurídico?.....	25
2.3 Os desafios intrínsecos ao setor de infraestrutura.....	32
3 PLANEJAMENTO DE PROJETOS PARA PPPS	38
3.1 Custos de transação na celebração do contrato.....	38
3.2 Regime remuneratório das parcerias público-privadas	47
3.3 Elaboração de uma efetiva matriz de riscos e o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.....	58
3.4 Captação de recursos: principais financiadores do setor de infraestrutura.....	69
4 ATUAL CENÁRIO ECONÔMICO E FISCAL DO BRASIL: AS CONSEQUÊNCIAS NA CELEBRAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	75
4.1 Responsabilidade fiscal na execução dos contratos de PPPs.....	75
4.2 As parcerias público-privadas inseridas no contexto da recessão econômica.....	84
4.3 Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (Lei n.º 13.334/16): a aposta do Poder Público para retomar os investimentos em infraestrutura.....	95
5 UMA BREVE ANÁLISE DAS PPPS EM PORTUGAL E NO REINO UNIDO: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E OS SEUS RESULTADOS	98
5.1 As PPPs no setor de infraestrutura em Portugal.....	98
5.2 As parcerias desenvolvidas pelo programa governamental PFI/PF2 no Reino Unido.....	104
6 CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral na comunidade acadêmica que um dos fatores imprescindíveis para garantir o crescimento econômico ocorre através de investimentos em infraestrutura, sendo esta o suporte indispensável para garantir o crescimento dos mais diversos setores da economia, haja vista que a todo processo de desenvolvimento econômico necessita de um conjunto de bens e serviços de base.

A ampliação da infraestrutura nacional e o provimento de serviços públicos são temas atuais de debates entre o Poder Público e a sociedade. Desse modo, se faz importante pesquisar sobre os mecanismos utilizados para se garantir uma melhor qualidade dos megaprojetos infraestruturais – em especial, através das parcerias público-privadas – estabelecendo, para tanto, um planejamento eficaz de políticas públicas e uma modelagem contratual revestida de conhecimento técnico especializado.

Hodiernamente o Brasil encontra-se em um cenário econômico e fiscal instável, seja em âmbito da União ou dos entes subnacionais. O problema a ser investigado inicia-se, então, com a carência de exame mais crítico sobre os efeitos que o atual contexto nacional de recessão econômica e ajuste fiscal pode acarretar nas parcerias público-privadas, quais medidas podem mitigar esses efeitos e como o Poder Público está agindo para recuperar os investimentos no setor de infraestrutura.

Em verdade, percebe-se que, desde a vigência da Lei n.º 11.079/04 – responsável por estabelecer normas gerais para as parcerias público-privadas – os contratos de PPPs foram celebrados em momento econômico distinto do atual cenário – ou seja, em momento de grande otimismo no crescimento econômico do país – e elaborados sem uma efetiva matriz de riscos apta a acompanhar a duração de longo prazo dessas concessões que, inclusive, podem alcançar o prazo de vigência máximo de 35 anos.

Para a análise proposta, os objetivos gerais são, por conseguinte, aprofundar o tema sobre os fundamentos jurídicos das PPPs e sua importância para o desenvolvimento da infraestrutura, através da doutrina nacional e internacional, e discutir criticamente os efeitos que possam ser acarretados nas parcerias público-privadas e que decorram de questões econômicas e fiscais.

Assim sendo, no que tange aos objetivos específicos da pesquisa, destacam-se os seguintes: examinar a alocação dos riscos nas parcerias público-privadas diante do cenário atual; analisar e discutir o sistema de pagamentos, sua conexão com os indicadores de desempenho, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e debater sobre a responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs.

A pesquisa bibliográfica representará parte considerável do trabalho da presente dissertação. Serão apreciadas as obras de maior referência na área de parcerias público-privadas em âmbito nacional e internacional, bem como os artigos publicados em periódicos ou sítios eletrônicos dos profissionais atuantes na área de infraestrutura.

No âmbito nacional serão analisadas as pesquisas desenvolvidas por autores do direito administrativo, principalmente daqueles que estão diretamente ligados ao cenário das parcerias público-privadas, trabalhando como professores universitários, advogados e consultores de diversos projetos de infraestrutura, quais sejam: Floriano de Azevedo Marques Neto, Mauricio Portugal Ribeiro, Navarro Prado, Marçal Justen Filho, Carlos Ari Sundfeld, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Marcos Antônio Rios da Nóbrega, Egon Bockmann Moreira, Fernando Vernalha Guimarães, Bruno Coscarelli, Rodrigo Reis, Guilherme Naves, Bruno Pereira, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Rafael Wallbach Schwind.

Entre os autores internacionais, serão abordadas as doutrinas desenvolvidas por Edward Farquharson, Clemencia Torres de Mästle, E. R. Yescombe, Javier Encinas, Andréa Queiroz Fabri, Maria Eduarda Azevedo, R. Scott Fosler, Renee A. Berger, José Luis Guasch, Daniel Benitez, Irene Portabales, Ricardo Ferreira Reis e Joaquim Miranda Sarmiento, entre outros.

Destarte, a pesquisa estrutura-se, além da introdução e conclusão, em quatro capítulos, subdivididos em itens e organizados com a finalidade de atender aos objetivos estabelecidos, como a seguir analisados.

No capítulo 1, denominado de *A caracterização das parcerias público-privadas*, intenta-se delinear a contextualização histórica, ainda que com brevidade, do instituto das concessões, analisando para tanto o momento da história em que as concessões perdem a sua natureza de um privilégio real para transformar-se em um instrumento apto a garantir o interesse público.

Em seguida, as concessões serão analisadas no quadrante evolutivo do Brasil, abordando, desse modo, a sua divisão em três fases distintas. A primeira fase das concessões, no final do século XIX, ocorreu em momento no qual a carência de recursos técnicos e de capital nacional, para viabilizar a implantação dos projetos de infraestrutura, fez necessária a criação de um cenário que desse aos investidores internacionais a segurança para a realização dos investimentos.

A segunda fase das concessões brasileiras ocorreu a partir dos anos de 1930, especificamente, durante o Governo de Getúlio Vargas, com a criação de instrumentos para intervenção direta do Estado na atividade econômica, através do surgimento de diversas empresas estatais, sobretudo, nos setores de infraestrutura e de indústria de base.

Por fim, trataremos sobre a terceira fase das concessões brasileiras que ocorreu em meados dos anos de 1990, período marcado pela reforma administrativa e uma mudança de paradigma na participação do Estado no setor econômico onde ocorreram modificações substanciais para atender ao novo modelo estatal pretendido, o Estado neoliberal.

Com o advento da Lei n.º 11.079/04 surge a questão sobre se as parcerias público-privadas corresponderiam à modalidade de concessão tradicional, ou se estaríamos diante de um novo instituto jurídico com características e finalidades próprias. Tal tema também será objeto de análise do capítulo em comento.

Não obstante, abordaremos a constatação no que tange ao fato de que o planejamento e a coordenação da seleção dos projetos de infraestrutura são, por muitas vezes, incompletos, limitados e, também, não atingem a finalidade que lhes são estabelecidas. Desse modo, os desafios intrínsecos ao setor de infraestrutura, sob uma perspectiva internacional e nacional, serão abordados no último item do capítulo 1.

A partir disso, já no capítulo 2, intitulado de *Planejamento de projetos para PPPs*, verificam-se alguns dos elementos essenciais que devem ser observados para permitir a elaboração de um contrato de parceria público-privada eficiente, a saber: a verificação dos custos de transação; o regime remuneratório das PPPs; a previsão de uma efetiva matriz de riscos; o direito

ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato; e, por fim, os mecanismos pelos quais são captados recursos para executar os projetos em infraestrutura.

Pressuposto para execução das obras e serviços dos grandes empreendimentos trata-se da obtenção de receitas para viabilizar e garantir a manutenção das atividades. Por conseguinte, a percepção de receitas faz-se imprescindível para adimplir as dívidas iniciais e tornar a PPP autossustentável do ponto de vista financeiro. Abordaremos, especialmente neste capítulo, questões relativas a temática da fixação das tarifas, inseridas em um contexto de política tarifária, tais como: (i) tarifa social; (ii) tarifa com efeito arrecadatório em benefício do poder concedente; (iii) tarifas regulatórias; e (iv) tarifas mínimas. Ainda, serão verificadas as modalidades de contraprestações pagas pelo Poder Público e a sua relação com os indicadores de desempenho que devem ser observados pelo concessionário.

A Lei nº 11.079/04 trouxe importante previsão legal relacionada à possibilidade de compartilhamento de riscos em contratos de PPPs. Ao elaborar um projeto na modalidade de concessão patrocinada ou administrativa, os estudos prévios deverão envolver questões atinentes à identificação, classificação, análise e atribuição dos riscos. Assim, os itens derradeiros do capítulo 2 tratarão de verificar quais são os principais riscos em contratos de PPPs, a importância de uma matriz de riscos precisa e eficaz, as hipóteses em que devem ocorrer o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja em relação ao Poder concedente ou ao concessionário, bem como uma análise sobre o papel dos bancos públicos como principais responsáveis pelos financiamentos do setor de infraestrutura.

Na sequência, chega-se ao capítulo 3, que se chamou de *O atual cenário econômico e fiscal do Brasil: as consequências na celebração e execução das parcerias público-privadas*, no qual almeja-se analisar a responsabilidade fiscal na execução dos contratos de PPPs e o impacto da recessão econômica nas concessões. Para tanto, será analisado o atual quadro de concessões patrocinadas e administrativas que estão em vigência ou em fase de negociação e constatar se houveram casos de renegociação contratual ou rescisão do contrato em decorrência da crise.

As PPPs tornaram-se um instrumento essencial para possibilitar que investimentos em infraestrutura ocorressem sem que, de outro lado, elevasse

os gastos fiscais da Administração Pública. Porém, é imprescindível atribuir a devida atenção aos contratos de PPPs celebrados, pois pode estar surgindo, ainda que em menor extensão diante de um investimento direto pelo Poder Público, um passivo sobre as contas públicas e cujos efeitos serão sentidos apenas no futuro. Este ponto, diga-se, é de grande importância diante das políticas de austeridade que vem sendo adotadas no Brasil e das limitações financeiras decorrentes da redução dos gastos públicos.

Em conclusão ao capítulo, será analisada e comentada a solução apontada pelo Governo Federal para ampliar os investimentos em infraestrutura e mitigar os efeitos da crise – através do Programa de Parcerias de Investimentos, instituído pela Lei n.º 13.334/16.

Em derradeiro, o capítulo 4, nomeado de *Uma breve análise das PPPs em Portugal e no Reino Unido: a experiência internacional e os seus resultados*, demonstrará como os países em questão utilizaram as parcerias público-privadas para lidar com problemas de natureza fiscal e econômica. Para tanto, serão verificados os aspectos positivos e negativos encontrados nesses países e quais lições podem ser absorvidas à realidade brasileira.

Não obstante, há de se considerar que a comparação com os países estrangeiros e o Brasil será realizada apenas e quando necessário para melhor compreensão dos institutos relacionados ao objeto de pesquisa. Tal advertência faz-se necessária, pois os países estrangeiros detêm suas peculiaridades e elementos característicos que podem acarretar uma problemática própria e que, desse modo, pode não corresponder, indubitavelmente, com a solução a ser adotada internamente.

Isto posto, a modesta pesquisa, assim estruturada, destina-se a auxiliar o aprofundamento sobre a matéria no contexto acadêmico, e, no âmbito social, na sua maior divulgação, facilitando sua aceitação e utilização pelos entes públicos, pelas empresas privadas e, principalmente, pela sociedade, em face da desconfiança que impera na gestão dos recursos públicos.

2 A CARACTERIZAÇÃO DAS PARCERIAS-PÚBLICO-PRIVADAS

2.1 Contextualização histórica sobre as concessões

O instituto jurídico das concessões evoluiu bastante ao longo do tempo, a delegação de atividades públicas aos particulares é um fato que remonta ao período anterior ao Estado absolutista e também se faz presente no Estado de Direito – ainda que tenham advindo modificações necessárias para adaptar o instituto às novas realidades sociais e econômicas.

No entanto, a evolução das características das concessões ocorreu de modo gradativo, passando da natureza de um privilégio real para transformar-se em um instrumento apto a garantir o interesse público.

Durante o período em que predominavam as monarquias soberanas, o rei dispunha de prerrogativas decorrentes do poder central e fundamentado em um direito divino e incontestável. Existiam prerrogativas exclusivas do rei e que seriam impassíveis de delegação; de outro lado, alguns direitos eram passíveis de delegação, tais como: os direitos de explorar as riquezas do subsolo, o direito de explorar caminhos públicos e a cobrança de pedágios para a passagem de pessoas e mercadorias, o direito de cunhar moedas, e o direito de conceder títulos de nobreza.¹

Vigou nos Estados absolutistas (séculos XV-XVIII) a noção de concessão cuja principal característica do objeto delegado cingia-se ao fato de que este integrava o patrimônio do monarca, ou seja, fazia parte do seu plexo de prerrogativas onde, por um ato de mera liberalidade do soberano, decidia transferi-lo aos súditos. Destarte, a natureza da concessão caracterizava-se como um privilégio concedido.

O aumento das relações comerciais e da migração para a vida urbana, em meados no século XVI, fez com que houvesse a necessidade de ampliar a infraestrutura de diversos países da Europa continental por meio das concessões, seja por falta de organização para que os monarcas executassem diretamente as obras de infraestrutura, ou decorresse porque os recursos

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 42.

necessários poderiam ser obtidos com mais facilidade por meio da atividade mercantil e a acumulação de capital do setor privado.

As concessões públicas foram o instrumento essencial para permitir melhores condições em infraestrutura, tornou-se o meio pelo qual o soberano dispunha para alcançar seus objetivos econômicos e políticos, inclusive, para arrecadar receitas.²

Ressalva-se, no entanto, que neste período não havia preocupação em identificar a atividade objeto da concessão como de interesse público, ou seja, as necessidades da coletividade. Como o titular do direito concedido era a pessoa do soberano, os únicos objetivos e pretensões seriam a sua vontade pessoal, não contemplando as necessidades dos governados.

Com a queda da maioria dos Estados absolutistas, algumas mudanças ocorreram na forma como eram concebidas as concessões públicas, permitindo a sua manutenção como um dos institutos jurídicos mais utilizados pelo Estado de Direito. O aspecto funcional das concessões, qual seja, a sua utilização como instrumento de cooperação para a persecução de atividades, tornou-se a principal característica das concessões e sobrepôs-se aos interesses individuais do soberano para atender aos interesses da coletividade.

Não obstante, como bem observa FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, as concessões do Estado de Direito não perderam sua ligação com a ideia de objeto próprio e que esteja no domínio do poder concedente como monopólio ou exclusividade do Estado. Esta prerrogativa de titularidade estatal nos serviços públicos tornou-se imprescindível para a construção do regime jurídico administrativo das concessões em diversos países.³

O conceito clássico dos contratos de concessões no período pós-absolutismo remete ao julgamento do caso *Gaz de Bordeaux*, de 1916, onde o Conselho de Estado da França almejou delimitar o que, de fato, consistiria a concessão de serviço público.

Para ser caracterizada como uma concessão, o Conselho de Estado⁴ estabeleceu que precisaria existir um ato denominado de “contrato de

² MARQUES NETO, op. cit. p. 46.

³ Ibidem p. 51.

⁴ A decisão, na versão original, do Conselho de Estado: “*La concession est un mode de gestion résultant d’un acte, appelé ‘contrat de concession’, par lequel une personne administrative (le concédant) charge une autre personne, physique ou morale, privée ou parfois publique (le*

concessão”, pelo qual o concedente encarregará outra pessoa, física ou jurídica, o concessionário, para gerir e fazer funcionar por sua conta e risco o serviço público, mediante o recebimento de tarifas dos usuários. Esta definição se disseminou perante outros Estados que assimilavam as teorias do ordenamento jurídico europeu continental.⁵

Mais que isso, doutrinadores franceses também contribuíram para o desenvolvimento da teoria tradicional do serviço público. Para uma corrente sociológica desenvolvida pela Escola de Serviço Público de *Bordeaux*, cujo principal integrante nos remete à LEÓN DUGUIT, o Estado não seria caracterizado apenas por atos típicos da soberania, pois a atuação estatal também estaria vinculada ao dever de prestação de um serviço público, sendo este constituído por um “núcleo prestacional consistente não num plexo de prerrogativas, mas num conjunto de deveres de provimento das necessidades afetas à coesão social”.⁶

Por meio do advento do Estado Social que despontava neste período, a noção tradicional de serviço público consolidou-se ainda mais através dos ensinamentos de GASTÓN JÈZE, também pertencente à Escola de *Bordeaux*. Para ele, quando estivermos diante de uma atividade econômica reconhecida como serviço público, esta deve ser regida por um único regime especial de direito público (*publicatio*) voltado à sua execução. Desse modo, o instituto jurídico das concessões é composto pelas seguintes prerrogativas: (i) a titularidade do serviço público é exclusiva do Estado; (ii) vedação de sua prestação em regime de liberdade (livre mercado), apenas permitindo a sua prestação pelos particulares que recebessem uma delegação estatal específica; (iii) sujeição de todos os concessionários ao regime jurídico único que será pautado por prerrogativas de direito público.⁷

concessionnaire), de gérer et de faire fonctionner à ses frais et risques un service public, moyennant divers avantages, ET notamment la perception de redevances sur les usagers”. AUBY, Jean-Marie; DUCOS-ADER, Robert. Grands services publics et entreprises nationales, 1969.

⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 58.

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 18.

⁷ MARQUES NETO; FREITAS, op. cit. p. 19.

Nos dias atuais, o instituto jurídico das concessões de serviço público passou por diversas adaptações no cenário do direito comunitário dos países da Europa continental. As diretrizes liberalizantes adotadas pela União Europeia modificaram a compreensão sobre a definição de serviço público e, conseqüentemente, o regime jurídico das concessões.

O Tratado da União Europeia em seu art. 86, bem como as sucessivas decisões do Tribunal de Justiça da UE, estabeleceu a diferenciação entre serviço público e atividade de reserva exclusiva ao Estado, ou seja, monopólio *de jure*. Entretanto, há de se destacar que o artigo supramencionado e as decisões da Corte não vedavam que os Estados-membros estabelecessem reservas de exclusividade sobre as atividades tipicamente classificadas como serviço público e de interesse da coletividade. O Tratado de Maastricht, de 1992, inseriu o princípio da livre concorrência como um dos valores protegidos. Além de consagrar a competição de mercado como regra para todas as atividades de natureza econômica, a legislação admitia a exclusão da regra de livre acesso e concorrência quando isso restasse demonstrado como essencial para alcançar o interesse público.

A ideia de concessão como único instrumento pelo qual o setor privado poderia explorar as atividades definidas como serviço público foi perdendo gradativamente o seu intuito, pois, no cenário comunitário europeu, a reserva de exclusividade, o monopólio, não se cingia mais como característica essencial aos serviços públicos, mas uma mera faculdade aos Estados-membros se optarem por estabelecer os serviços públicos como exclusivos. Por conseguinte, tornou-se possível que o setor privado desempenhasse uma atividade sem que houvesse de celebrar um contrato administrativo de concessão com o Poder Público.

Destarte, falava-se de uma decadência do instituto jurídico das concessões no âmbito da União Europeia, pois, diante da liberalização dos mercados, como meio para se habilitar na exploração de atividades reconhecidas como serviços públicos, o instituto da concessão perderia importância para outros instrumentos, tais como a autorização ou a licença. Estes, ao invés de transferir ao particular o exercício do privilégio, serviço exclusivo da Administração Pública, apenas os autorizaria para atuar em determinado mercado, mediante a verificação do cumprimento de condições

previstas em lei, e submeteria os licenciados ou autorizatários aos parâmetros da regulação estatal.⁸

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, de modo bastante pragmático, analisa a questão das transformações das concessões no direito comunitário europeu. Segundo o autor, a concepção da *publicatio*, corrente doutrinária da Escola de Serviços Públicos de *Bordeaux*, abarca apenas uma vertente do instituto das concessões. Ao considerarmos a concessão como um vínculo ou outorga de privilégios, a inexistência de monopólio (titularidade exclusiva) estatal sobre os serviços públicos, privaria a finalidade em delegar a titularidade para o setor privado, pois “faleceria de sentido trespassar uma prerrogativa que não mais se manteria, dado que admitida a quaisquer interessados a possibilidade de explorar a mesma atividade”.⁹

Entretanto, se a concessão for compreendida como um instrumento de delegação de uma atribuição pública do Estado para o setor privado, há de se reconhecer a essencialidade e validade do instituto das concessões, ainda que esta delegação recaia sobre atividades econômicas de interesse geral que sejam abertas à concorrência, como no modelo previsto para os Estados-membros da União Europeia.

Dessa relação público-privada podemos identificar que o serviço concedido é revestido de determinadas características indissociáveis, tais como o compromisso de universalidade, continuidade, igualdade e regularidade que os demais serviços prestados – àqueles detentores de mera autorização ou licença para desempenhar determinada atividade e que estejam sujeitos à regulação estatal, não são submetidos.

Em suma, a liberalização das atividades reconhecidas como serviço público, no atual contexto do bloco comunitário da União Europeia, não contribuiu para a fragilização do instituto das concessões.

Dando continuidade aos estudos, agora analisando as concessões na perspectiva nacional, constata-se que os primeiros passos das concessões podem ser verificados desde o período em que o Brasil era colônia de Portugal. Nesta época, a Coroa portuguesa recorria às concessões com a finalidade de

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 66.

⁹ *Ibidem* p. 67.

ampliar as ocupações territoriais, as explorações de atividades comerciais e rotas de navegação.

Com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, já é possível verificar atos concessórios emanados do príncipe regente D. João VI, inclusive, no ano de sua chegada ao país. O regente editou a Carta Régia de 24 de novembro de 1808, concedendo a Luiz de Souza Menezes, por dez anos, o direito e o privilégio de explorar a mineração de ferro em Minas Gerais.¹⁰ De igual modo ocorreu à concessão de comércio entre as capitanias de Goiás e do Pará, outorgada por meio da Carta Régia de 5 de setembro de 1811, onde foram concedidos privilégios de realização do comércio entre as duas capitanias.¹¹

A utilização das concessões seguiu firme após a independência do Brasil. Em 29 de agosto de 1828, D. Pedro I editou a lei que estabelecia regras para a construção de obras públicas necessárias para navegações de rios, aberturas de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos.¹²

Já D. Pedro II, em seu longo período de reinado, foi o governante que mais recorreu ao instituto da concessão, seja para permitir a implantação e a operação de utilidades públicas, ou para admitir que particulares explorassem atividades ou inventos.¹³

Objetivando estabelecer uma linha evolutiva e contemporânea do instituto jurídico das concessões brasileiras, importante se faz abordar as lições doutrinárias de MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO, NAVARRO PRADO¹⁴ e FRANCISCO DE QUEIROZ¹⁵, onde podemos analisar as concessões no Brasil em três fases distintas.

¹⁰ BRASIL. *Cartas de Alvarás, Decretos e Cartas Régias*, 1891, p. 165. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

¹¹ BRASIL. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, 1811, p. 101. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

¹² MARQUES NETO, op. cit. p. 79.

¹³ Ibidem p. 80.

¹⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de Parceria Público-Privada – Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

¹⁵ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro*. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

A primeira fase das concessões ocorreu no final do século XIX, em momento no qual a carência de recursos técnicos e de capital nacional para viabilizar a implantação dos projetos de infraestrutura, fez necessária a criação de um cenário que desse aos investidores internacionais a segurança para a realização dos investimentos. A principal função dos contratos de concessão então celebrados era proteger o concessionário de eventual concorrência pelos anos necessários à amortização do seu investimento, e, dessa forma, garantir o adequado retorno na implementação e operação do serviço.¹⁶

As concessões desta época foram utilizadas em atividades que demandariam elevados investimentos e necessitavam do domínio de tecnologia mais avançada. Deste modo, as concessões “representaram, no período imperial e no início da República, a mais relevante forma de exploração econômica de serviços de competência estatal”.¹⁷

Um dos exemplos típicos dessa fase das concessões eram os contratos para a construção de ferrovias e prestação do serviço ferroviário de carga e de passageiros, cujo marco temporal situou-se na época Imperial do final do século XIX. As primeiras ferrovias brasileiras, como a D. Pedro II, a Estrada de Ferro do Recife, a Estrada de Ferro da Província de Pernambuco, a Estrada de Ferro da Bahia à Vila de Juazeiro, a Estrada de Ferro de Mauá, a Estrada de Ferro Santos-Jundiaí¹⁸, são algumas concessões deste período.

No que tange ao aspecto remuneratório, o concessionário era ressarcido integralmente pelo custo da obra e, também, pelo valor de até 5% sobre o valor total a título de remuneração. Ainda, o concedente garantia ao concessionário a exclusividade do uso de cinco léguas de terra para cada lado, ao longo da ferrovia, as quais podiam ser exploradas pelo concessionário e nas quais nenhuma outra infraestrutura de transporte poderia ser implantada.

A segunda fase das concessões brasileiras ocorreu a partir dos anos de 1930. Especificamente durante o Governo de Getúlio Vargas, com a criação de instrumentos para intervenção direta do Estado na atividade econômica, tais

¹⁶ RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 37.

¹⁷ CAVALCANTI, op. cit. p. 239.

¹⁸ *Ibidem* p. 237.

como a criação de diversas empresas estatais, sobretudo nos setores de infraestrutura e de indústria de base.¹⁹

Este modelo de Estado, conhecido como *Welfare State* (bem estar-social), defende a atuação ativa do Estado na busca da justiça social e, para tanto, centralizava a realização de serviços públicos e até de interesse econômico através da criação de instituições típicas do setor privado por parte da Administração Pública.

Conforme bem esclarece LUÍS S. CABRAL DE MONCADA²⁰, o Estado do bem-estar social ampliou sua esfera de atuação passando a abranger setores econômicos que até então não havia a participação pública. A intervenção do Estado, portanto, não se restringiu apenas em fornecer serviços públicos tradicionais. Foi além. Alcançou setores não apenas sociais, mas também aqueles setores cuja participação privada detinha a atuação isolada.

Diante deste cenário, os contratos de concessões perderam sua força. Como os contratos eram celebrados com entes controlados pelo Estado, a concessão se tornou, de certo modo, dispensável em relação ao poder que a Administração Pública já detinha enquanto controladora das estatais.

Destarte, salientamos a opinião de WALTER ÁLVARES, no final dos anos de 1970, onde abordou questões atinentes à desorganização e a insegurança jurídica do instituto das concessões. O autor aduz que, como a União não estava empenhada em assinar os contratos de concessão, estes estariam irregulares e, na hipótese de encerrar a concessão após trinta anos de vigência, esta medida somente poderia ocorrer mediante indenização, haja vista que as concessões estariam sem prazo certo. Por conseguinte, se não há um prazo para findar a concessão, também não poderíamos falar em reversão, pois esta situação só ocorreria ao término normal do contrato.²¹

Verifica-se, portanto, que diversos problemas foram encontrados nesta segunda fase das concessões no Brasil. O preço político das tarifas, a insegurança jurídica dos procedimentos regulatórios, entre outros vícios

¹⁹ RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 38.

²⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico. 5ª Edição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 32.

²¹ ÁLVARES, Walter. *Curso de direito da energia*, 1978, p. 328. Apud: CAVALCANTI, op. cit. p. 243.

formais e materiais, se apresentaram em praticamente todas as áreas da economia passíveis de ser objeto de concessão.²²

Em meados da década de 1980, contudo, diferentes fatores contribuíram de modo gradual e com aspectos distintos para o abrandamento do Estado do bem-estar social. A título de exemplo, podemos mencionar que nos países industrializados, a crise fiscal, provocada pelos elevados gastos públicos, agravou as divergências entre o setor público e privado.

A partir de então desenvolve-se a ideia da necessidade de descentralizar o Estado, reduzindo a estrutura administrativa para diminuir as despesas públicas. A descentralização governamental advém, em grande parte, do movimento estruturado no Reino Unido, denominado de *New Public Management (NPM)*. Tal tendência visava modernizar a organização administrativa através da adaptação e transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o público, objetivando a redução do tamanho da máquina administrativa para dar ênfase no aumento de sua eficiência.²³

Somada à reforma administrativa também ocorreu uma mudança de paradigma na participação ativa do Estado no setor econômico para um modelo de Estado Neoliberal, caracterizado, principalmente, pelos fenômenos da privatização e liberalização.

Não obstante a tendência da liberalização econômica existente neste período, o Poder Público adquire importantes instrumentos para a intervenção reguladora do mercado, através da criação de entes reguladores independentes para combater a formação de monopólios e oligopólios – defendendo as regras da concorrência – bem como de mecanismos de intervenção para mitigar as falhas de mercado, tais como: as assimetrias de informações, externalidades negativas e os custos das transações. Também, estabelece-se atribuição ao Poder Público para supervisionar a qualidade das

²² CAVALCANTI, op. cit. p. 243.

²³ PEÇI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organizações & Sociedade*, Salvador, v. 15, n. 46, p. 39-55, Set. 2008.

atividades econômicas desenvolvidas e a aplicação de sanção às infrações cometidas.²⁴

Nesse contexto, podemos apontar a terceira fase dos contratos de concessão de serviço público, onde ocorreram modificações de relevo para atender ao novo modelo estatal pretendido, o Estado neoliberal.

As emendas à Constituição n^{os} 5, 6, 8 e 9, todas do ano de 1995, tornaram-se responsáveis pela flexibilização dos monopólios estatais e a abertura do mercado interno à participação estrangeira em importantes setores econômicos do país. A título de exemplo, a emenda constitucional n^o 5 alterou a redação do art. 25, §2^o, da CRFB/88, para permitir aos Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado onde, outrora, só poderia haver a concessão para empresas sob o controle estatal.

Ainda, em sentido semelhante, a emenda à Constituição n^o 9 flexibilizou o monopólio estatal – previsto pela antiga redação do art. 177, §1^o, da CRFB/88 – permitindo que a União também realize a contratação com empresas privadas das atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo nacional ou estrangeiro; e a importação, exportação e transporte dos produtos derivados e básicos do petróleo.²⁵

Acrescenta-se, agora sob a perspectiva da legislação infraconstitucional, a edição da Lei n^o 8.031/90, instituidora do Programa Nacional de Desestatização (PND), sendo responsável por modificar profundamente a participação direta do Estado na economia. De início, ocorreram as privatizações de empresas públicas que atuavam nos setores siderúrgico,

²⁴ Ademais, é possível afirmarmos que a intervenção do Estado não é hoje tão reduzida em comparação com o que era antes da liberalização econômica: apenas, ela é exercida de forma diferente. (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 302.)

²⁵ Com a finalidade de complementar a explicação sobre as alterações derivadas das emendas constitucionais, ainda que concisamente, a EC n^o 6 foi responsável por suprimir o art. 171 da Constituição que estabelecia a conceituação de empresa brasileira de capital nacional e admitia a outorga de proteção, benefícios especiais e preferências. Esta emenda também modificou o art. 176, *caput*, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional. Por fim, a EC n^o 8 modificou os incisos XI e XII do art. 21 da CF/88, permitindo à União a concessão às empresas privadas a exploração dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

petroquímico, metalúrgico, energia, telecomunicações, rodovias e ferrovias, por meio da venda das empresas para, posteriormente, ocorrer a outorga do serviço público. Não obstante, em 1997, a então vigente Lei nº 8.031/90 foi revogada pela Lei nº 9.491/97, que passou a regulamentar a matéria.

Entre os principais objetivos instituídos pela política de desestatização, podemos trazer à baila, exemplificativamente, a finalidade de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades ineficientemente exploradas; a contribuição para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública; e permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

Com a vigência das Leis n.º 8.987/95 (Lei Geral das Concessões) e 9.074/95, estas foram consideradas instrumentos indispensáveis, ao lado da criação do modelo de agências reguladoras, para se alcançar sucesso no programa de reforma almejado.

Por se tratar de uma Lei nacional²⁶ para as concessões, onde são previstas as regras gerais, a Lei n.º 8.987/95 detém os seguintes elementos característicos:

- a) A concessão de serviço público só existirá quando se tratar de serviço cuja titularidade pertença ao Estado, o Poder Público transfere ao concessionário a execução e não a titularidade do serviço;
- b) O concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento; no entanto, tem o direito ao equilíbrio econômico-financeiro se houver alteração daquilo que foi inicialmente pactuado no contrato administrativo por alterações unilaterais promovidas pela Administração Pública, fatos imprevistos, atos governamentais alheios ao contrato etc.;
- c) Em regra, o concessionário será remunerado pela exploração do próprio serviço concedido através da cobrança de tarifas aos usuários;

²⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto entende que a Lei n.º 8.987/95, em sua essência, não seria propriamente uma lei nacional, e sim uma lei federal de concessões, aplicável, a rigor, às concessões de serviços públicos de titularidade da União e que não sejam objeto de leis federais específicas. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 176).

- d) A concessão (gênero) pode ser dividida em duas modalidades: concessão de serviço público *stricto sensu* e concessão de serviço público precedida de execução de obra pública, de acordo com o art. 2.º, II e III, da Lei n.º 8.987/95.

Assim, podemos definir a concessão como um arranjo contratual celebrado com o particular para exercer uma atividade econômica reconhecida como serviço público, cujo contrato administrativo seria o instrumento apto a conferir ao particular um conjunto de direitos e obrigações, seja para resguardar a continuidade do serviço público fornecido, ou até mesmo para proteger o concessionário com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro previsto.

Com o desenvolvimento econômico do país, bem como a necessidade de ampliar o setor de infraestrutura, um novo instrumento de parceria entre o setor público e privado foi instituído por meio da Lei nº. 11.079/04 que estabeleceu normas gerais para licitação e contratação das Parcerias Público-Privadas (PPPs) no âmbito da Administração Pública.

Há de se indagar, no entanto, se a sua caracterização terminológica como uma concessão (patrocinada e administrativa) realmente condiz com a natureza jurídica da técnica concessória que até então era concebida pela doutrina; ou se estamos diante de um novo instituto jurídico.

2.2 Natureza jurídica das parcerias público-privadas: seria a PPP um novo instituto jurídico?

Em meados do ano de 2004 surgiu nova modalidade especial de parceria com a Administração Pública. A Lei nº. 11.079/04 constituiu as parcerias público-privadas como um contrato administrativo de concessão nas modalidades patrocinada e administrativa.

A concessão patrocinada é modalidade de concessão de serviço público e de obra pública de que trata a Lei nº. 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, assim dispõe o art. 2º, §1º, da 11.079/04.

A modalidade estabelecida como concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta

ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, conforme versa o art. 2º, §2º, desta mesma Lei.

Embora a Lei das PPPs faça menção expressa a sua classificação como uma concessão, ainda que estabeleça diferenças às concessões de serviços públicos tradicionais, torna-se imprescindível aprofundar a análise sobre o que seria, nos moldes da doutrina e da legislação, uma concessão *stricto sensu* das parcerias público-privadas.

Verifica-se que o objetivo do legislador foi ampliar a utilização do modelo de participação do setor privado em atividades de interesse geral público para alcançar situações que até então seriam inviáveis se realizadas exclusivamente sob os ditames da Lei n.º 8.987/95.

Para tanto, foi necessário um regime jurídico que disciplinasse os diversos aspectos da participação estatal, principalmente, no custeio da remuneração do parceiro privado, e que ampliasse o rol de atividades e áreas econômicas dos projetos de parcerias entre o Poder Público e setor privado.

Conforme visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro recebeu forte influência da doutrina francesa no início do séc. XX, onde, por definição, o serviço público deve ser sempre de titularidade do Estado, cuja atividade é exercida em caráter de exclusividade. Os serviços que sejam exercidos em caráter de concorrência com o setor privado, não necessitando de uma delegação, portanto, dever-se-iam enquadrar em outro instituto jurídico.

Esse entendimento é salientado por FRANCISCO DE QUEIROZ, ao lecionar que, se considerarmos as parcerias público-privadas como uma concessão, estaríamos diante de uma “metamorfose das concessões”, a saber:

Mostrar-se-ia, hoje, insuficiente tal conceito para alcançar, ou abarcar, aquilo que a legislação veio a estabelecer ao passar a incluir a figura da parceria público-privada, expressamente como concessão, figura essa, as PPP, que, ontologicamente, não se enquadra naquele conceito tradicional, pois pode abranger serviços dos quais o Estado não é titular, que os exerce simultaneamente com particulares e, também, sem que haja remuneração por parte dos usuários.²⁷

(...)

A inserção das PPP como figuras representativas de um gênero de concessões é um grande equívoco científico.

²⁷ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro*. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 249.

Sabido é que, muitas vezes, a PPP pode valer-se de uma estrutura contratual de concessões, mas a sua abrangência é maior. A utilização de eventual e parcial da moldura de concessão não pode ter o condão de transformá-la naquele antigo modelo. Nas PPP, o ente público é partícipe do empreendimento, bancando parte do financiamento, é sócio na sociedade de propósito específico.²⁸

Outro ponto importante cinge-se ao fato de que, nas concessões administrativas, a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço, e, nesses casos, não há a remuneração por meio das tarifas cobradas aos usuários. Desse modo, a remuneração ao concessionário, salvo a obtenção de receitas marginais, é garantida mediante o pagamento das contraprestações pelo Poder concedente.

Este pagamento realizado pelo Poder Público não contempla as principais características do modelo concessório previsto na Lei n.º 8.987/95, pois, ao ser remunerado em sua totalidade pelo concedente, a concessão administrativa poder-se-ia assemelhar com os contratos administrativos de serviços contratados nos moldes da Lei n.º 8.666/93.

Ainda, aspecto que difere da técnica concessória tradicional engloba o fato de que as parcerias público-privadas, seja em sua modalidade patrocinada ou administrativa, podem alcançar outras atividades que não aquelas definidas como serviços públicos exclusivos do Estado. FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES aduz que esta situação se retrata na introdução da figura da concessão administrativa, aplicável a objetos que não necessariamente sejam serviços públicos privativos do Estado, sendo vocacionada também para outras atividades.²⁹

A partilha do risco envolvido no serviço público (ou obra) entre o Poder concedente e o concessionário também caracteriza-se como aspecto diferenciador entre as concessões comuns e as concessões patrocinadas e administrativas, pois aquelas pressupõem a transferência total dos riscos do empreendimento ao concessionário, impactando na equação econômico-financeira do contrato, bem como na cobrança de tarifa aos usuários.

Destarte, ao repartir o riscos com o Poder concedente, nos moldes da Lei n.º 11.079/04, há um incentivo para a redução dos custos do

²⁸ Ibidem p. 256.

²⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada: Caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615 f. Tese de Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 67.

empreendimento e a conseqüente diminuição da tarifa cobrada aos utentes e das contraprestações pagas pelo Poder Público.

No esforço de acompanhar a transformação do conceito clássico das concessões de serviço público, podemos continuar analisando como paradigma o Direito europeu comunitário.

A bem da verdade, as transformações do conceito de serviços públicos ocorridas nas últimas décadas, objetivando introduzir a competição de operadores privados nos países-membros da União Europeia, contribuíram para que houvesse uma reformulação da teoria clássica até então adotada por diversos países da Europa continental. Muitos dos pressupostos tradicionais, tais como a exclusividade estatal, a unicidade de um regime jurídico contratual, foram modificados diante da abrangência do conceito de serviço público.

Entre as possibilidades de reformulação da noção de serviço público enquanto instituto jurídico, no cenário do direito comunitário europeu, ALINE LÍCIA KLEIN e FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO apontam duas possibilidades: (i) restringir a ideia de serviço público apenas às atividades que continuam sendo de atribuição exclusiva do Estado, tais como, por exemplo, a atividade de segurança pública, sob pena de perder o caráter público; ou atribuir a designação de *utilidades públicas* como nomenclatura às atividades delegadas à iniciativa privada e de livre concorrência; (ii) considerar estas atividades recentemente liberalizadas como uma espécie de serviço público *impróprio*, aqueles que seriam regidos principalmente com normas do direito privado, ao contrário dos serviços públicos administrativos, desempenhados em cumprimento de atividades tipicamente estatais.³⁰

Ainda no cenário dos países europeus, a problemática surge na dificuldade em se distinguir as modalidades de arranjos contratuais entre as concessões e as parcerias público-privadas. O parecer do Comitê Econômico da União Europeia, adotado em sessão de 27 de outubro de 2004³¹, aponta uma série de críticas diante da ausência de critérios diferenciadores dos contratos concessões e contratos de PPPs pelos Estados-membros.

³⁰ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

³¹ Publicação em Jornal Oficial nº C 120 de 20.05.2005 p. 0103 – 0110.

Neste mesmo documento, o Comitê Econômico da U.E. procurou estabelecer parâmetros para identificar as concessões e parcerias público-privadas, destacando tratar-se de um contrato ou ato unilateral através do qual uma autoridade pública atribuirá direitos específicos a uma organização externa para conceber, construir, financiar, manter e gerir uma infraestrutura ou um serviço por um período longo e determinado. Denomina-se “concessão” quando a empresa é remunerada com um valor pago majoritariamente pelos utilizadores, e “contrato de parceria público-privada” quando a remuneração é efetuada, em grande parte, pelo Poder Público.³²

Partindo para uma análise no ordenamento jurídico brasileiro, a terminologia “concessão” pode ser utilizada para situações com distintos objetos, tais como: (i) a tradicional delegação de serviço público ao particular; (ii) delegação da execução de obras públicas; (iii) utilização de bem público por particular, com ou sem exploração econômica, ou seja, a concessão de uso, de direito real de uso, de uso para fins de moradia, exploração de minas e jazidas, etc.

Como bem ressalta OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, todas as modalidades de concessões previstas se enquadram em duas grandes categorias, quais sejam: a concessão translativa e concessão constitutiva.

A concessão translativa seria, portanto, aquela pela qual o concedente “atribui ao concessionário inalterados os poderes e deveres que lhe cabem para exercê-los e cumpri-los em seu lugar, a fim de praticar ato jurídico, como os de serventário de ofício público, ou de construir obra pública (...)”; de outro lado, a concessão constitutiva ocorreria quando o concedente “delega ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e quantidade menor dos que os tem. (...)”³³ situação que ocorre nos casos de concessões de uso de bem público em suas diversas acepções.

Nessa linha de raciocínio, as concessões de serviço público e de obra pública, daí englobam as concessões previstas na Lei nº 8.987/95 e as concessões patrocinadas e administrativas da Lei nº 11.079/04, são

³² GUIMARÃES, op. cit. p. 87.

³³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 490-491.

consideradas como concessões translativas, pois importam a transferência da prestação de um serviço, em regra, próprio do Estado para o particular.³⁴

A Constituição da República de 1988 não estabeleceu o regime jurídico adotado para as concessões de serviço público, pois em seu art. 175 tratou da matéria apenas para se referir a incumbência do Poder Público de prestação dos serviços, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, remetendo à legislação infraconstitucional a regulamentação sobre a matéria.

Há de se ressaltar, por oportuno, que o instituto das concessões importa em um instrumento à realização do serviço público.

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES considera que a opção pela concessão trata-se de uma escolha política para distribuir o ônus social na prestação de determinado serviço, assim como seria a escolha de certo modelo regulatório quanto ao acesso ao serviço público. Ainda, conclui o autor que a evidente instrumentalidade do instituto da concessão reflete a ausência prescritiva no plano constitucional quanto a definições rígidas do que se entende por serviço público, também não haveria de pressupor que o modelo da concessão, que é tipicamente instrumental, tenha alcançado conotação rígida e restrita no texto constitucional.³⁵

Inicialmente, o tema das concessões, como contrato administrativo que compõe sua natureza, está reservada à competência da União naquilo que diz respeito às normas gerais (art. 22, XVII, CF/88). Por meio da Lei nº 8.987/95 o instituto jurídico passou a ser regulamentado.

Com o advento da Lei nº 11.079/04, que apresenta a mesma estatura legislativa da Lei nº 8.987/95, introduziu a divisão da concessão em gênero e espécies, algo que até então não havia antecedentes no ordenamento jurídico brasileiro. O gênero “concessão” cinge-se em torno de um contrato de colaboração, ao passo que comportaria as espécies: concessão de serviços e obras públicos, concessão patrocinada e concessão administrativa. Desse modo, a alteração jurídica do instituto das concessões, pela incursão no ordenamento jurídico de legislação mais recente, demonstra-se compatível.³⁶

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015 p. 69.

³⁵ GUIMARÃES, op. cit. p. 92-93.

³⁶ GUIMARÃES, op. cit. p. 96.

Ainda que esteja apoiada em importantes precedentes históricos, a tradicional interpretação desposada pela doutrina sobre o instituto das concessões deve ser revista para dar deferência à designação prescritiva da Lei e acompanhar a mutação conceitual.

Em linhas conclusivas, analisando sob a perspectiva empírica, também se faz importante entender por quais razões o administrador público deve optar por determinado arranjo contratual concessório (concessão comum, patrocinada ou administrativa) em detrimento de outras formas já consagradas no país, tais como as licitações e as privatizações.

Para tal questionamento, MARCOS NÓBREGA afirma que o primeiro ponto relevante é analisar a viabilidade do projeto sob a ótica dos investimentos envolvidos. Em projetos financeiramente autossustentáveis, a modelagem de concessões regulamentada pela Lei n.º 8.987/95 seria a mais adequada, pois o setor privado assumirá o risco do empreendimento e, decerto, somente o aceitará diante da autossustentabilidade do projeto. No caso de projetos que, diante dos altos riscos envolvidos e do elevado valor para a sua execução, não sendo possível o total ressarcimento apenas com a cobrança das tarifas aos usuários, inserem-se as concessões patrocinadas e administrativas (PPPs). Por fim, para projetos que devem ser assumidos integralmente pelo Poder Público, deve-se utilizar a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93) para a sua execução.³⁷

Destarte, o autor entende que, para a escolha do melhor procedimento, deve ocorrer a utilização do critério *VALUE OF MONEY*, onde este procura captar o benefício total do projeto executado, considerando seu custo durante toda a sua vida útil, a qualidade do bem ou serviço prestado e as externalidades geradas, tais como o crescimento econômico, impacto ambiental, mobilização de recursos, impacto social e governança.³⁸

Ressalva-se, no entanto, caso a Administração Pública opte pela escolha das modalidades de concessões patrocinadas ou administrativas em detrimento das demais opções de prestação do serviço público, deverá provar

³⁷ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 152.

³⁸ NÓBREGA, op. cit. p. 153.

a superioridade de tal escolha, demonstrando os ganhos de escala e atentando para o princípio da eficiência.³⁹

De toda sorte, as concessões de serviços (e obras) públicos contribuem para o desenvolvimento do país. Os avanços tecnológicos demandam melhores condições infraestruturais em sua concepção mais ampla e, por meio das concessões, principalmente aquelas onde há maior participação de capital privado e partilha dos riscos (as parcerias público-privadas) os resultados podem ser satisfatórios para a sociedade e, inclusive, para a Administração Pública, pois com o surgimento das concessões administrativas o capital privado é aplicado no desenvolvimento e manutenção da infraestrutura para garantir o exercício de atividades tipicamente administrativas.

2.3 Os desafios intrínsecos ao setor de infraestrutura

O conceito de infraestrutura é bastante amplo, pois compreende as estruturas essenciais que sustentam a base do desenvolvimento de um Estado, seja sob uma perspectiva econômica ou social.

Por infraestrutura econômica podemos mencionar aquelas subjacentes ao funcionamento do setor de fontes de energias, tais como: a hidráulica, eólica, solar, entre outras. Já as infraestruturas sociais podem ser compreendidas por meio da construção de hospitais, rodovias, presídios, bibliotecas, escolas.

Não obstante, os serviços públicos que dependem de mais investimentos em infraestrutura são, por muitas vezes, considerados insuficientes para atender a demanda dos usuários, resultando em um racionamento do serviço e a perda da qualidade decorrente da exploração do seu uso em excesso. Esta situação ocorre, principalmente, nos países em estágio inicial ou intermediário de desenvolvimento econômico e social.

É recorrente a constatação dos profissionais atuantes no setor de infraestrutura, bem como de pesquisadores nacionais e estrangeiros, de que o planejamento e a coordenação da seleção dos projetos de infraestrutura são

³⁹ NÓBREGA, op. cit. p. 153-154.

incompletos, limitados, e grande parte dos gestores públicos almejam apenas os ganhos políticos perante a opinião social.⁴⁰

Sem olvidarmos, inclusive, os efeitos nocivos dos casos de corrupção onde os recursos públicos, já limitados por questões orçamentárias, são alocados em projetos inapropriados para favorecer determinados grupos empresariais.

Desse modo, um dos desafios em prover a ampliação do setor de infraestrutura é garantir a aplicação dos recursos em setores essenciais, onde a construção de obras e eventuais serviços fornecidos à população sejam aperfeiçoados e fiscalizados constantemente para aumentar as externalidades positivas advindas destas atividades.

Há de se reconhecer, no entanto, que um dos entraves para ampliar o setor de infraestrutura cinge-se à situação da disponibilidade de recursos para investir. Destarte, um projeto que teria aptidão para originar melhores retornos para a sociedade, apesar de envolver valores vultosos, não é executado diante da incapacidade financeira.

Em estudos realizados pelo Banco Mundial, a título de exemplo, podemos citar a pesquisa que buscou identificar e quantificar em países da África e também os situados na América Latina, o montante de recursos necessários para garantir uma infraestrutura em níveis satisfatórios. Para tanto, foram analisados os valores que já são investidos, seja por meio de recursos públicos ou privados, e, ao ser constatado a necessidade de mais recursos para investir, qual seria o complemento financeiro necessário que estes países precisariam integralizar.⁴¹

Da análise dos dados coletados, verificou-se que, no ano de 2010, o montante estimado para desenvolver a infraestrutura na África Subsaariana seria preciso gastar US\$ 93 bilhões por ano, dos quais apenas US\$ 45 bilhões estão disponíveis através dos recursos existentes: recursos públicos do governo, recursos internos do setor privado, e outros recursos financeiros advindos de agentes econômicos internacionais. Assim sendo, há uma

⁴⁰ THE WORLD BANK; ASIAN DEVELOPMENT BANK; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Public-Private Partnerships Reference Guide*. Washington, D.C.: The World Bank, 2014, p. 31.

⁴¹ *Ibidem* p. 33.

carência de recursos (*total funding gap*) que atinge o montante de US\$ 48 bilhões.

Não obstante, os pesquisadores do Banco Mundial constataram que a carência de recursos pode decorrer de outros problemas que também afligem o setor de infraestrutura. Dos recursos envolvidos, acredita-se que US\$ 17 bilhões, ou seja, 35% do valor total necessário para ser investido, pode ser atribuído a ineficiência nos gastos públicos que decorrem de uma governança frágil, ausência de planejamento para os investimentos, precária realização da manutenção da infraestrutura já existente, e, inclusive, a ineficiência na prestação dos serviços à sociedade.

Também é possível verificar em estudos realizados em 2013, de autoria do Banco Mundial, que o investimento adicional em infraestrutura nos países da América Latina alcançam a cifra de US\$ 100 bilhões por ano, o que representaria 2% do PIB de todos os países desta região.⁴²

A realidade brasileira do setor de infraestrutura, no entanto, também não é animadora. No evento *Global Competitiveness Report*, realizado em 2012, a má qualidade da infraestrutura do Brasil aparece como segundo maior problema para as empresas que atuam em solo nacional, ficando à frente de questões relacionadas como a carga tributária. Entre os países que foram analisados, 144 ao total, o Brasil ocupou a 107ª posição em termos da qualidade da infraestrutura, cujo ponto mais negativo recaiu no setor de logística de transporte: o Brasil ocupou a 100ª posição em ferrovias, 123ª em rodovias, 134ª em aeroportos e 135ª em portos. Não obstante, o país ocupava a 48ª posição no indicador global de competitividade e a 52ª maior renda per capita, o que, de fato, demonstra que os incentivos aos investimentos em infraestrutura brasileira estão inferiores a sua real capacidade se considerarmos a força econômica do país.⁴³

No que tange à necessidade de angariar recursos para investimento em infraestrutura e que não comprometa o orçamento público, o arranjo contratual

⁴² THE WORLD BANK; ASIAN DEVELOPMENT BANK; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Public-Private Partnerships Reference Guide*. Washington, D.C.: The World Bank, 2014, p. 34.

⁴³ PINHEIRO, Armando Castelar. Momento de definição na infraestrutura brasileira. 2013. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Chrysostomo de (Organizadores). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 104.

das parcerias público-privadas torna-se uma opção viável. Os projetos passam a ser financiados pelo setor privado onde, posteriormente, será ressarcido de forma fracionada pelo Poder Público e, nos serviços em que há a cobrança de tarifas, também haverá a participação na remuneração do parceiro privado pelos usuários.

Observa-se, portanto, que as PPPs podem ser comparadas como uma forma de financiamento, semelhante as demais alternativas de obtenção de recursos pelo setor público, tais como o financiamento por bancos de fomento e a emissão de títulos da dívida pública.⁴⁴ Outro aspecto relevante trata-se da possibilidade de considerar, no investimento inicial, os custos de manutenção e reinvestimentos em um mesmo fluxo de caixa, estabelecendo a previsão de gastos, ainda que hipoteticamente, para o período de duração do contrato administrativo.

Diante da complexidade envolvida nos contratos de PPPs é imprescindível verificar por quais razões o Poder Público e os agentes privados seriam beneficiados em celebrar esta parceria.

Para iniciar o debate sobre esta questão, importante se faz analisar as hipóteses em que o setor privado não seria capaz de garantir, por si só, a responsabilidade para realizar o desenvolvimento da infraestrutura necessária ao país.

A pluralidade de serviços de infraestrutura que podem ser fornecidos permite identificar situações em que o setor privado não tem aptidão para prover ou realizar de forma suficiente. Essas situações ocorrem quando estamos diante de serviços (ou bens) tipicamente públicos⁴⁵, ou seja, aqueles caracterizados por duas condições complementares: o consumo não excludente (o uso do serviço por uma pessoa não exclui a possibilidade de

⁴⁴ COSCARELLI, Bruno; PEREIRA, Bruno; NAVES, Guilherme; REIS, Rodrigo. *Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP*. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/GuiaRadarPPP.pdf>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017, p. 26.

⁴⁵ A terminologia “público”, neste contexto, não deve ser traduzida exclusivamente como aquele bem ou serviço pertencente ao Estado, mas sim a ideia deste ser usufruído pela coletividade de forma livre.

outrem também consumir) e a indivisibilidade do serviço (quando não é possível mensurar quanto cada indivíduo consumiu).⁴⁶

Nessas circunstâncias, os serviços públicos em sentido estrito devem ser providos exclusivamente pelo Estado. Como exemplo, temos a atividade de segurança pública, pois, os indivíduos beneficiados pela atividade de segurança usufruem de proteção sem que seja necessário excluir o uso por um terceiro, não há rivalidade no uso do serviço⁴⁷. Ainda, não é possível quantificar individualmente quanto o cidadão utilizou-se dos serviços da segurança pública, o que permitiria a existência dos *free-riders*⁴⁸, ou seja, aqueles que se beneficiariam do serviço sem que houvesse um pagamento pelo uso, tornando a atividade pouco atrativa para o setor privado.⁴⁹

Outra hipótese ocorre nos serviços em que a sua prestação acarretam um monopólio natural. Os investimentos e as economias de escala seriam bastante elevados que somente o Estado teria interesse em prestar esta atividade, pois os retornos dos ativos investidos são de longo prazo. Ainda que o Estado delegue esta atividade ao particular através da concessão, o investimento só se tornará possível, em um cenário de monopólio natural, se houver o suporte do Poder Público.

Sem embargo, também não é financeiramente viável que o Poder Público garanta a execução de todas as obras de infraestrutura necessárias ao país por meio dos recursos públicos.

⁴⁶ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 56.

⁴⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 120.

⁴⁸ Outro exemplo do efeito "*free-riders*" pode ser encontrado na doutrina de Robert Cooter e Thomas Ulen, como a situação em que as pessoas estejam usufruindo do serviço de transporte de um bonde elétrico e para fazê-lo funcionar seja preciso colocar dinheiro em um medidor de energia e que disponha de fiscalização. Os usuários podem perceber que, qualquer que pessoa que pague acaba por conceder uma viagem de graça às demais pessoas. Desse modo, algumas pessoas irão colocar o valor integral da passagem; alguns venham a colocar apenas parte deste dinheiro; e outros não colocuem nenhum valor. Por causa do efeito "*free-rider*", o custo pago pelos demais pode ser elevado para garantir a manutenção do serviço, tornando-o pouco atrativo para o setor privado. (COOTER; ULEN, op. cit. p. 121.)

⁴⁹ Também é possível que o serviço seja considerado como "bens quase públicos ou meritórios", apesar de ser, do ponto de vista econômico, atrativo ao setor privado, os seus efeitos geram várias externalidades positivas (diante dos efeitos sociais propiciados) que o Estado também tem a obrigação de garantir, tais como, por exemplo, os serviços de educação e saúde. (NÓBREGA, op. cit. p. 56).

Em países emergentes, onde está incluído o Brasil, o baixo investimento em infraestrutura repercute na restrição ao crescimento, pois vai estagnar o aumento da produtividade e o investimento de capitais em setores econômicos.

A necessidade de aumentar o montante de investimentos em infraestrutura de 2% para algo próximo a 5% do produto interno bruto (PIB)⁵⁰ levaria o Brasil a padrões semelhantes aos de países industrializados do leste da Ásia, a exemplo da Coreia do Sul.⁵¹

Desse modo, a cooperação de desígnios entre o setor público e privado, almejando a ampliação da infraestrutura nacional, permite que alguns objetivos sejam alcançados, tais como: o estabelecimento de sistema de metas e incentivos ao parceiro privado para melhorar a eficiência na prestação dos serviços; uma maior transparência nos gastos públicos; utilização da inovação tecnológica; e melhor alocação dos riscos entre o concessionário e o Poder Público.

Em suma, o que dificulta o desenvolvimento de bons projetos em infraestrutura não se trata apenas da escassez de recursos, mas é preciso ter uma gestão pública qualificada, estabelecer estratégias e buscar pela eficiência nas etapas de elaboração do projeto, analisando desde a fase prévia de elaboração da minuta contratual, passando pela fase licitatória na escolha do parceiro privado e, inclusive, durante a execução das atividades para garantir retornos sociais e econômicos satisfatórios para as três partes desta relação: Administração Pública, usuário e o agente econômico privado.

⁵⁰ Produto interno bruto (PIB) é o valor de mercado de todos os bens e serviços finais produzidos em um país, em um dado período. Na ciência econômica, os economistas estudam a composição do PIB de acordo com diversos tipos de gastos. Desse modo, o PIB é dividido em quatro componentes: consumo (despesas do setor privado); investimento (compras de bens de capital, estoques e estruturas); compras (gastos em bens e serviços) do governo; e as exportações líquidas. (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. 468-472).

⁵¹ OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Chrysostomo de (Organizadores). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. 1. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 16.

3 PLANEJAMENTO DE PROJETOS PARA PPPS

3.1 Custos de transação na celebração do contrato

Há de se reconhecer que, diante da complexidade das negociações e da estruturação do projeto do empreendimento, as fases de uma parceria público-privada envolvem grandes custos para os contratantes. Desse modo, torna-se imprescindível discutir criticamente quais seriam os custos das transações existentes e as principais características dos arranjos contratuais das concessões públicas.

Os elementos essenciais para que o Poder Público possa celebrar contratos de PPPs devem ser analisados em dois momentos. Inicialmente, sob uma perspectiva *ex ante*, ou seja, na fase pré-contratual, onde esta consiste na elaboração do projeto e na fase licitatória para selecionar os participantes adequados; bem como em momento *ex post*, após a assinatura do contrato e o início das fases que se sucedem, como, por exemplo, a captações de recursos para o empreendimento, o início da execução das obras e, também, a manutenção dos serviços durante toda a vigência do contrato administrativo.

Para iniciar a modelagem de um projeto de infraestrutura de grande porte, a Administração Pública deve dispor de uma equipe multidisciplinar composta por especialistas técnicos, jurídicos e econômico-financeiros, bem como aqueles que atuem diretamente no setor cujo empreendimento será desenvolvido. Este corpo técnico demandará, por conseguinte, elevados custos para sua manutenção.

Ainda, há de se considerar que o conhecimento do mercado-alvo da operação do projeto torna-se imprescindível no momento da seleção do parceiro privado. Este estudo prévio na elaboração do projeto é denominado pelos especialistas de análise ou mapeamento da indústria ou setor dentro do qual o projeto faz parte, ou seja, o universo dos participantes com capacidade técnica e financeira para investir e garantir a execução do serviço com a qualidade e eficiência estabelecida pelo Poder Público.⁵²

⁵² RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO nos dá conta de que diversas informações devem ser consideradas pelo corpo técnico dos servidores responsáveis na elaboração do projeto de uma PPP. Dados relativos à dimensão do setor, à sua composição em termos de produtos, à sua geografia, seus ciclos sazonais, à demanda pelo serviço, exposição a questões legais, regulatórias e ambientais, perfil financeiro dos potenciais financiadores do projeto, as principais fontes de receitas e custos, os potenciais agentes interessados em participar da licitação e a disponibilidade de capital próprio, aspectos macroeconômicos que dependam da situação do país ao longo dos anos, os principais riscos do empreendimento, são exemplos de dados que devem ser considerados como condição para uma modelagem contratual eficiente.⁵³

Entretanto, há situações em que o Poder Público, principalmente, nos entes subnacionais, não dispõe de um quadro técnico apto a verificar e analisar as principais informações sobre o setor objeto do empreendimento; ou, ainda, na hipótese de se tratar de um setor de mercado relativamente novo, de modo que a análise é realizada simplificada e que, por muitas vezes, tornar-se-á incompleta.

Destarte, diante da dificuldade em sistematizar todas as informações necessárias, a Administração Pública, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, pode utilizar como fontes complementares os dados disponibilizados pelas associações de agentes do respectivo mercado, por exemplo, no caso do mercado de rodovias, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), ou a Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB); a entidade reguladora do setor, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); ou as associações de usuários do serviço, tal como a Confederação Nacional do Transporte (CNT).

Após mencionarmos algumas das dificuldades iniciais que o Poder Público encontrará na estruturação de grandes projetos de infraestrutura por meio das parcerias público-privadas, imprescindível se faz analisar o que consiste, de fato, os custos de transações para, posteriormente, estabelecermos critérios diferenciadores entre um contrato de PPP para os demais contratos administrativos.

⁵³ RIBEIRO, op. cit. p. 9.

Inicialmente, podemos definir o contrato por meio de uma visão ampla, seja ele regido por normas de direito público ou privado, como sendo o instrumento jurídico apto para as partes que estão negociando, de forma livre e consciente, expressarem suas vontades e estabelecerem os direitos e as obrigações que os envolvidos deverão adimplir, ressalvadas algumas exceções que impossibilitam o cumprimento, onde estas são estabelecidas no próprio contrato ou em normas jurídicas correlatas.

Como bem observa MARCOS NÓBREGA, o modelo clássico dos contratos, sob uma perspectiva econômica, pressupõe que as partes deveriam apresentar uma racionalidade ilimitada e que processassem de forma ótima todas as informações necessárias para negociar. Segundo o autor, esta concepção clássica do contrato demandaria a existência de uma “informação livre e plenamente inteligível pelas partes quando da assinatura da avença, o que determina a ausência de dificuldades cognitivas”.⁵⁴

Com os avanços das pesquisas e debates acadêmicos na seara jurídica e econômica, a percepção de racionalidade ilimitada dos indivíduos da relação contratual foi superada a partir dos anos de 1950 por meio de abordagens mais complexas que, diante do reconhecimento da incapacidade do ser humano em prever todas as situações possíveis e que impactam no contrato, consideram imprescindível a estipulação de melhores práticas para alocação dos riscos e na escolha de melhores portfólios⁵⁵ para os projetos.

Em meados dos anos de 1960 e 1970, foram incorporados aos estudos da doutrina contratual aspectos da teoria dos incentivos e da economia da informação. Nas décadas subsequentes, 1980 e 1990, as pesquisas desenvolvidas abarcam a análise de contratos de longo prazo e sua dinâmica. Por conseguinte, os temas relacionados à renegociação contratual, os contratos relacionais e os contratos incompletos, tornam-se relevantes diante desta nova perspectiva.

Os contratos contemporâneos estão envolvidos em um ambiente econômico bastante complexo e necessitam da interpretação de termos

⁵⁴ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 100.

⁵⁵ BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. *Contract Theory*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005. Apud: NÓBREGA, op. cit. p. 100.

técnicos cada vez mais sofisticados. Desse modo, há uma demanda de aprimoramento em temas relevantes como direitos de propriedade, discricionariedade, instituições e governança, etc.⁵⁶

Na seara dos contratos administrativos de PPPs, a indissociável incompletude contratual exerce papel importante durante toda a vida útil de um projeto de infraestrutura. As elevadas despesas e a complexidade em sua estruturação necessitam que o Poder Público pondere diversos fatores que podem favorecer para uma economia dos recursos públicos e melhor eficiência na execução do serviço. Pois é certo que quanto mais custoso for o processo de elaboração do projeto, estes custos serão absorvidos e, em grande parte, serão repassados nas propostas da fase licitatória.

Trazemos à baila o entendimento de MARCOS NÓBREGA⁵⁷ que defende existir um permanente *trade-off*⁵⁸ nos contratos administrativos entre os princípios da eficiência e legalidade, pois quanto maior for o trâmite burocrático, quanto maiores as incertezas das lacunas do contrato, mais elevados serão os custos de transação. Sob a perspectiva da eficiência, aduz o autor que há corrente doutrinária estrangeira favorável no sentido de que, para obras de elevada complexidade, a licitação deveria ser dispensada, desde que haja comprovação da escolha de empresa com experiência técnica notória no mercado, mediante procedimento de negociação transparente para definir as cláusulas contratuais.

No entanto, essa medida, ainda que pretenda alcançar altos índices de eficiência e economia de recursos, é vedada pela norma constitucional da obrigatoriedade da realização do processo licitatório; inclusive, a dispensa da licitação para obras de infraestrutura de valores vultosos, facilitaria a ampliação dos casos de corrupção e favorecimentos que assolam a Administração Pública brasileira.

⁵⁶ NÓBREGA, op. cit. p. 101.

⁵⁷ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Análise econômica do direito administrativo*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 405.

⁵⁸ *Trade-off* é um termo bastante utilizado na seara das ciências econômicas e, sem síntese, compreende a situação de escolha entre opções conflitantes, onde, ao escolher uma opção deve-se abrir mão de outra. A título de exemplo, o *trade-off* clássico pode ser compreendido pela Curva de Phillips que correlaciona as grandezas da inflação e do desemprego como instrumento auxiliar das políticas monetárias.

A fase licitatória para um projeto de infraestrutura demanda bastante atenção para o Poder Público, principalmente, para evitar as hipóteses definidas como superfaturamento⁵⁹ em favor do concessionário. JEAN-JACQUES LAFFONT e JEAN TIROLE⁶⁰ são responsáveis pelo desenvolvimento da moderna teoria de licitações, cujo principal aspecto desta teoria cinge-se em incentivar o uso, pelo Poder Público, de mecanismos diferenciados para desenhar modelos licitatórios, partindo da hipótese de que existe uma assimetria de informações prévia ao certame. Os licitantes, em sua grande maioria, possuem mais informações sobre o mercado de bens e serviços, sob a perspectiva qualitativa e quantitativa, do que a Administração Pública.

Destarte, o ente público encontra-se numa situação de seleção adversa, pois é do conhecimento deste que o licitante possui informações privilegiadas e vai utilizar-se dessa vantagem antes da assinatura do contrato. Assim, conforme defende LAFFONT e TIROLE, o Governo deve desenvolver um mecanismo de revelação de informações para reduzir a vantagem dos licitantes.

Exemplo clássico de mecanismo revelador de informações é encontrado no direito privado, em especial, no mercado de seguros de automóveis. Nessa hipótese, a seguradora, diante da impossibilidade de conhecer detalhadamente as características individuais de cada consumidor, oferece diversas opções contratuais pré-definidas para que o segurado aceite espontaneamente aquela que mais se aproxime das suas necessidades, revelando, desse modo, informações essenciais para a seguradora.

Não obstante, estabelecer diversos *menus* contratuais na seara do direito público, principalmente, por conta dos princípios que regem a

⁵⁹ Conforme consta na Instrução Técnica do DITEC – 04/06, o superfaturamento é um dano ao Erário configurado por: medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; má qualidade na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em redução na qualidade, vida útil ou segurança; pagamento de obras, bens e serviços por preços manifestamente superiores à média praticada pelo mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; não manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor da Administração, por meio da alteração de quantitativos e/ou preços durante a execução da obra; e a alteração de cláusulas financeiras, gerando recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual ou reajustamento irregulares (NÓBREGA, op. cit. p. 407-08).

⁶⁰ LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A theory of incentives in procurement and regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993. Apud: NÓBREGA, op. cit. p. 408.

Administração Pública, torna-se uma tarefa difícil. O contrato administrativo já dispõe da sua minuta previamente fixada no edital do certame licitatório sendo, portanto, um contrato do tipo “pegar ou largar”.⁶¹

MARCOS NÓBREGA nos ensina que os critérios de qualificação técnica e econômica previstos nos editais de licitação são insuficientes para relevar informações seguras que permitam ao Poder concedente verificar as reais capacidades dos licitantes para executar a obra ou serviço objeto da licitação. Por conta da seleção adversa muitos problemas podem surgir após a fase licitatória. O autor cita o exemplo, nos casos da realização de obras, onde o vencedor assina o contrato já de antemão sabendo que não terá condições de cumpri-lo. Nesse caso, uma parte da obra é executada para, em seguida, interromper a execução alegando desequilíbrio econômico-financeiro e, também, ocasionando um impasse com o Poder Público que pode levar à paralisação da obra.⁶²

Podemos identificar outro ponto que implica em elevados custos para a Administração Pública após a assinatura do contrato administrativo pelo concessionário. Trata-se da hipótese convencionada pela doutrina como *moral hazard* (risco moral) que ocorre quando a assimetria informacional do concessionário é adquirida após a assinatura do contrato. Por conseguinte, é importante que o Poder Público esteja atento às mudanças do projeto original e os custos daí derivados.

A problemática do *moral hazard* é analisada como uma questão qualitativa, ou seja, o concessionário passa a executar o serviço com uma qualidade inferior ou simplesmente não executa. Esta situação é recorrente nas concessões públicas na América Latina, sendo comum a ocorrência de renegociações contratuais em pouco tempo após a assinatura do contrato. Com constantes renegociações, além de aumentar os custos de transações que são despendidos para resolver o impasse, os ganhos da competição existente no processo licitatório são mitigados.⁶³

Uma das soluções para o caso do *moral hazard* seria a utilização de mecanismos privados de resolução de conflitos, inclusive, por meio da

⁶¹ NÓBREGA, op. cit. p. 409.

⁶² Ibidem p. 409.

⁶³ Ibidem p. 411.

arbitragem. Embora haja previsão no ordenamento jurídico brasileiro para adotar tal prática, conforme previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/04, o Poder Público e o concessionário, bem como parcela da sociedade interessada na fiscalização dos recursos públicos, tem receio em relação ao uso do instituto da arbitragem por acreditar que, nesses casos, estar-se-ia violando o princípio da indisponibilidade do interesse público e, também, dos custos envolvidos no procedimento arbitral.

Não obstante, conforme já mencionado, há previsão legal que autoriza o uso da arbitragem para as parcerias público-privadas. Entendemos ser este instituto um dos instrumentos mais eficientes na resolução dos litígios de grandes empreendimentos como são as parcerias público-privadas, por duas razões: a) o árbitro escolhido pelas partes será um especialista no assunto e terá um auxílio multidisciplinar para proferir a sentença arbitral adequada ao caso em concreto. Inclusive, diante da regulamentação da arbitragem, prevista na Lei nº 9.307/96, é garantido às partes o direito ao contraditório e a ampla defesa; b) os custos da arbitragem podem, de fato, ser elevados, mas há de se considerar que, no judiciário, também estão envolvidos custos de transações, não olvidando que, as despesas com os peritos judiciais, os demais custos processuais, o tempo despendido aguardando uma decisão judicial e eventuais recursos, também importam em prejuízo financeiro ao empreendimento que poderá ser paralisado até a solução do impasse.

Há de se considerar que a cultura dos brasileiros para a resolução de conflitos é voltada para a intervenção de um terceiro, ou seja, por meio de uma decisão proferida por um juiz ou árbitro. Deste modo, a autocomposição do litígio é pouco utilizada, em especial, nas demandas que envolvem matérias de direito público.

Não obstante, o novo código de processo civil (Lei nº 13.105/15), tenta mudar este cenário ao dispor, como uma das normas fundamentais do processo civil, a valorização dos métodos consensuais de resolução de litígios pelos juízes, tais como a conciliação e mediação. Inclusive, prevê, em seu art. 174, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem criar câmaras de conciliação com atribuições relacionadas à autocomposição em âmbito administrativo.

Em impasses decorrentes de contratos de parcerias público-privadas, a depender da matéria envolvida no litígio, pensamos que a autocomposição através de audiências de conciliação, composta por uma equipe técnica de conciliadores conhecedores da matéria e que possam apontar soluções viáveis para as partes, possa ser um efetivo meio de reduzir os custos de transações que envolvem um procedimento arbitral ou judicial.

Ao analisar precedentes de decisões já proferidas, o Poder Público e o parceiro privado podem ter condições de avaliar o impacto futuro que uma decisão judicial, ou arbitral, possa acarretar para os envolvidos, e reconhecer que, por meio da autocomposição, seja possível obter benefícios mútuos, inclusive, poupando tempo e recursos financeiros.

Entretanto, ressaltamos que, por conta das assimetrias de informações e dos eventuais comportamentos oportunistas que as partes possam desempenhar diante desta vantagem informacional, torna-se bastante difícil obter resultados positivos pela via conciliatória. Também, é real a possibilidade de que acordos sejam firmados simplesmente para obter favorecimentos indevidos para uma das partes.

Por conseguinte, a fiscalização pelos meios de controle interno e externo, bem como pela sociedade civil, dos acordos celebrados pelo Poder Público com o particular, ou seja, em situações que não violem dispositivos do microssistema normativo das concessões públicas, sendo permitidas apenas em matérias relacionadas aos direitos disponíveis, tais como questões econômicas, faz-se imprescindível para garantir a probidade do acordo.

Dando continuidade às hipóteses que acarretam elevados custos nos contratos de PPPs, podemos encontrar situação denominada pela doutrina estrangeira pelo nome de *hold up*⁶⁴. Quanto mais específico for o ativo envolvido no empreendimento da parceria público-privada, maior será a possibilidade de que ocorra uma situação de “quase-renda”⁶⁵, ou seja, a

⁶⁴ NÓBREGA, op. cit. p. 412.

⁶⁵ Ronaldo Fiani fornece o seguinte exemplo que ilustra de maneira precisa a situação de quase-renda: “Considere um ativo com um grau significativo de especificidade que gere ao seu proprietário uma receita mensal de R\$5.500 e cujo custo operacional mensal seja de R\$ 1.500. Suponha que em uma aplicação alternativa àquela para a qual foi originalmente concebido, este ativo gere uma receita mensal de R\$ 1 mil. Sua quase-renda é de R\$ 5.500 – R\$ 1.500 – R\$ 1.000 = R\$ 3.000. Este valor indica o quanto é possível subtrair da receita do proprietário do ativo específico sem que ele se retire da atividade em questão para uma atividade alternativa.

diferença de retorno da aplicação que poderia ser obtida naquela atividade ou em um empreendimento alternativo.

Destarte, em regra, os ativos podem ser específicos quanto a sua localização, ou seja, quando os custos de transferência de um ativo de um local para o outro são extremamente elevados, o que impossibilitaria a sua transferência; quanto a especificidade de ativos dedicados, onde esta situação ocorre quando o valor de um ativo é vinculado à realização da promessa de uma demanda futura pelos serviços prestados; e, também, quanto a especificidade de ativos humanos, quando há necessidade de uma especialização técnica da mão de obra para desenvolver uma atividade complexa.⁶⁶

MARCOS NÓBREGA defende o posicionamento de que, quanto maior for a especificidade de um ativo, mais o Poder Público e o setor privado se relacionarão de forma exclusiva, ou quase exclusiva. Desse modo, os contratos vultosos de PPPs em grandes obras podem estar incluídos no “problema do refém” (ou *hold up*), onde uma parte poderá explorar a fragilidade da outra parte em constantes renegociações contratuais. No setor de infraestrutura, em via de regra, os investimentos são bastante específicos e não haveria, portanto, uma alternativa para os ativos empreendidos.⁶⁷

Entre os argumentos favoráveis à utilização de ativos específicos em contratos de PPPs, há o entendimento esposado por RONALDO FIANI que, embora considere arriscada e vulnerável a opção por ativos específicos, defende que por ser um ativo especificamente destinado a uma aplicação particular, o seu custo de oportunidade é reduzido e, de outro lado, sua produtividade é mais elevada do que um ativo com baixa especificidade, o que favoreceria o aumento de receitas. Ainda, analisando sob uma perspectiva inversa, argumenta o autor que os ativos que não são específicos, por conseguinte, possuem um custo de oportunidade mais elevado por haver um grande número de demandantes em potencial para o ativo em questão, o que

Dito de outra forma, se a receita do proprietário do ativo específico for de apenas R\$ 5.500 – R\$ 3.000 = R\$ 2.500, este proprietário hipotético estaria, ainda assim, cobrindo seus custos operacionais e seu custo de oportunidade, e não teria motivos para abandonar a transação.” (FIANI, Ronaldo. *O problema dos custos de transação em parcerias público-privadas em infraestrutura*. Brasília: IPEA, 2016, p. 17-18).

⁶⁶ FIANI, op. cit. p. 16.

⁶⁷ NÓBREGA, op. cit. p. 413-14.

elevaria os custos por não utilizá-lo em atividades alternativas, bem como, apresentariam uma produtividade mais reduzida, diminuindo as receitas geradas por estes ativos.⁶⁸

Contudo, há de se reconhecer que nem sempre a especificidade de um ativo representa maiores ganhos econômicos para as partes. A título de exemplo de ativos específicos no cenário nacional, podemos citar as recentes obras em infraestrutura realizadas no Brasil nos últimos anos, em especial, os estádios olímpicos para os eventos da Copa do Mundo e as Olimpíadas do Rio de Janeiro. Alguns desses empreendimentos tornaram-se subutilizados após os eventos, as previsões positivas para reaproveitamento desses ativos não foram concretizadas e, diante dos fatores econômicos e políticos que repercutem na sociedade brasileira, muitos dos contratos de parcerias público-privadas estão sendo rescindidos, ou em fase de renegociação.

Após levantarmos algumas das situações que podem ser encontradas nos contratos de PPPs e ensejam uma elevação nos custos de transação *ex ante* e, por conseguinte, também em custos *ex post* – tais como a seleção adversa, *moral hazard* e *hold up* – passaremos a analisar um ponto imprescindível em projetos de infraestrutura, qual seja, o regime remuneratório das concessões públicas.

3.2 Regime remuneratório das parcerias público-privadas

Pressuposto para execução das obras e serviços dos grandes empreendimentos trata-se da obtenção de receitas para viabilizar e garantir a manutenção das atividades. A sociedade de propósito específico (SPE), objetivando angariar capital suficiente para os investimentos, contorna essa restrição por meio de recursos obtidos no mercado financeiro. Por conseguinte, a percepção de receitas futuras pelos serviços prestados faz-se imprescindível para adimplir as dívidas iniciais e tornar-se autossustentável do ponto de vista financeiro.

Como bem observa MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO, grande parte das garantias fornecidas pelo concessionário aos financiadores, estruturada por

⁶⁸ FIANI, op. cit. 19.

meio do modelo de *project finance*⁶⁹, encontra-se vinculada à receita futura que será obtida com a prestação de serviços, dependendo, assim, do sucesso do empreendimento. Ressalva o autor que, no Brasil, é raro que os projetos sejam estruturados desde o início e cuja única garantia seja a vinculação das receitas futuras sem qualquer exigência de garantias com lastro em outros ativos patrimoniais.⁷⁰

A Lei nº 11.079/04 dispõe que as parcerias público-privadas poderão ser remuneradas, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, por uma contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público. Não obstante, nos casos de concessões administrativas, onde a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço, haverá apenas as contraprestações públicas, haja vista ser esta a usuária principal e também responsável pelo adimplemento das contraprestações públicas.

Neste contexto, analisaremos a natureza jurídica das tarifas e das contraprestações públicas, estabelecendo as divergências doutrinárias no que tange à política tarifária, as receitas marginais passíveis de exploração pelo concessionário, bem como as hipóteses legais que caracterizam as contraprestações pagas pelo Poder Público.

A escolha da tarifa como uma das opções de pagamento ao concessionário decorre da ideia de atribuir aos usuários o custeio das despesas (com pessoal, com manutenção e ampliação da estrutura, aquisição de equipamentos etc.) e o lucro decorrente do serviço prestado. Assim sendo, pode-se dizer que não há serviço público gratuito em termos econômicos. Uma frase bastante conhecida em livros acadêmicos de economia é *“there ain’t no such thing as a free lunch”*⁷¹, pois sintetiza a ideia de que tudo cujo acesso possa ser considerado limitado, restrito, terá um custo, podendo ser pago diretamente ou por terceiros.

⁶⁹ O modelo do *project finance* é constituído por diversos agentes econômicos que contribuem para o financiamento dos projetos em PPP. Mauricio Portugal Ribeiro aduz que, nessa modalidade, o grande risco para os financiadores está na fase anterior ao início da prestação do serviço, pois até então não haveria receita operacional, mas apenas despesas. Nesses casos, é viável que seja exigido a compra de seguros de término do projeto (*completion guarantee*), para diminuir o risco suportado pelos financiadores. (RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 139-40).

⁷⁰ RIBEIRO, op. cit. p. 139.

⁷¹ Tradução livre: não existe almoço grátis.

Em relação à tarifa, embora o art. 9º, caput, da Lei nº 8.987/95, estabeleça que seja fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação, tem-se que entender que, dependendo do critério a ser adotado para julgamento das propostas, a fixação da tarifa poderá ser da competência do Poder concedente, isso porque o art. 15 da Lei nº 8.987/95 estabeleceu sete critérios distintos de julgamento.

Destarte, imprescindível abordar a temática da fixação das tarifas inseridas em um contexto de política tarifária. Para tanto, analisaremos os termos definidos como: (i) tarifa social; (ii) tarifa com efeito arrecadatório em benefício do Poder concedente; (iii) tarifas regulatórias; e (iv) tarifas mínimas.⁷²

A tarifa social é bastante utilizada para retratar situações em que os recursos de parcela dos usuários são, em geral, escassos para custear as despesas do serviço e o retorno financeiro da concessionária. Há uma série de questões relacionadas na fixação de tarifas em decorrência da situação econômica.

RAFAEL WALLBACH SCHWIND entende que a tarifa social é dever do Poder Público, pois este deve criar condições para permitir que um maior número de pessoas tenha acesso aos serviços públicos que, por vezes, são essenciais para a satisfação de necessidades fundamentais. Seria, portanto, um mecanismo de universalização do serviço, haja vista não ser suficiente apenas garantir a prestação do serviço, mas sim instituir condições para que ele seja efetivo e concreto. Conclui o autor ao argumento de que eventual impossibilidade econômica dos usuários do serviço tem de ser resolvida por meio da transferência desses encargos para a coletividade, amparado em instrumentos de solidariedade social.⁷³

Entretanto, o estabelecimento de uma tarifa social provoca certa divergência doutrinária. O motivo desta desavença cinge-se em torno da possibilidade de repassar os efeitos econômicos da tarifa social para as tarifas cobradas dos demais usuários.

Deste modo, podemos fazer um contraponto com o posicionamento esposado por GUIMARÃES PEREIRA. No que tange à compensação das tarifas sociais, o autor defende que as tarifas sociais não devem ser compensadas por

⁷² SCHWIND, op. cit. p. 112.

⁷³ SCHWIND, op. cit. p. 113.

subsídios internos, ou seja, repassado aos outros usuários do serviço, mas por meio de subsídios públicos oriundos de receitas gerais. O subsídio com recursos públicos seria, portanto, a única das alternativas cogitáveis – entre as hipóteses de ser ônus do concessionário, subsídio interno ou cruzado, ou subsídio público – que atenderia aos princípios constitucionais aplicáveis.⁷⁴

Ainda, há quem defenda a possibilidade de existir diferenciação entre as tarifas cobradas aos usuários, desde que esta possibilidade seja feita por meio de aprovação legislativa. Este é o entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO ao afirmar que o princípio da legalidade destina-se, nesse campo, a evitar que o ocupante de cargo executivo utilize-se da atividade administrativa para introduzir decisões políticas fundamentais. Desse modo, a instituição de tarifas sociais importa transferência de riquezas entre os usuários e não pode ser considerada como mera atividade administrativa. Assim sendo, a tarifa social pressupõe a aprovação legislativa, cabendo à lei autorizar essa solução e estabelecer os critérios imprescindíveis para a sua aplicação.⁷⁵

Em sequência, passamos a analisar as tarifas com efeitos arrecadatórios em benefício do Poder concedente. Nesses casos, a tarifa se destina não apenas a custear o serviço fornecido, mas também a ampliação da arrecadação estatal.

Exemplo extraído da doutrina⁷⁶ diz respeito ao o fato verificado em concessões de rodovias, em que muitas vezes se prevê que uma parcela da tarifa cobrada dos usuários seja revertida ao Estado a fim de que haja a manutenção e ampliação da malha viária não concedida à iniciativa privada.

Outra hipótese bastante usual trata-se das situações em que o concessionário deve pagar um valor pela outorga. É notório que o valor pago representa um custo ao concessionário, que deve compensá-lo justamente na tarifa cobrada pela prestação do serviço. Observa-se que, diante do cenário de recessão econômica do Brasil, em 2015, o Governo Federal empenhou-se para realizar outorgas de hidrelétricas com a finalidade principal de obter receita para equilibrar o orçamento público federal.

⁷⁴ PEREIRA, César A. Guimarães. Usuários de serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 377.

⁷⁶ SCHWIND, op. cit. p. 118.

Não obstante, em alguns momentos a fixação da tarifa também terá o objetivo de produzir uma indução de comportamento dos usuários quanto ao uso do serviço ou da infraestrutura. Para tanto, a doutrina denominou esse mecanismo pelo nome de tarifa regulatória.⁷⁷

Por via de regra, a tarifa regulatória ocorrerá nos serviços que dependam de bens escassos, como, por exemplo, o abastecimento de água⁷⁸, ou cuja prestação encontra limites na capacidade instalada do sistema, como o fornecimento de energia elétrica. Nesses casos, o valor unitário consumido pelos usuários é elevado de modo progressivo em função da intensidade do consumo ou do momento em que se dá a utilização do serviço.

MARÇAL JUSTEN FILHO denomina as tarifas nessa modalidade de “tarifas extrafiscais”, em razão da semelhança com a extrafiscalidade tributária em que há previsão de tributos com o objetivo indutor de determinados comportamentos.⁷⁹

Destarte, é válida a previsão de tarifas com efeito regulatório para incentivar o uso racional do serviço público que dependam de bens escassos.

Por fim, existe a modalidade das tarifas mínimas (ou tarifas básicas). Estas consistem na cobrança de um valor periódico mínimo dos usuários por conta da disponibilidade do serviço. Trata-se de sistemática de cobrança prevista em diversos serviços de interesse social, prestados tanto sob delegação como diretamente pelo Estado.⁸⁰

Estabelecidas as principais classificações tarifárias, imprescindível abordar, ainda que brevemente, o princípio da modicidade tarifária. Este

⁷⁷ SCHWIND, op. cit. p. 121.

⁷⁸ Observa-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça consolidou a possibilidade de tarifas regulatórias ao editar a Súmula n.º 407, cuja redação estabeleceu o seguinte teor: “É legítima a cobrança de tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e faixas de consumo”.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 378.

⁸⁰ Em junho de 2008, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 356 para confirmar a legitimidade da cobrança de tarifas mínimas (ou básicas): “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”. Ainda que a súmula supracitada tenha abordado as tarifas mínimas apenas no serviço de telefonia fixa, é possível cogitar que os mesmos critérios possam ser aplicados a outros serviços nos quais a simples disponibilidade ao usuário provoca custos elevados que precisam ser cobertos de alguma forma, por exemplo, os serviços de abastecimento de água, coleta de esgoto, fornecimento de energia elétrica, gás canalizado etc.

encontra fundamento legal no art. 6.º, §1.º, da Lei n.º 8.987/95, que define como serviço adequado aquele que satisfaça, dentre outras condições, a modicidade das tarifas.

O princípio da modicidade tarifária significa que a tarifa deve ser praticada com o menor valor possível para cobrir as despesas do concessionário e proporcionar o retorno dos investimentos. Desse modo, a remuneração devida pela prestação do serviço não pode ser elevada a ponto de tornar excessivamente onerosa a sua utilização. Para RAFAEL WALLBACH SCHWIND, o usuário é “instrumental para a realização dos valores relacionados à prestação do serviço, seria um contrassenso a fixação de tarifas que, na prática, impedissem o seu acesso ao serviço”.⁸¹

Importante ressaltar uma distinção entre o princípio da modicidade tarifária e a tarifa social, anteriormente analisada. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO destaca que, por definição, a tarifa social é artificialmente engendrada em razão de objetivos sociais de políticas públicas e que, por esta característica, tem por pressuposto o seu complemento por subsídios internos ou externos à concessão, o que não ocorre com a tarifa módica, que não pode ser deficitária.⁸²

No entanto, a questão da suficiência (ou deficiência) das tarifas módicas não é pacífica na doutrina.

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES argumenta que o princípio da modicidade tarifária se relaciona com o acesso ao serviço, e não propriamente com a noção de suficiência da tarifa como resultado de uma equação econômico-financeira adequada ao ajuste concessionário.⁸³

Destarte, continua explicando o autor supramencionado que, quando a lei determina que se observe a modicidade tarifária, está a impor que o Poder Público fixe um valor à tarifa que garanta o acesso ao serviço. Nos casos em que os custos envolvidos na gestão eficiente do serviço importem em tarifas elevadas, cuja dimensão numérica ultrapasse os níveis de acessibilidade do

⁸¹ SCHWIND, op. cit. p. 70.

⁸² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, 2006, p. 81.

⁸³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*, 2008. Apud: SCHWIND, op.cit. p. 70.

serviço público, haveria infração à modicidade tarifária, a qual deveria ser resolvida por mecanismos de subsídios estatais a fim de evitar uma violação ao princípio da modicidade tarifária. Portanto, assegurar a modicidade tarifária pode significar, em muitos casos, produzir ajustes concessórios que sejam economicamente deficitários.⁸⁴

Dando sequência ao estudo acerca do regime remuneratório das concessões públicas podemos constatar que, além da tarifa cobrada aos usuários, também estão previstas outras fontes de receitas alternativas, complementares, ou acessórias.

A Lei nº 8.987/95, em seu art. 11, tratou da matéria acerca das receitas marginais de modo bastante genérico, sem aprofundar eventuais desdobramentos que possam surgir no que tange a sua regulamentação.

Não obstante, a doutrina especializada⁸⁵ procurou estabelecer parâmetros na concepção das receitas marginais. Estas podem ser definidas como receitas oriundas de atividades distintas ao serviço delegado, mas que guardam relação econômica, uma vez que tais receitas devem ser revertidas em proveito da eficiência na prestação do serviço.

Um dos exemplos mais usuais de receitas marginais cinge-se em torno da obtenção de recursos por meio da exploração de espaços publicitários. Na concessão de serviço público de transporte de passageiros, por exemplo, é possível verificar a publicidade com mais frequência, onde os espaços internos e externos dos veículos utilizados podem servir para a alocação de propaganda.

Das espécies destas receitas podem ser estabelecidas algumas distinções entre as receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos associados.

Receitas alternativas podem ser definidas como aquelas obtidas com a exploração do objeto da concessão de um modo diferente à cobrança de tarifa. Como nos dá conta RAFAEL WALLBACH SCHWIND⁸⁶, esta modalidade não consiste no desenvolvimento de outras utilidades ao público que não o próprio serviço delegado e tampouco ampliam o objeto da concessão. A geração de receitas

⁸⁴ GUIMARÃES, op cit. p. 71.

⁸⁵ SCHWIND, op. cit. p. 267.

⁸⁶ SCHWIND, op. cit. p. 272.

alternativas é obtida mediante o desenvolvimento de oportunidades. A ideia, aduz o autor, é custear o serviço, ou seja, permitir que a remuneração ocorra sem a cobrança de tarifa. Se, no entanto, por conta das receitas alternativas, houvesse uma ampliação do serviço concedido, haveria uma cobrança de tarifa, e não a percepção de uma receita alternativa.

No que tange às receitas complementares, estas tem como objetivo o de integrar o custeio da prestação do serviço. Assim sendo, não se espera que as receitas complementares substituam integralmente as outras fontes de custeio, ainda subsistiria a cobrança da tarifa.⁸⁷

Em sequência, as receitas acessórias são obtidas mediante a exploração de atividades ligadas materialmente ao serviço concedido e, por serem acessórias, não prejudicam a prestação do serviço caso deixe de ser auferida. Nos casos das PPPs, podemos citar como exemplo a hipótese em que o concessionário pode receber o direito de explorar economicamente nos terrenos adjacentes de uma rodovia concedida, implementando restaurantes, hotéis, postos de abastecimento, etc.⁸⁸

Por fim, a receita obtida através de projetos associados abarca a noção de projetos mais amplos e complexos, contrastando à ideia das receitas acessórias. MARÇAL JUSTEN FILHO defende que os projetos associados importa na ideia da “inserção do objeto da concessão no âmbito de uma pluralidade de empreendimentos, de molde que os resultados econômicos globais sejam multiplicados”.⁸⁹

Neste momento, importante se faz mencionar o cabimento das receitas marginais nas parcerias público-privadas. Por força do art. 3º, §1º, da Lei n.º 11.079/04, não há óbice para que seja possível auferir receitas marginais nas concessões patrocinadas, haja vista a aplicação subsidiária da Lei n.º 8.987/95, em especial o art. 11.

⁸⁷ SCHWIND, op. cit. p. 273.

⁸⁸ YESCOMBE, E. R. *Public-private partnerships, principles of policy and finance*. Oxford: Butterworth-Heinemann, 2007, p. 241.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003. Apud: SCHWIND, op. cit. p. 273.

No tocante às concessões administrativas, há divergência na doutrina nacional. Para MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e NAVARRO PRADO⁹⁰, o fato do art. 11 não ter sido expressamente mencionado no caput do art. 3º da Lei n.º 11.079/04, não seria viável a sua aplicação a esta modalidade de concessão.

Do outro lado da divergência, entende RAFAEL WALLBACH SCHWIND que seria possível a obtenção de receitas marginais nas concessões administrativas. Pois, para ele, como não há a cobrança de tarifas dos usuários nesta modalidade de concessão, seria impossível, logicamente, que as receitas marginais sejam voltadas à modicidade tarifária. Porém, é cabível prever a possibilidade de o concessionário desenvolver atividades voltadas à obtenção de receitas através de todas as possibilidades apresentadas, o que é um imperativo da eficiência. Destarte, a exploração de receitas marginais “deriva de um imperativo aspecto econômico de rentabilização das oportunidades concretas”.⁹¹

Não obstante a obtenção de recursos por meio das tarifas e das receitas marginais, temos, também, a hipótese do concessionário ser remunerado por meio de contraprestações pagas diretamente pelo Poder Público.

Prevista nos incisos do art. 6.º da Lei Geral das PPPs, as contraprestações públicas, cujo pagamento é realizado sempre após a disponibilização dos serviços, podem ser divididas em pecuniárias e não pecuniárias. As pecuniárias correspondem àquelas arroladas nos incisos I e II; assim, as não pecuniárias são aquelas relacionadas nos incisos III e IV.

Desse modo, é possível verificar quatro formas legais pré-estabelecidas de contraprestação do Poder Público ao concessionário, quais sejam: a ordem bancária; a cessão de créditos não tributários; a outorga de direitos em face da Administração Pública; e a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. Entretanto, em seu inciso V, o art. 6º estabelece que podem ser criados outros meios de contraprestação, desde que tenha sua forma admitida em lei.

⁹⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei PPP: parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 201.

⁹¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário – concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 291.

A ordem bancária trata-se do mecanismo mais usual de pagamento, pois envolve apenas o depósito do valor da contraprestação em conta bancária aberta pelo parceiro privado.

Em sequência, a contraprestação pode ocorrer através da cessão de créditos não tributários para o concessionário. Esta consiste em um negócio jurídico no qual o titular de uma obrigação a transfere a um terceiro, onde este fica subrogado nos direitos do cedente, nos termos dos arts. 286 e 298 do Código Civil. Observa-se que o Poder concedente, ainda que se libere de tomar medidas acautelatórias do crédito cedido e não responda pela solvência do devedor, sempre será responsável ao menos pela existência do crédito, conforme prevê o art. 295 do Código Civil.

A outorga de direitos em face da Administração Pública é outra hipótese de contraprestação ao parceiro privado. Por ter um conceito jurídico bastante amplo, torna-se difícil elencar todas as situações de outorga.⁹²

Por fim, a última forma de contraprestação pública prevista na Lei das PPPs consiste na outorga de direitos sobre bens públicos dominicais.

Os bens públicos são classificados pelo art. 99 do Código Civil em bens de uso comum do povo, bens de uso especial, e bens dominicais. Ainda, o parágrafo único deste mencionado artigo, estabelece que, se a lei não dispuser ao contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A previsão de utilizar os bens dominicais para exploração de atividade da concessionária é defendida por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO⁹³ como positiva. Pois, para o autor, é descabido que o Poder Público detenha um acervo de bens dominicais e não promova qualquer uso.

Ainda, não podemos olvidar que, tanto as contraprestações públicas pagas ao concessionário, bem como as tarifas cobradas aos utentes, estão relacionadas ao cumprimento de indicadores de desempenho na execução dos serviços. Quando não cumpridas as expectativas originalmente previstas no

⁹² Rafael Wallbach Schwind aponta alguns exemplos em que ocorrem a outorga de direitos em face da Administração Pública, assim sintetizados: a) a outorga do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento adotado para determinada área; b) outorga do direito do uso de solo; c) outorga de opções de compra de ações de sociedades na qual a Administração Pública detenha participação. (SCHWIND, op. cit. p. 226).

⁹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 222.

contrato, o Poder Público deve reduzir o valor repassado e, inclusive, aplicar sanções que podem ser estipuladas pelo baixo desempenho.

Os indicadores de desempenho devem gerar incentivos econômicos para que o parceiro privado pretenda executar o serviço de modo mais eficiente. Muito além de aplicação de sanções pecuniárias, o sistema de pagamentos deve priorizar os descontos na contraprestação devida ao parceiro privado nos casos em que não houver cumprimento dos indicadores de desempenho, com fundamento na exceção de descumprimento do contrato.

Como bem observa MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO, os descontos realizados pelo Poder Público, sob um viés estritamente jurídico, não são caracterizados como uma punição, mas sim uma redução do pagamento que faz-se de modo proporcional ao serviço que efetivamente foi prestado. É preciso que conste de modo expresso no contrato as escalas de preços no caso do serviço não ser prestado nas quantidades e qualidades exigidas contratualmente para garantir o recebimento, pelo concessionário, do pagamento integral, seja esse pagamento de origem na cobrança de tarifa ou por meio de contraprestação paga pelo concedente.⁹⁴

Quando se tratar do desconto de pagamento público, como é o caso das concessões administrativas e patrocinadas, a Administração Pública realiza diretamente o desconto do valor a ser pago ao concessionário. No entanto, quando for preciso descontar o valor das tarifas, a operacionalização é mais complexa. MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO⁹⁵ ressalta o desenvolvimento, no Brasil, de sistema que permite incidir sobre a tarifa ao usuário o desconto decorrente do descumprimento dos indicadores de desempenho pelo concessionário, o que convencionou-se denominar de “desconto de reequilíbrio”. A título de exemplo, mencionamos a previsão contida no contrato de concessão da rodovia BR 116/324 onde, ao estabelecer o procedimento de reajuste anual da tarifa diante dos efeitos da inflação, também prevê um desconto na tarifa se o concessionário deixar de cumprir algum dos indicadores de desempenho ao longo dos quatro trimestres anteriores ao reajuste.

⁹⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77.

⁹⁵ *Ibidem* p. 77.

Portanto, após esta breve análise, faz-se indispensável que o edital do certame de licitação da parceria público-privada preveja claramente quais serão as formas viáveis de recursos que possam ser obtidos pelo concessionário, os indicadores de desempenho, de modo que os participantes possam mensurar adequadamente os riscos abarcados no empreendimento. Como cada fonte de receita apresenta peculiaridades, a sua definição prévia constitui um importante elemento para estabelecer adequadamente a equação econômico-financeira aplicada ao contrato de concessão.

3.3 Elaboração de uma efetiva matriz de riscos e o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro

Ao analisarmos os contratos administrativos é possível verificarmos que estes devem dispor uma matriz de riscos apta a distribuí-los entre as partes e estabelecer hipóteses para sua mitigação.

A terminologia “álea” corresponde aos riscos existentes ao celebrar o negócio jurídico. Em verdade, a álea pode ser divididas em três tipos: álea empresarial (risco normal), álea administrativa e a álea econômica.

Destarte, a álea empresarial compreende a figura do risco inerente ao próprio negócio, ou seja, são os riscos gerais que podem ocorrer por conta do simples exercício da atividade empresarial.

De outro lado, a álea administrativa significa que o risco decorreu de um ato praticado pela Administração Pública e que contribuiu para o desequilíbrio do contrato, esta pode ser subdividida em fato da administração e fato do príncipe. O fato da administração é relacionado aos riscos inerentes à própria execução do contrato, constitui-se na alteração voluntária e unilateral do contrato pela Administração Pública, bem como quaisquer atos da Administração que venham a trazer algum prejuízo para o contratado. O fato do príncipe, no entanto, são alterações advindas na relação contratual por conta de medidas da Administração ou do Estado como um todo, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que exercem, de certo modo, influência sobre ele, provocando um desequilíbrio na relação contratual.

A álea econômica, por sua vez, significa que a Administração não concorreu para a inexecução contratual. Ocorreu um fato inesperado,

imprevisível, que acabou por onerar demasiadamente um dos polos da relação contratual.

A Lei nº 11.079/04 trouxe importante previsão legal relacionada à possibilidade de compartilhamento de riscos em contratos de PPPs entre o Poder Público e o concessionário. Ao elaborar um projeto na modalidade de concessão patrocinada ou administrativa, os estudos prévios deverão envolver questões atinentes à identificação, classificação, análise e atribuição dos riscos.

Cada projeto de PPP detém as suas características essenciais a depender da sua natureza e dos serviços que serão desenvolvidos. Desse modo, embora existam riscos setoriais específicos, é possível elencarmos os riscos gerais que estão presentes em quase todos os contratos de PPPs, são os seguintes riscos: a) terreno: risco relacionado à disponibilidade e qualidade do espaço em que o projeto será desenvolvido; b) ambiental: risco associado ao custo despendido para cumprir os requisitos da legislação e procedimentos relacionados ao licenciamento ambiental; c) desenho e construção: risco de que o desenho ou a qualidade da obra não cumpram os requisitos do projeto e de que a construção demore mais tempo ou custe mais do que esperado; d) operacional: risco de que a operação não seja bem sucedida, incluindo, também a hipótese de interrupção no serviço e o custo de operação e manutenção seja diferente do esperado; e) demanda: risco de que o consumo do serviço seja diferente do esperado; f) regulatório ou político: risco de que haja mudança no microssistema regulatório do setor que afete o projeto, ou que ocorram intervenções políticas; g) econômico e financeiro: riscos que possam ocorrer com a mudança das taxas de juros, câmbio ou inflação; h) caso fortuito e força maior: risco de que eventos de natureza externa influenciem nos projetos; i) tecnológico: risco bastante evidente nos dias atuais, trata-se da obsolescência tecnológica dos equipamentos e que diminua a eficiência dos serviços.⁹⁶

No cenário brasileiro, em termos práticos, a experiência obtida através dos contratos de PPPs⁹⁷ vem demonstrando que a divisão dos riscos ocorre

⁹⁶ COSCARELLI, Bruno; PEREIRA, Bruno; NAVES, Guilherme; REIS, Rodrigo. *Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP*. Radar PPP, 2014, p. 66-67.

⁹⁷ *Ibidem* p. 69.

pela identificação de macroáreas de responsabilidades ou funções, por exemplo: (i) desenho do projeto e construção; (ii) financiamento; (iii) operação; (iv) manutenção, etc., por meio de cláusulas contratuais atribuindo o risco a alguma das partes.

Como bem exemplifica MARCOS NÓBREGA, o risco pode ser expressado por meio de diversas formas, tais como: uma situação onde não existe um conhecimento do resultado final; a variação de um possível resultado que existe na natureza e incide em uma determinada situação; a alta probabilidade de insucesso; falta de previsibilidade; e o impacto de algo que está em curso, medido em termos de consequências ou probabilidades.⁹⁸

Ao alocar os riscos do empreendimento é preciso levar em consideração que sempre haverá *trade-offs* e, portanto, deve ser alocado de modo que a parte cujo risco seja atribuído disponha do direito de tomar decisões de forma a maximizar o valor total do projeto, influenciando o fator de risco de modo prévio ou posterior à sua ocorrência para absorver o dano.

Também é possível verificarmos certas limitações durante a alocação dos riscos nas seguintes situações: (i) nível de detalhes na alocação: diante da impossibilidade técnica de constatar todos os riscos existentes para o empreendimento, estes passam a ser atribuídos em grupos de características semelhantes, apenas eventualmente um risco seria atribuído de forma individualizada; (ii) riscos que não podem ser transferidos: alguns riscos, por conta da sua natureza, não poderiam ser transferidos. Temos como exemplo o risco regulatório, onde o parceiro privado terá que conviver com as mudanças de ciclos políticos que possam interferir no microssistema regulatório setorial durante toda a vigência do contrato; (iii) extensão do risco transferido ao parceiro privado: esta limitação decorre do fato de que os acionistas da concessionária estarão expostos, para prevenção e reparação do dano, até o limite das suas respectivas participações no capital da sociedade de propósito específico.⁹⁹

Interessantes perspectivas podem ser verificadas durante as alocações dos riscos nos contratos de PPPs. Partindo de uma perspectiva positiva, o risco

⁹⁸ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 126.

⁹⁹ COSCARELLI; PEREIRA; NAVES, op. cit. 69.

seria considerado como uma oportunidade ao concessionário, pois, quanto maior o risco que lhe fora atribuído, maior pode ser o potencial de retorno financeiro em detrimento das perdas que não venham a ser materializadas. De outro lado, o risco pode ser visto por um viés negativo, haja vista a sua ocorrência afetar as metas e a performance econômica do empreendimento, sendo mais vantajoso para as partes que mitiguem a probabilidade da ocorrência do dano.¹⁰⁰

Após identificar os prováveis riscos que possam recair sobre determinado empreendimento é preciso elaborar uma matriz de riscos. Saber qual parte irá assumir cada risco ou grupos de riscos de uma PPP é imprescindível para alcançar êxito.

A doutrina especializada dispõe de alguns critérios para a distribuição dos riscos entre o Poder Público e o setor privado. Para tanto, utilizamos dos ensinamentos de MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO¹⁰¹ para melhor conceituação de 3 critérios aplicáveis às parcerias público-privadas. O primeiro critério consiste no fato de que o risco deve ser alocado à parte que possa dispor de um menor custo para reduzir as chances de ocorrência do evento indesejável se materializar. Portanto, esse critério centraliza a distribuição do risco diante da capacidade das partes em adotar mecanismos preventivos para evitar ou mitigar a ocorrência dos eventos danosos.

O segundo critério de alocação de riscos aborda uma perspectiva inversa, pois abandona a hipótese de prevenção dos eventos indesejados para centralizar na capacidade de gerenciar as consequências danosas. Irei explicar. No primeiro critério o enfoque é meramente preventivo, busca-se evitar o dano; de outro lado, o segundo critério preocupa-se com o resultado e a consequência posterior, desse modo, o risco deve ser alocado à parte que disponha de maior capacidade para mitigar os prejuízos resultantes do evento danoso.

Por fim, o terceiro critério cinge-se em torno da possibilidade das partes em externalizar o custo de prevenir ou remediar os eventos. Nota-se que este critério pode ser analisado concomitantemente aos outros dois critérios

¹⁰⁰ NÓBREGA, op. cit. 126.

¹⁰¹ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p.80-82.

anteriormente mencionados, pois, aqui, busca-se evitar que a parte cujo risco foi atribuído externalize as consequências do evento danoso, isto é, transfira para terceiros o custo dos prejuízos. Este é um aspecto importantíssimo, haja vista que repassar o custo para terceiros faz com que o incentivo para mitigar e remediar da parte titular do risco não ocorra.¹⁰²

Observa-se que, em geral, o Poder Público tende a repassar os custos direta ou indiretamente aos contribuintes, portanto, a utilização do critério que busca evitar atribuir o risco àquele que possa externalizá-lo, atribuiria ao parceiro privado uma parcela dos riscos.

Destarte, ao alocar os riscos que estão fora da esfera de controle do setor privado, acarretará em duas situações: a primeira ocorreria a cobertura dos riscos por meio do seguro. Não obstante, o valor correspondente ao prêmio seria cobrado indiretamente da Administração Pública ou dos usuários; de outro lado, a segunda situação seria embutir no preço inicial do empreendimento o custo total de lidar com os eventos indesejados, ainda que estes não venham a ocorrer.

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO defende que, por meio do seguro, desde que haja disponibilidade do mercado a preços razoáveis, estar-se-ia promovendo a repartição social do risco, pois o preço do prêmio que será repassado para o Poder Público e o usuário levará em consideração a probabilidade de ocorrência dos riscos e a dimensão do dano, se este eventualmente ocorrer.

Ainda, o autor aduz que, se for impossível encontrar cobertura securitária no mercado, o parceiro privado irá incluir no seu preço inicial os custos totais que possam ser acarretados pela materialização dos riscos. Isto significaria, portanto, que a Administração Pública e os usuários pagariam pelas consequências do risco independentemente da sua ocorrência. Há de se evitar esta possibilidade, pois causariam prejuízos ao Erário. Nos casos em que o parceiro privado não tenha aptidão para prevenir a ocorrência ou minorar

¹⁰² Oportuno mencionar uma ressalva feita por Mauricio Portugal Ribeiro. Para o autor, não deve ser confundida a externalização do risco com o seu gerenciamento por meio da realização de seguros. O que há, de fato, no seguro, seria uma transferência do risco para uma empresa especializada. Esta transferência é feita contratualmente e dispõe de cláusula para manter os incentivos para o segurado tomar as providências necessárias para evitar o sinistro. (RIBEIRO, op. cit. p. 82).

as consequências dos eventos danosos, deve-se alocar esses riscos sobre responsabilidade do Poder Público.¹⁰³

No que tange à tipologia dos riscos, em especial, um método de verificação e mensuração destes em projetos de PPP vem ganhando destaque e chamando a atenção de especialistas da área de infraestrutura. Trata-se da utilização do mecanismo da simulação de Monte Carlo para verificar inúmeras possibilidades de riscos.

A simulação de Monte Carlo é uma ferramenta computacional que considera uma quantidade muito maior de alternativas com probabilidade de ocorrer nos resultados do projeto. Inicialmente desenvolvida no ano de 1940 por pesquisadores norte-americanos, a simulação de Monte Carlo tornou-se popular apenas em 1960, permitindo que os cálculos fossem realizados de forma automatizada.

Nos contratos de PPPs a simulação de Monte Carlo requer a criação de um modelo matemático do fluxo de caixa e do valor presente líquido do projeto por meio de uma planilha eletrônica. Em sequência, devem ser identificadas quais as principais fontes de incertezas para definir a distribuição de probabilidade mais apropriada para cada uma delas.

Uma das vantagens da simulação de Monte Carlo consiste na realização de milhares de iterações e de resultados que podem ser agrupados em distribuição da probabilidade, sendo possível verificar qual a chance do projeto apresentar resultados negativos, de exceder o valor, etc.

Novas análises podem ser feitas após introduzir, através de algoritmos matemáticos, os mecanismos de mitigação de riscos que serão adotados. Desse modo, será possível reproduzir milhares de cenários para verificar a eficácia das medidas para redução do risco até alcançar um cenário factível e aceitável pelas partes.¹⁰⁴

A relação entre os riscos assumidos por uma das partes, bem como a fixação da remuneração ao parceiro privado, onde esta é composta pelo custo do objeto central da concessão mais o cumprimento dos indicadores de desempenho, e o equilíbrio econômico-financeiro é bastante evidente no

¹⁰³ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82.

¹⁰⁴ COSCARELLI; PEREIRA; NAVES, op. cit. p. 125.

momento de definição dos termos do contrato pactuado entre o Poder concedente e o concessionário.

Destarte, a equação econômico-financeira constitui uma “precificação” dos riscos em face das oportunidades de ganhos previstos no regime remuneratório do parceiro privado. Do ponto de vista legal, a Lei n.º 8.987/95 cuidou desta questão em três dispositivos. No art. 9º, três parágrafos tratam da preservação do equilíbrio no tocante às tarifas, ao prever sua revisão como forma de recomposição do equilíbrio (§2º); que essa revisão ocorra no caso de alteração de ordem tributária (§3º); e do ajuste concessório que traga desbalanceamento da equação contratual (§4º).

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO aduz que a aferição do desequilíbrio em uma concessão, conforme previsto pela Lei n.º 8.987/95, envolve quatro momentos: (i) a constatação de ocorrência de um evento com o condão de afetar o equilíbrio inicial; (ii) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido; (iii) a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio; e (iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.¹⁰⁵

No que tange às concessões celebradas com a roupagem de parcerias público-privadas, como bem observa MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, embora a Lei n.º 11.079/04 não fale literalmente em equilíbrio econômico-financeiro, não há como negar às partes a observância desse direito. Na concessão patrocinada, tal direito decorre da aplicação subsidiária da Lei n.º 8.987/95, em especial os arts. 9º e 10. Na concessão administrativa, não há disposição expressa nem aplicação subsidiária dos artigos anteriormente mencionados. No entanto, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro resulta de princípios como os da equidade, razoabilidade, continuidade etc.¹⁰⁶

Não obstante, o art. 5º, III e IV, da Lei das PPPs prevê, entre as cláusulas que devem ser incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito,

¹⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 191.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 159.

força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária e à forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais. Sendo, portanto, mecanismos para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados nas PPPs.

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos cinge-se em torno das compensações de uma parte a outra, na ocorrência de eventos que configurem um risco atribuído a um contratante, mas que impacte, de um modo econômico e financeiro, a outra parte. Há de se ressaltar que não são apenas os eventos gravosos que geram direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Muitas vezes, eventos benéficos para ambas as partes, ou apenas para uma delas, podem gerar o direito ao reequilíbrio do contrato.¹⁰⁷

É indispensável a verificação da matriz de riscos contratual, pois o direito ao reequilíbrio irá surgir se o risco do evento gravoso estiver alocado a uma parte contratual diversa daquela que sofreu as consequências da sua ocorrência. A função, portanto, do sistema de equilíbrio é o cumprimento permanente da matriz de riscos inicialmente prevista no contrato administrativo.

Nesse contexto, o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro terá como objetivo restabelecer a condição anterior à ocorrência do evento gravoso, utilizando como referência a representação do contrato em estado de equilíbrio. Nota-se, no entanto, que também é possível haver compensação entre as partes pela alteração, inclusão e supressão de escopos contratuais, principalmente no caso de inclusão de novos investimentos no contrato.

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO defende que o sistema de equilíbrio econômico-financeiro deve atender 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 (quantitativas ou qualitativas) e em outros aspectos do

¹⁰⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre o equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs*, 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet-39170396>. Acesso em: 20 de março de 2016.

contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças consequentes da passagem do tempo.¹⁰⁸

Em relação à função de desestimular alterações oportunistas pelo Poder Público, o autor entende que uma das funções do sistema de equilíbrio econômico-financeiro seria mitigar o risco de mudanças no contrato realizadas por oportunismo decorrente das mudanças do cenário político.

Já a função de proteger o cerne do contrato de concessão, seria um instrumento para garantir o adequado cumprimento da matriz de riscos, pois permite que se realizem as compensações de parte a parte. É preciso, por isso, que haja um sistema contratual eficiente para permitir a compensação daquele que tenha sofrido as consequências gravosas de um risco atribuído pelo contrato a outrem.

Por fim, a função de possibilitar alterações quantitativas e qualitativas no contrato para adequá-lo às mudanças necessárias, esta tem por objetivo permitir alterações no contrato para adequá-lo às necessidades que decorram da passagem do tempo, do desenvolvimento tecnológico, ou outras circunstâncias especiais.¹⁰⁹

Destarte, sintetizando os casos mais usuais e de conhecimento geral na doutrina, o contrato administrativo das concessões pode estabelecer que o Poder concedente proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro por meio de algumas hipóteses, entre elas: a) o pagamento direto de uma parte à outra; b) a variação do valor da tarifa; c) a variação do valor da contraprestação ou aporte público; d) a variação do valor dos investimentos a serem realizados pelas partes; e) a variação do prazo do contrato.

Em termos práticos, podem existir diversos¹¹⁰ parâmetros para determinar o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de PPP. O

¹⁰⁸ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105.

¹⁰⁹ RIBEIRO, op. cit. p. 106.

¹¹⁰ A viabilidade econômico-financeira de um projeto de PPP pode ser aferida por vários modelos. Entre eles podemos encontrar: modelo do fluxo de caixa livre da empresa (FCLE); modelo do fluxo de caixa livre do acionista (FCLA); e a taxa interna de retorno (TIR). Para fins deste trabalho, abordaremos apenas um dos modelos, qual seja, a taxa interna de retorno, haja vista esta ser mais debatida no cenário nacional. No entanto, todos esses modelos são parte do método do fluxo de caixa descontado, cuja ideia central desta metodologia cinge-se na viabilidade do projeto através do “critério do valor presente líquido (VPL), no qual se define o valor criado por um ativo como sendo o valor presente da geração futura de caixa, descontado

parceiro privado busca, naturalmente, auferir lucro com o empreendimento e, desse modo, faz-se imprescindível definir nas cláusulas contratuais uma determinada taxa de rentabilidade. Esta taxa é o que os especialistas chamam de taxa interna de retorno (TIR) e que pode ser utilizada como parâmetro para verificar se o contrato de concessão está equilibrado do ponto de vista econômico-financeiro, bem como para recompô-lo em casos de desequilíbrio.¹¹¹

A taxa interna de retorno, analisada sob um viés matemático, corresponde à taxa de desconto que iguala o valor presente líquido¹¹² (VPL) de uma oportunidade de investimentos a R\$ 0,00 (zero real), pois o valor presente das entradas de caixa deve ser igualado ao investimento inicial.

Neste ponto, importante trazer a baila a reflexão feita por MOREIRA e GUZELA¹¹³ acerca da racionalidade que permeia o custo de oportunidade, haja vista o investidor não dispor de recursos ilimitados a sua escolha por um empreendimento – ainda mais no porte de uma PPP – onde os ativos tendem a ser específicos, refletirá na renúncia de outras hipóteses para investir.

Desse modo, aduzem os autores supramencionados, o custo de oportunidade corresponderá ao preço da renúncia e, ao citarem EHRlich, concluem que “sendo o objetivo do investimento ganhar o máximo de retorno, consideremos um custo de oportunidade do mesmo modo que um custo – um ‘deixar de ganhar’ do mesmo modo que um ‘ter que pagar’”.¹¹⁴

a uma taxa que reflete o custo de oportunidade do capital investido e o nível de incerteza destes fluxos.” (COScarelli, Bruno; PEREIRA, Bruno; NAVES, Guilherme; REIS, Rodrigo. *Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP*. Radar PPP, 2014, p. 119-122)

¹¹¹ RIBEIRO, op. cit. p. 116.

¹¹² Henrique Hirschfeld exemplifica o conceito do valor presente líquido (VPL): “ao analisarmos um fluxo de caixa referente a determinada alternativa j , teremos vários valores envolvidos, ora como receitas, ora como dispêndios. A somatória algébrica de todos os valores envolvidos nos n períodos, reduzidos ao instante considerado na inicial ou instante zero e sendo i a taxa de juros comparativa, se chama valor presente líquido”. (HIRSCHFELD, Henrique. *Engenharia Econômica e Análise de Custos*. São Paulo: Atlas, 2000.)

¹¹³ MOREIRA, op. cit. p. 345.

¹¹⁴ EHRlich, Pierre Jacques. *Avaliação e seleção de projetos de investimento: critérios quantitativos*. São Paulo: Atlas, 1977.

Interessante ressalva é feita por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO¹¹⁵ no que tange à vinculação da taxa interna de retorno (TIR) ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Defende o autor que, ao garantir ao concessionário determinada taxa interna de retorno, ou seja, uma rentabilidade fixa ao projeto, poderá ocorrer uma diminuição nos incentivos para que o concessionário gerencie os riscos que lhe foram atribuídos, pois independentemente de quais sejam seus custos, o Poder Público lhe garantirá não só a cobertura das despesas, bem como uma margem suficiente para lhe dar a rentabilidade prevista pela taxa interna de retorno.

Portanto, a taxa interna de retorno precisa observar permanentemente a matriz de riscos do contrato de uma PPP. No cálculo do valor devido em decorrência do desequilíbrio, devem ser consideradas apenas as variáveis oriundas da materialização do risco e, por conseguinte, acarretem o desequilíbrio, estas devem ser substituídas no fluxo de caixa na “justa medida” da sua oscilação. É necessário, portanto, preservar as demais variáveis, sob pena de distorcer a matriz de riscos e de ocorrer o pagamento de valores que não refletiriam, por si só, uma situação de desequilíbrio.¹¹⁶

Também podemos encontrar na doutrina o posicionamento divergente de MARCOS NÓBREGA¹¹⁷ no que tange à utilização da taxa interna de retorno como instrumento para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de PPPs. Para o autor, não seria viável utilizar a TIR como método de aferição da rentabilidade do projeto, pois, além disso, se não houver uma real percepção de como o fluxo de caixa do empreendimento se comportou ao longo do tempo tornar-se-ia difícil propor um reequilíbrio econômico-financeiro com base na taxa interna de retorno.

Desse modo, o mais adequado, em casos de judicialização de um contrato de PPP que alegar desequilíbrio da TIR e necessite reequilibrar a equação econômico-financeira, seria realizar uma perícia para sistematizar as alterações no fluxo de caixa durante o período analisado.

¹¹⁵ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 118.

¹¹⁶ MOREIRA, op. cit. p. 348.

¹¹⁷ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Os limites e a aplicação da taxa interna de retorno*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum 2016, p. 439.

3.4 Captação de recursos: principais financiadores do setor de infraestrutura

Aspecto de grande importância para viabilizar a execução das parcerias público-privadas trata-se de como podem ser obtidos os recursos necessários para iniciar o empreendimento.

Se é assim, subsiste o questionamento: quem será responsável pelo risco do financiamento nos projetos de infraestrutura? Podemos encontrar três respostas.

Inicialmente, em contratos de obras públicas, nos moldes da Lei n.º 8.666/93, a responsabilidade pelo financiamento compete exclusivamente ao Poder Público, haja vista que a contratação de obra pressupõe a existência de dotação orçamentária suficiente para o pagamento dos custos ao concessionário ao decorrer da construção da obra. Nesses casos, se faltarem recursos públicos para o pagamento das prestações exigíveis, o parceiro privado tem a prerrogativa de paralisar a obra, desde que preenchidos os requisitos e prazos legais.

Nas concessões de serviços públicos, regidas pela Lei n.º 8.987/95, entretanto, o risco do financiamento é atribuído ao concessionário, pois, em seu art. 31, VIII, o diploma legal estabelece que compete ao parceiro privado captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Já nos contratos das parcerias público-privadas, regulamentadas pela Lei n.º 11.079/04, é permitida a possibilidade de partilhar o risco do financiamento entre o setor público e privado, dependendo apenas da previsão contratual. Sem embargo, é recorrente que os contratos de PPPs estabeleçam a responsabilidade pelo risco do financiamento ao parceiro privado, mas, ainda que indiretamente, há casos em que esse risco é compartilhado com o Poder Público quando, por exemplo, o financiamento é obtido através dos bancos públicos.

Em regra, existem duas principais fontes de capital para os projetos de infraestrutura: o capital próprio dos sócios e patrocinadores do projeto – chamado de *equity* – ou, o capital de terceiros (dívida) por meio de financiamentos obtidos no mercado bancário. Importante, nesse momento,

verificarmos por qual razão uma espécie de capital demonstra-se mais vantajosa para captação.

Como bem esclarece JOSÉ VIRGILIO LOPES ENEI¹¹⁸, configura-se um princípio norteador das finanças o fato do capital próprio ser mais custoso que o capital de terceiros (dívida). Argumenta o autor que o acionista de uma PPP busca sempre assumir um risco maior que um financiador (instituição bancária) para obter um retorno de capital investido que seja proporcionalmente maior que aquele estipulado para os financiamentos bancários, já que estes, por previsão legal, constituem-se como crédito prioritário em caso de falência e representam um menor risco.

Não podemos olvidar que o investidor *equity* – sócio/patrocinador do projeto de PPP – ocupa as últimas posições de preferência entre os credores. Se é assim, a taxa de rentabilidade esperada pelo investimento do próprio capital irá embutir os riscos que decorrem da posição derradeira, correndo o risco de nada receber diante da dissolução do patrimônio da sociedade.

Portanto, o capital de terceiros é menos custoso diante dos riscos assumidos, pois tem prioridade sobre alguns credores, exceto aqueles indispensáveis para a atividade do empreendimento, como custos operacionais, créditos trabalhistas, tributários, etc. Desse modo, os financiamentos bancários tendem a ser remunerados por taxas menores que as exigidas pelos investidores *equity*.

A previsibilidade de obtenção de contraprestações públicas pagas pelo Poder Público, com o efetivo início dos serviços prestados pelo parceiro privado, também contribui para a redução do risco do financiamento, oferecendo maior segurança aos bancos ao permitir que as receitas futuras do empreendimento sejam oferecidas em garantia real.

Por meio das modificações advindas da Lei n.º 12.766/12, o Poder Público passou a adquirir maior margem no compartilhamento dos riscos do financiamento inicial, diante da possibilidade de exercer o aporte recursos na PPP antes que o concessionário dê início ao serviço objeto do contrato.

¹¹⁸ ENEI, José Virgilio Lopes. Financiamento das Parcerias Público-Privadas: experiências e lições nos primeiros dez anos de vigência da Lei nº 11.079/2004. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 169, p. 42-49, jan. 2016, p. 43.

No cenário brasileiro é corriqueiro que os financiamentos das parcerias público-privadas ocorram, em grande parte, através de recursos públicos subsidiados por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, bem como através de outros bancos públicos como a Caixa Econômica Federal – CEF, e o Banco do Brasil – BB.

A Lei n.º 11.079/04, em seu art. 27, assegura que o parceiro privado realize financiamentos com empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União, desde que sejam respeitados os limites legais, na proporção dívida e capital próprio variando entre 70/30 ou 80/20, nos casos em que os projetos sejam desenvolvidos em áreas das regiões Norte, Nordeste ou Centro-Oeste, onde o IDH seja inferior à média nacional.

Importante constatação é feita por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO¹¹⁹ ao aduzir que as condições pelas quais os bancos públicos realizam os financiamentos estão intrinsecamente vinculadas às taxas em que eles obtêm recursos no mercado. Por exemplo, o BNDES, usualmente, costuma utilizar os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, cuja remuneração é vinculada à taxa de juros de longo prazo (TJLP), onde esta é estipulada pelo Conselho Monetário Nacional em patamares inferiores às taxas básicas como a SELIC ou CDI.

É possível verificarmos que diante dos elevados níveis já desembolsados pelo BNDES por meio do FAT, o banco público vem adotando a prática de utilizar os recursos do Tesouro Nacional que são aportados no BNDES sob a forma de *equity*.

Por vezes estes recursos são obtidos pelo Tesouro Nacional no mercado de crédito a taxas bastante superiores à remuneração negociada pelos financiamentos do banco de fomento federal e, ainda que subsista a perspectiva de desenvolvimento e incentivos à economia perquirida pelo BNDES, as operações de crédito são verdadeiramente deficitárias e oneram cada vez mais os cofres públicos.¹²⁰

¹¹⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Como lidar com o risco de financiamento de concessões e PPPs em períodos de normalidade e de crise*. Disponível em: <pt.slideshare.net/portugalribeiro/como-lidar-com-o-risco-de-financiamento-de-concessoes-e-ppps-em-periodos-de-normalidade-e-de-crise>. Acesso em: 23 de out. de 2015.

¹²⁰ Como bem esclarece Mauricio Portugal Ribeiro, o financiamento pelo BNDES pode ocorrer por dois modos: diretamente ou por meio de repasse. Na modalidade direta, o BNDES assume

Apesar do BNDES ser responsável por fornecer uma grande parcela dos recursos, também podemos constatar a participação de outros bancos públicos no financiamento do setor de infraestrutura. Os bancos regionais de desenvolvimento, como o Banco do Nordeste, os bancos comerciais federais, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, por exemplo, concedem financiamento com recursos próprios ou através de repasses do BNDES ou de fundos públicos diversos, como o Fundo da Marinha Mercante, Fundo de Desenvolvimento do Nordeste, etc.¹²¹

Há de se considerar que, no Brasil, os contratos de financiamento de longo prazo das PPPs são assinados entre 6 a 18 meses¹²² após a fase licitatória. Desse modo, as instituições bancárias privadas, em regra, são responsáveis por fornecerem financiamentos-pontes e, também, por atuarem como garantidoras através de fianças bancárias e do risco de crédito do BNDES.

É certo, por conseguinte, que o início da execução dos projetos não pode aguardar um longo período de espera. Se é assim, o financiamento-ponte realizado pelas instituições financeiras privadas – exceto nos casos em que há disponibilização suficiente do capital *equity* dos sócios – torna-se imprescindível para viabilizar os recursos necessários em curto prazo.

Diante do natural limite da capacidade financeira dos bancos públicos, em especial, do BNDES, para custear a demanda crescente do setor de infraestrutura brasileiro, é preciso que novas alternativas sejam implementadas. JOSÉ VIRGILIO LOPES ENEI¹²³ vem realçando a importância de que devem ser consideradas outras formas de financiamento objetivando alcançar diretamente a poupança privada acumulada nas mãos dos investidores. Para o autor, os financiamentos poderiam ser realizados através do mercado de capitais, seja por meio de emissões de debêntures, cédulas de crédito bancário, notas promissórias ou outros títulos e valores mobiliários, que permitam a

o risco do projeto. Já nos casos de repasses, o BNDES repassa o dinheiro para um banco que, assim, fica também responsável pelo risco do projeto. Nos repasses, portanto, o BNDES assume apenas o risco de adimplência do banco repassador. Ainda, segundo levantamento feito pelo autor, mais da metade dos financiamentos do BNDES são realizados através de repasse para outros bancos. (RIBEIRO, op. cit. p. 5).

¹²¹ ENEI, op. cit. p. 48.

¹²² RIBEIRO, op. cit. p. 5.

¹²³ ENEI, op. cit. p. 48-49.

sistematização por meio da garantia de pagamento pelo fluxo de caixa do empreendimento quando emitidos para financiar projetos *greenfields* em PPPs.

Então, por qual razão, diante das alternativas existentes no mercado financeiro, os bancos públicos continuam sendo os grandes responsáveis por fornecer financiamentos vultosos para o setor de infraestrutura?

Tratando-se de projetos de infraestrutura revestidos nas formas de concessões comuns, patrocinadas e administrativas, o edital de licitação já dispõe das principais condições nas quais os bancos públicos – em geral, o BNDES ou os bancos repassadores dos recursos daquele –, pretendem conceder o financiamento. Há a pretensão de que, diante da previsibilidade das taxas do financiamento, os licitantes já considerem em suas propostas as condições mais favoráveis e que a taxa subsidiada reflita no futuro valor das tarifas cobradas aos usuários do serviço, bem como das contraprestações pagas pelo Poder Público.

Como mencionado anteriormente, as taxas cobradas pelo BNDES são inferiores à média daquelas pactuadas pelo mercado. Logo, todos os potenciais concorrentes são levados a considerar o financiamento por meio de recursos públicos como a hipótese mais vantajosa. A distinção da proposta vencedora ocorre principalmente pela análise de outros critérios que não se restrinjam a condição de financiamento, já que esta será objeto comum entre os licitantes.

Observa-se uma situação bastante difícil após a fase licitatória, pois as condições para obter o financiamento devem ser realizadas conforme a previsão do edital. Nesses casos, as margens de negociação posteriores do banco público com o licitante vencedor são estreitas e, diante da volatilidade das condições macroeconômicas, ainda assim subsistir a obrigação de pactuar taxas baixíssimas.

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO¹²⁴ argumenta que, na prática, dois casos podem ocorrer quando o corpo técnico dos bancos públicos verificar eventuais prejuízos com a realização do financiamento. Primeiro, é possível que os bancos optem por exigir garantias maiores ou mais líquidas como, por exemplo, uma fiança bancária. Segundo, na definição do nível de alavancagem

¹²⁴ RIBEIRO, op. cit. p. 5.

necessário para cumprir o índice de cobertura do serviço da dívida (ICSD) cujo índice mínimo exigido, em regra, é igual ou maior que 1,2.

Em linhas derradeiras, é de conhecimento geral que nos últimos anos estamos vivenciando momentos difíceis no quadro econômico do Brasil. A situação das contas públicas dos entes políticos, de igual modo, não é das melhores. Ainda que sobrevenha futura vantagem numa redução das contraprestações pagas pelo Poder Público e, também, em maior modicidade tarifária aos usuários do serviço, há de se considerar a possibilidade utilização de outras formas de financiamento para os projetos de infraestrutura e que não comprometam os recursos públicos.

Os recursos subsidiados pelo BNDES, por certo, objetivam garantir o incentivo ao desenvolvimento de vários setores da economia. Mas da forma como os financiamentos das concessões públicas vêm sendo realizados, atrelado as constantes notícias divulgadas na mídia sobre casos de superfaturamento e desvios de vultosos valores, é preciso reconsiderar os limites para concessão do financiamento e das taxas subsidiadas para, assim, reduzir o impacto, ainda que indireto, nas despesas públicas já bastante deficitárias.

4 O ATUAL CENÁRIO ECONÔMICO E FISCAL DO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA CELEBRAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1 Responsabilidade fiscal na execução dos contratos de PPPs

Aspecto de grande importância na Lei nº 11.079/04 trata-se do art. 4º, IV, que dispõe sobre a diretriz de obediência do Poder Público à responsabilidade fiscal na celebração e execução dos contratos de PPPs.

Diante de um cenário de crise fiscal e da modificação na estruturação da Administração Pública, ocorrida em 1995 por meio do Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRE), houve a necessidade de estabelecer regras para o controle do déficit público e maior transparência das ações governamentais.

Destarte, em meados dos anos de 2000, através da Lei Complementar n.º 101/00, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), diversas medidas foram inseridas.

A noção de responsabilidade fiscal pode ser extraída da redação do §1.º, do art. 1.º, da LC nº 101/00, ao prescrever que “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”.

Para melhor contextualização das diretrizes previstas, segundo MARCOS NÓBREGA¹²⁵, devemos analisar, em um primeiro momento, a LC nº 101/00 sob um viés principiológico. Assim sendo, podemos dividir a LRF em três princípios basilares: (i) equilíbrio fiscal; (ii) planejamento; e (iii) transparência.

O equilíbrio fiscal significa que o Poder Público deve pautar sua gestão pelo equilíbrio entre as receitas e as despesas, ou seja, toda vez que medidas ou fatos desviarem a gestão do ponto de equilíbrio é necessário adotar medidas compensatórias para retomar a equalização.

O planejamento governamental é baseado em formulações de políticas e ações públicas a partir da escolha dos objetivos, diretrizes, programas e meios adequados à sua realização.

A transparência pode ser entendida como essencial à cidadania, permitindo um controle social mais efetivo, partindo da ideia de que, sendo de

¹²⁵ NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 45.

conhecimento geral a situação das contas públicas, o cidadão estará em condições de fiscalizar e cobrar mais eficiência com o uso do dinheiro público. Também, a transparência pode ser compreendida através da expressão *accountability*, como sendo a gestão responsável do dinheiro público.

Nos contratos de parcerias público-privadas a responsabilidade fiscal é um aspecto de enorme relevância, pois esses contratos, em virtude da longa duração em que seus termos são pactuados, bem como do elevado valor econômico agregado, envolvem em todos os casos o comprometimento de recursos públicos. Ainda, vale ressaltar que, ao permitir a distribuição dos riscos entre os parceiros público e privado, na materialização de um ou mais destes riscos, podem ser geradas despesas que impactarão orçamentos futuros.

Como bem ressalta FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, o modelo das PPPs teve origem na Europa a partir do modelo britânico das *Private Finance Initiative*, objetivando encontrar uma solução às restrições impostas pelo Tratado de Maastricht¹²⁶ e pelo Pacto de Crescimento e Estabilidade que, dentre outras medidas, impuseram limitações ao déficit público dos países da União Europeia. As PPPs tornaram-se um instrumento essencial para possibilitar que investimentos em infraestrutura ocorressem sem que, de outro lado, elevasse os gastos fiscais da Administração Pública. Assim, as parcerias com o setor privado permitiram que, ao analisar sob uma perspectiva contábil, os ativos financeiros relativos aos empreendimentos de grande porte sejam inscritos “*off balance sheet*”¹²⁷ do Poder Público.¹²⁸

Ao analisar os dispositivos da LC n.º 101/00, verifica-se a existência de dois instrumentos relevantes para assegurar o equilíbrio das contas públicas: as restrições diretamente aplicáveis à geração de despesa ou controle de fluxo (arts. 16 a 24 da LRF) e o controle sobre o endividamento (arts. 29 e 38 da LRF), considerado um controle de estoque da dívida.

¹²⁶ Segundo o Tratado de Maastricht, os Estados-membros deveriam respeitar o limite de 3% do déficit orçamental em relação ao produto interno bruto (PIB), bem como não superar o limite de 60% da dívida pública em relação ao PIB.

¹²⁷ Tradução livre: Para fora do balanço.

¹²⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada: Caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615 f. Tese Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 401.

A Lei n.º 11.079/04 acolheu ambos os sistemas de controle da dívida: controle de fluxo (controle sobre a geração de despesa) e controle sobre o endividamento (controle do estoque da dívida).

Nas parcerias público-privadas o controle de fluxo é encontrado na alínea a do inciso I; bem como nos incisos II e IV, todos do art. 10 da Lei n.º 11.079/04. Os requisitos necessários para garantir o controle de fluxo estão previstos no art. 17, §2º da Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja norma é aplicável às despesas de caráter obrigatório e continuado, e busca assegurar que a geração de novas despesas seja acompanhada pelo aumento proporcional de receitas ou pela diminuição proporcional de outras despesas.¹²⁹

Em relação ao controle de endividamento, este vem previsto na alínea c do inciso I do art. 10 da Lei n.º 11.079/04, o qual é remetido à regulação infralegal. Esta técnica, nos termos do art. 29 da LRF, funciona por meio da determinação de limites à dívida consolidada líquida e à dívida mobiliária dos entes políticos. Busca-se controlar, desse modo, o aumento da dívida pública por meio de limites máximos sobre o valor da receita corrente líquida.¹³⁰

Por meio da Resolução n.º 40/2001 do Senado Federal foram estipulados os limites do estoque da dívida pública consolidada¹³¹ para o

¹²⁹ O controle de fluxo foi herdado do direito norte-americano através do sistema PAYGO – *pay as you go*, instituído pelo *Budget Enforcement Act*. Fernando Vernalha Guimarães, ao mencionar Wéder de Oliveira, acentua que os procedimentos do PAYGO devem ser aplicados às legislações sobre receitas e despesas obrigatórias, pois “qualquer programa novo ou proposta de expansão de programa mandatário já existente ou redução de tributos (inclusive ampliação de benefícios tributários) requer que o respectivo aumento de despesa ou redução de receita seja compensado, por um aumento em outras receitas ou por uma redução de despesas com programas mandatários, ou ambos”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada: Caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615 f. Tese Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 404).

¹³⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria público-privada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 267.

¹³¹ A definição de dívida pública consolidada pode ser encontrada em três normas distintas. A Resolução n.º 40/2001, em seu art. 1º, §1º, III, estabelece que esta é “o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras, inclusive as decorrentes de emissão de títulos, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito para amortização em prazo superior a 12 meses, dos precatórios judiciais emitidos a partir de 5 de maio de 2000 e não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, e das operações de crédito, que, embora de prazo inferior a 12 meses, tenham constado como receitas no orçamento”. Não obstante, a Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos do art. 29, inciso I,

Distrito Federal, Estados e Municípios. Nos termos do art. 3º desta Resolução, a dívida consolidada dos entes políticos subnacionais, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação da Resolução, em 2001, não poderá exceder, respectivamente: para os Estados e Distrito Federal: 2 vezes a receita corrente líquida¹³²; e, para os Municípios, a 1,2 vezes a receita corrente líquida.

Na seara da contabilidade é analisada a situação se a contraprestação pública deve ser classificada como despesa corrente ou despesa de capital e, nesta última, discute-se se esta é caracterizada como dívida ou não.

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO argumenta que, por um lado, o contrato de prestação de serviços remeteria a classificação do pagamento público como despesa corrente, e, doutro lado, o contrato também envolve investimentos pelo parceiro privado em bens que serão revertidos depois ao patrimônio do Poder Público, o que caracterizaria o pagamento público como despesa de capital. Os bens reversíveis seriam, portanto, semelhantes a uma compra de bens a prazo, o que gera dívida.¹³³

Não obstante ao questionamento suscitado pelo autor, a regulamentação infralegal do controle do endividamento foi exercida pela Secretaria do Tesouro Nacional, mediante a edição da Portaria n.º 614/06, em que se estabeleceram as regras gerais para a contabilização desses gastos

estabeleceu a seguinte definição para a dívida pública consolidada: “montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”, complementando no §3º do mesmo artigo: “também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento”. Por fim, a Lei n.º 4320/64, em seu art. 98, prevê que “a dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos”.

¹³² No que tange à receita corrente líquida, o art. 2º, caput, I e II, da Resolução n.º 40/2001 define-a como “o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: I – nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; II – nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição Federal”.

¹³³ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhoria de infraestrutura para o desenvolvimento econômico-social*, p. 323-24, 2015. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>>; Acesso em: 9 de outubro de 2017.

públicos. Em seu art. 4º, a Portaria adotou o critério da distribuição do risco como parâmetro da contabilização dos ativos de uma parceria público-privada.¹³⁴

A definição de quais riscos e em qual intensidade eles serão suportados pelo parceiro privado ou pelo ente público são fundamentais. Se o parceiro público suportar parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, de disponibilidade ou de construção do projeto, deverá registrar os ativos utilizados na PPP no ativo patrimonial em contrapartida à assunção de dívida pública.

É o caso, por exemplo, segundo MARCOS NÓBREGA¹³⁵, do risco da demanda sobre responsabilidade do parceiro público ao garantir desembolso independentemente da frequência ou volume do uso do bem privado. Neste caso, estaria caracterizada uma operação de financiamento por parte do Estado, que deverá ser contabilizada como dívida pública.

O art. 4.º, inciso I, da Portaria n.º 614/06 (STN) determina que o parceiro público assumirá o risco da demanda se garantir para o parceiro privado uma receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperada. Prevendo que essa receita do parceiro privado paga pelo parceiro público será garantida por obrigação financeira previamente definida, independentemente da utilização do bem ou do serviço ofertado pela Sociedade de Propósito Específico; ou, cláusula contratual que atribua ao parceiro privado o direito de receber recursos do parceiro público caso a utilização do bem ou serviço seja inferior ao projetado.

MARCOS NÓBREGA acentua que, em relação aos dispêndios do Poder Público pela prestação do serviço e nos casos onde os ativos da sociedade de propósito específico (SPE) não sejam contabilizados nos balanços do ente público, a referida despesa terá uma natureza de despesa corrente, mais propriamente despesa obrigatória de caráter continuado, devendo seguir os

¹³⁴ O art. 4º da Portaria n.º 614/06 estabelece que “a assunção pelo parceiro público de parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, disponibilidade ou construção será considerada condição suficiente para caracterizar que a essência de sua relação econômica implica registro dos ativos contabilizados na SPE no balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos”.

¹³⁵ NÓBREGA, op. cit. p. 170.

ditames do artigo 17 da LRF, e haver a compensação pelo aumento permanente de receitas ou redução permanente de despesa.¹³⁶

Aspecto importante a ser observado na Lei 11.079/04 trata-se do art. 22. Ao abordar disposições aplicáveis apenas à União, o artigo prescreve que somente poderá haver contratação de parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Desse modo, os limites atribuídos pela Lei buscam evitar o deslocamento da inscrição de despesas *a posteriori* como meio de evadir-se dos limites do atual exercício fiscal. Ao prever parâmetros para os 10 anos subsequentes, a Administração Pública deve obrigatoriamente observar o valor da receita corrente líquida para que a despesa anual esteja compatível, também, para cada exercício futuro.

Diante do atual cenário de ajuste fiscal em que o Brasil passa em 2017, com o corte significativo de despesas públicas¹³⁷ e a redução da arrecadação de receitas diante da baixa atividade econômica – cujo impacto repercute também nos entes subnacionais – deve-se atentar para a prescrição do art. 22 da Lei n.º 11.079/04. *A priori*, esta norma é aplicável apenas às parcerias público-privadas celebradas no âmbito da União, não obstante os estados e municípios também tenham adotado normatização semelhante em legislações específicas de PPPs.¹³⁸

¹³⁶ NÓBREGA, op. cit. p. 173.

¹³⁷ Há de se reconhecer, por oportuno, que a promulgação da Emenda Constitucional nº 95 – responsável por limitar os gastos públicos em 20 anos no âmbito da União – poderá vir a ocasionar um impacto nos projetos em andamento de parcerias público-privadas federais, haja vista que as modalidades de concessões administrativas e patrocinadas necessitam, obrigatoriamente, do pagamento de contraprestação pública e, tal fato, por si só, eleva as despesas públicas em longo prazo. No entanto, ainda não podemos mensurar os efeitos imediatos que as limitações dos gastos públicos federais acarretarão nas PPPs e, por isso, o enfoque desta pesquisa deu-se por meio apenas da análise dos critérios de responsabilidade fiscal com base na Lei n.º 11.079/04 e correlatas.

¹³⁸ Legislações estaduais e municipais também trazem disposições semelhantes para limitar o total das despesas com PPPs utilizando como parâmetro a receita corrente líquida. Por exemplo, podemos mencionar o art. 34 da Lei n.º 17.856/2013, do Município do Recife, que estabelece que “a soma das despesas de caráter continuado, derivadas do conjunto das

Outro aspecto importante abordado pela Lei das PPPs está previsto no art. 28, que prescreve a hipótese em que a União não poderá conceder garantias ou realizar transferência voluntária aos entes subnacionais se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das PPPs já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 anos subsequentes excederem a 5% da receita corrente líquida para os respectivos exercícios.¹³⁹

Importante trazermos à baila, neste momento, a classificação defendida por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO sobre a contabilização pelos entes estatais dos aportes públicos e nos controles fiscais incidentes nos aportes quando realizados antes e após a disponibilização dos serviços, em comparação com os incidentes sobre as contraprestações públicas.

Neste íterim, conforme pode ser verificado na tabela¹⁴⁰ seguinte, o autor supramencionado esquematiza as principais características da classificação contábil e os controles fiscais sobre o aporte incluindo, também, os pagamentos em outros tipos de contratos tais como o contrato de prestação de serviços ou de obras.

parcerias a serem contratadas pelo Município do Recife, não pode exceder a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para o exercício, bem como as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes também não poderão exceder a cinco por cento da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”.

¹³⁹ A disciplina veiculada pelo art. 28 da Lei n.º 11.079/04, conforme entendimento esposado por Fernando Vernalha Guimarães, ao prescrever a realização de transferência voluntária e a realização de garantia, pela União, tem-se uma regulação sobre temática pertinente ao campo das finanças públicas, próprio de lei complementar, subsumindo-se à hipótese normativa prevista no inciso I, do art. 163 da Constituição de 1988. Contudo, reconhece o autor que, ao considerar os espaços de indeterminação próprios de certos conceitos jurídicos, onde o conceito de “finanças públicas” poderia estar incluído, a hipótese tratada pelo art. 28 aparenta situar-se em um espaço de certeza positiva, sendo, desse modo, inconstitucional por invadir a competência reservada ao legislador complementar. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada: Caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615 f. Tese Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 426-27).

¹⁴⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e o seu controle fiscal*, 2014. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-12766-e-o-controle-fiscal-das-pp-ps-final-env>>; Acesso em: 5 de outubro de 2017.

Tabela 1 – Classificação contábil das contraprestações, aportes e pagamentos.

	Despesa corrente	Despesa de capital	Dívida	Submetida ao “Pay as you go”, arts. 15 a 17 da LRF	Submetida ao limite de 5%, do art. 28, da Lei de PPP	Submetida ao controle sobre dívida da LRF
Contraprestação, em contratos de PPP	Pode ser	Se for dívida	Pode ser	Sim	Quando não for dívida	Quando for dívida
Aporte antes da disponibilização do serviço, em contratos de PPP	Não	Sim	Em regra, não	Sim	Não	Em regra, não
Aporte após a disponibilização do serviço, em contratos de PPP	Pode ser	Se for dívida	Se for despesa de capital	Sim	Pode ser	Pode ser
Pagamento em contratos de prestação de serviços	Sim	Não	Não	Sim	N/A	Não
Pagamento em contratos de obra pública	Não	Sim	Não	Sim	N/A	Não

Fonte: Mauricio Portugal Ribeiro. *Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e o seu controle fiscal. 2014.*

Em regra, podemos verificar que o aporte público deve estar vinculado a investimentos em bens reversíveis, sendo classificado na contabilidade pública como despesa de capital, na modalidade auxílio de investimento prevista no art. 21 da Lei n.º 4.320/64.

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO¹⁴¹ aduz que não há que se falar em dívida, pois o pagamento do aporte anterior à disponibilização do serviço deverá ocorrer, em regra, concomitantemente à realização do investimento pelo parceiro privado, e para ser considerado dívida deve haver a dilação entre a disponibilização de um bem e o momento em que o Poder Público realiza o pagamento pelo bem. Desse modo, diante da incerteza de como se dará a contabilização do aporte dos recursos na seara da contabilidade pública, o autor sugere que devem ser estabelecidas balizas: a) em relação aos controles fiscais, o aporte anterior à disponibilização do serviço deve submeter-se ao

¹⁴¹ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhoria de infraestrutura para o desenvolvimento econômico-social*, p. 328-29, 2015. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>>; Acesso em: 9 de outubro de 2017.

mecanismo do “*pay as you go*”¹⁴²; b) ao aporte público realizado antes da disponibilização de serviços, não deve se aplicado o controle sobre a dívida previsto no art. 29 da LRF; nem o limite de despesas com PPP de 5%, conforme dispõe o art. 28 da Lei 11.079/04, pois este limite incidiria apenas sobre as despesas correntes e não de capital.

Do outro lado, quando o aporte é realizado após a disponibilização do serviço é possível verificar uma dilação entre o momento da realização do investimento pelo parceiro privado e o momento do aporte pela Administração Pública, hipótese que constitui elemento que caracteriza a existência da dívida.

Ainda segundo MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO¹⁴³, podemos identificar duas soluções para a contabilidade pública desses valores: a) o aporte após a disponibilização do serviço receberia o mesmo tratamento dado pela Portaria n.º 614/06 às contraprestações públicas, ou seja, o aporte, nesse contexto, seria considerado dívida quando a distribuição dos riscos previstos no contrato de PPP implicar em reconhecimento no balanço patrimonial do ente público; b) a segunda via seria considerar sempre o aporte realizado após a disponibilização do serviço como dívida, haja vista se tratar de pagamento a prazo por um investimento em bens reversíveis já realizado pelo concessionário.

Neste ínterim, o autor entende que, diante da omissão normativa sobre a contabilização do aporte realizado *a posteriori*, deve-se dar o mesmo tratamento contábil das contraprestações públicas. Assim, o controle fiscal a ser exercido sobre o aporte posterior à disponibilização do serviço, estará submetido aos preceitos do sistema “*pay as you go*”, previsto no arts. 15, 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.¹⁴⁴

¹⁴² Conforme mencionado anteriormente, o sistema PAY-GO (*pay as you go*) consiste no fato de que o respectivo aumento de despesa ou redução de receita deve ser compensado, por um aumento em outras receitas ou por uma redução de despesas.

¹⁴³ Ibidem p. 329-30.

¹⁴⁴ Há de se ressaltar, no entanto, que o controle previsto nos arts. 15 a 17 da LRF, quando aplicado ao aporte posterior à disponibilização do serviço, terá uma eficácia limitada. Mauricio Portugal Ribeiro aponta para o fato de que os artigos mencionados nunca receberam uma adequada regulamentação para desenvolver parâmetros rígidos a sua aplicação. Desse modo, o seu cumprimento consiste em mera formalidade feita pelo ordenador de despesa ao afirmar que os gastos sob sua responsabilidade serão compensados pela redução de outras despesas ou aumento de receitas, sem, de fato, demonstrar a real viabilidade destas medidas. (RIBEIRO, Mauricio Portugal. *20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs: viabilizando a*

Ao considerar o aporte posterior à disponibilização dos serviços com o mesmo tratamento contábil das contraprestações públicas, devemos aplicar, em regra, a norma prevista no art. 28 da Lei n.º 11.079/04, que limita as concessões de garantias e transferências voluntárias da União para os entes subnacionais se o conjunto das parcerias contratadas tiver excedido em 5% a receita corrente líquida, e, excepcionalmente, tratar a despesa do aporte como uma dívida, conforme dispõe a Portaria n.º 614/04, que estabelece o critério da distribuição de riscos como parâmetro na contabilidade do ente público.

Nesse contexto, é imprescindível atribuir a devida atenção aos contratos de PPPs celebrados, pois pode estar surgindo um passivo elevado sobre as contas públicas e cujos efeitos serão sentidos apenas no futuro. Também, deve-se haver uma conscientização na Administração Pública de que as PPPs não devem ser utilizadas como um mecanismo de financiamento de obras e serviços públicos sem considerar os impactos orçamentários.

4.2 As parcerias público-privadas inseridas no contexto da recessão econômica

O cenário econômico brasileiro, após vivenciar um período de expansão entre os anos de 2004-2013 – onde a taxa de crescimento média cingiu-se em torno de 4% ao ano – passou por uma desaceleração em 2014, vindo a sofrer uma prolongada recessão, com uma taxa de crescimento do produto interno bruto¹⁴⁵ (PIB) média negativa de 3,7%.

LUIZ FERNANDO DE PAULA e MANOEL PIRES destacam que a discussão entre os economistas sobre as causas da desaceleração econômica não é unívoca. Há uma corrente que atribui como causa da recessão às políticas intervencionistas implementadas recentemente pelo Governo Federal; de outro

implantação e melhoria de infraestrutura para o desenvolvimento econômico-social, p. 330-31, 2015. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>>; Acesso em: 9 de outubro de 2017).

¹⁴⁵ Produto interno bruto (PIB) é o valor de mercado de todos os bens e serviços finais produzidos em um país, em um dado período. Nas ciências econômicas, os economistas estudam a composição do PIB de acordo com diversos tipos de gastos. Desse modo, o PIB é dividido em quatro componentes: consumo (despesas do setor privado); investimento (compras de bens de capital, estoques e estruturas); compras (gastos em bens e serviços) do governo; e as exportações líquidas. (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. 468-472).

lado, há quem defenda que a recessão é decorrente das políticas contracionistas, ou seja, de austeridade, adotadas em 2015/2016.¹⁴⁶

A bem da verdade, a economia brasileira demonstra oscilações desde o início dos anos de 1980, alternando entre pequenos ciclos de crescimento e de recessão econômica, adotando um comportamento à *la stop-and-go*.¹⁴⁷ A tabela a seguir demonstra o crescimento do PIB brasileiro a partir de 2008.

Tabela 2 – Crescimento do PIB real (% a.a.).

ANO	PIB (% a.a.)
2008	5,1
2009	-0,1
2010	7,5
2011	3,9
2012	1,9
2013	3,0
2014	0,5
2015	-3,8
2016	-3,6

Fonte: IBGE.

Até então adotado pelo Governo Federal desde o ano de 1999, a tríade da política macroeconômica brasileira constitui-se pelo regime de metas de inflação, metas de superávit primário e regime de câmbio flutuante. Assim, tanto a política monetária como a política fiscal foram conduzidas através de uma alta taxa de juros e na busca pelo superávit primário.

De sorte, a alta do preço das *commodities*, em meados de 2004, acrescido pelo aumento no consumo da sociedade – haja vista o incentivo ao crédito bancário e o aumento da renda real das famílias – permitiu com que o

¹⁴⁶ PAULA, Luiz Fernando de; PIRES, Manoel. Crise e perspectivas para a economia brasileira. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 125-144, apr. 2017, p. 125. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/132423/128557>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

¹⁴⁷ PAULA; PIRES; op. cit. p. 126.

PIB brasileiro apresentasse um satisfatório crescimento entre os anos de 2004-2008, respectivamente, nos percentuais de 5,8%, 3,2%, 4,0%, 6,1%, 5,1%.¹⁴⁸

Não obstante, no final do ano de 2008, a repercussão da crise dos EUA, acarretada pela falta de regulação do mercado de hipotecas aliado às taxas de juros baixas do governo norte-americano – ocasionando prejuízos financeiros que repercutiram na economia mundial – teve, entretanto, um impacto mais brando na economia brasileira. Os principais efeitos foram: (i) a saída de capitais estrangeiros aplicados em bolsa; (ii) redução da oferta de crédito externo para bancos e empresas; (iii) aumento das remessas de lucros e dividendos por parte de subsidiárias de empresas multinacionais; (iv) retração do mercado de crédito doméstico; e (v) redução da liquidez no mercado interbancário.¹⁴⁹

Com a gradativa recuperação da economia brasileira em 2009, o país voltou a receber grandes fluxos de capitais de curto prazo, em grande parte, incentivados pelas diferenças praticadas entre as taxas de juros internas e externas. Destarte, o Real teve uma apreciação significativa, registrando a maior valorização entre os países emergentes.

Interessante observação é alçada por LUIZ FERNANDO DE PAULA e MANOEL PIRES ao verificarem que, diante do bom desempenho fiscal já no 1º semestre de 2011, o Ministério da Fazenda adotou uma forte política fiscal para estimular o setor industrial que se encontrava em situação difícil diante do câmbio apreciado e pela acirrada competição externa. Entre as medidas fiscais adotadas, o principal instrumento foi a isenção fiscal por meio da redução do IPI sobre bens de capital e a desoneração da folha de pagamento de setores de alta intensidade em mão de obra.¹⁵⁰

FERNANDO DE HOLANDA BARBOSA FILHO¹⁵¹ faz importante constatação ao afirmar que em 2011 também ocorreu um conjunto de choques de oferta e demanda, principalmente, diante das políticas adotadas pela Nova Matriz

¹⁴⁸ Valores do crescimento do PIB disponibilizados pelo sítio eletrônico do IBGE. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/contas-nacionais>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

¹⁴⁹ PAULA; PIRES, op. cit. p. 127.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 129.

¹⁵¹ BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda. A crise econômica de 2014/2017. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 51-60, apr. 2017, p. 51. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/132416>>. Acesso em: 17 nov. 2017

Econômica¹⁵² (NME). Para o autor, as medidas foram responsáveis por reduzir a produtividade da economia brasileira e, desse modo, o seu produto potencial. O choque de oferta ainda repercute de modo duradouro devido à alocação dos investimentos de longo retorno em setores pouco produtivos.

Não obstante, esse cenário de incentivos fiscais também perdurou nos anos subsequentes. Em 2013, entretanto, o Governo Federal sinalizou um breve ajuste fiscal e, também, o Banco Central aprovou o aumento da taxa Selic¹⁵³ para 10% ao ano.

Já em 2014 é possível verificarmos uma tendência de deterioração da base fiscal em função da queda das receitas tributárias – seja por meio dos benefícios fiscais concedidos ou diante da redução do PIB – e, bem como, do impacto dos juros sobre a dívida pública.

A crise econômica pode ocasionar algumas consequências para o Poder Público. Uma delas trata-se do aumento do déficit público em razão da diminuição geral da atividade econômica, seja por conta do fechamento de empresas ou através da redução do consumo, provocando uma baixa na arrecadação tributária e um incremento no gasto público com o aumento das prestações sociais (por exemplo, aumento nos casos de seguro-desemprego).

Destarte, segundo dados fornecidos pelo Banco Central, podemos analisar na tabela seguinte a variação dos resultados fiscais e a dívida pública usando como medida a porcentagem do PIB.

¹⁵² Para o autor, a Nova Matriz Econômica consiste em políticas de forte intervenção governamental na economia que combinava a política monetária com a redução da taxa de juros e política fiscal com o dirigismo nos investimentos, elevação de gastos, concessões de subsídios e intervenção em preços. (BARBOSA FILHO, op. cit. p. 52).

¹⁵³ Define-se a Taxa Selic como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais. Para fins de cálculo da taxa, são considerados os financiamentos diários relativos às operações registradas e liquidadas no próprio Selic e em sistemas operados por câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação (art. 1º da Circular nº 2.900/99).

Tabela 3 – Resultados fiscais e dívida pública (% do PIB).

ANO	RESULTADO PRIMÁRIO	SERVIÇO DA DÍVIDA	RESULTADO NOMINAL	DÍVIDA LÍQUIDA	DÍVIDA BRUTA
2008	3,3	5,3	2,0	37,6	56,0
2009	1,9	5,1	3,2	40,9	59,2
2010	2,6	5,0	2,4	38,0	51,8
2011	2,9	5,4	2,5	34,5	51,3
2012	2,2	4,5	2,3	32,2	53,8
2013	1,7	4,7	3,0	30,7	51,5
2014	-0,6	5,5	6,1	32,7	56,3
2015	-1,9	8,4	10,2	35,6	65,3
2016	-2,5	6,5	9,0	46,0	69,6

Fonte: Banco Central (2017).

Analisando o atual cenário de crise fiscal e econômica do Brasil, de fato, há certa semelhança com as crises econômicas que ocorrem em outros países. A dificuldade em equilibrar o orçamento público é uma questão bastante complexa, pois, ao mesmo tempo em que o Estado precisa aumentar a arrecadação – seja através dos impostos ou outra espécie de tributo – para garantir a manutenção dos serviços públicos e o funcionamento das atividades administrativas, há um reflexo desta medida na economia privada através da redução dos recursos disponíveis para investimentos.

Em período recente, seja em âmbito federal ou estadual, foi adotada uma forte política de benefícios fiscais sem possuir um adequado estudo dos impactos destas medidas expansionistas. Foram concedidos incentivos fiscais¹⁵⁴ e créditos para juros subsidiados sem que, de outro lado, houvesse

¹⁵⁴ Para melhor compreensão do campo de atuação financeira dos incentivos fiscais, utilizamos como referência as lições de Ricardo Lobo Torres, ao afirmar “que os incentivos que operam na vertente da receita estão em simetria e podem ser convertidos em privilégios financeiros, a gravar a despesa pública. A diferença entre eles é apenas jurídico-formal. A verdade é que a receita e a despesa são entes de relação, existindo cada qual em função do outro, donde resulta que tanto faz diminuir-se a receita pela isenção ou dedução, como aumentar-se a despesa, pela restituição ou subvenção, que a mesma consequência será obtida: o empobrecimento do ente público e o enriquecimento do contribuinte.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 293-294).

uma preocupação com as renúncias dessas receitas e o aumento das despesas públicas ou, até mesmo, um controle eficiente dos resultados que estas medidas propiciaram à sociedade.

Destarte, no que tange à relação entre Estado e mercado, podemos constatar que a crise econômico-financeira – conforme uma análise incipiente da realidade vivenciada pelo Brasil nos últimos anos – pode ter origem tanto do setor privado que, ao apresentar um baixo desempenho, necessita da ajuda do Estado, através da concessão de benefícios fiscais, para fomentar o crescimento da atividade produtiva; ou do setor público, diante do cenário de instabilidade no orçamento público – vez que as despesas superam as receitas – fazendo com que haja um impacto nos investimentos privados: seja pela cobrança de mais impostos (o que reduz a renda disponível no mercado para investir), ou através das restrições estabelecidas por órgãos internacionais, que dificultam a entrada de capital estrangeiro nos países de alto risco para investimentos.

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO faz uma importante advertência ao afirmar que o cenário de instabilidade política e a perda de liquidez das principais empresas da engenharia civil – diante dos resultados das investigações criminais que recaíram sobre seus sócios – ocasionaram a estagnação das obras de infraestrutura e desempregos em massa no Brasil. Destarte, esse contexto contribuiu para que os investimentos fossem adiados ou transferidos para outros países que apresentem uma maior estabilidade.¹⁵⁵

Em sequência, após breve análise da conjuntura econômica e fiscal, importante se faz analisar o quadro atual das parcerias público-privadas.

Apenas quase dois anos após a publicação da Lei n.º 11.079/04 foi realizado o primeiro contrato de PPP no Brasil. Trata-se da concessão patrocinada da Linha 4 do Metrô de São Paulo, ocorrida em 29 de novembro de 2006, pelo Poder Público do Estado de São Paulo¹⁵⁶.

¹⁵⁵ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como lidar com o risco de financiamento de concessões e PPPs em período de normalidade e de crise. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/risco-de-financiamento-em-periodo-de-crise-4.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

¹⁵⁶ Importante mencionarmos, também, segundo dados do Radar PPP, que o Estado de São Paulo foi o primeiro a alcançar a marca de 10 contratos de PPPs.

Neste mesmo ano também foram celebradas a segunda e terceira parceria público-privada. A segunda PPP, na modalidade de concessão administrativa, ocorreu no Estado da Bahia¹⁵⁷ – constituída pela operação do Sistema de Disposição Oceânica do Jaguaribe.

No âmbito federativo municipal, por sua vez, o primeiro contrato de PPP, no ano de 2007, foi assinado pelo Município de Rio Claro (SP) ao firmar o contrato de concessão administrativa do sistema de esgotamento sanitário da cidade.

Até meados do ano de 2015, segundo números divulgados pelo Radar PPP¹⁵⁸, haviam sido celebrados 74 contratos de PPPs¹⁵⁹, sendo 61 concessões administrativas e 13 concessões patrocinadas – grande parte dos contratos celebrados ocorreu em âmbito dos entes subnacionais. A totalidade dos recursos envolvidos nas PPPs em fase de execução, calculadas de acordo com o seu valor de contrato, somam o montante de R\$ 138.319.349.354,91.¹⁶⁰

Um dos contratos de maior monte assinado neste período trata-se da PPP Porto Maravilha – responsável pela revitalização urbana da região portuária do município do Rio de Janeiro – gerando aplicações de recursos privados da ordem de R\$ 7,6 bilhões em obras de infraestrutura e na prestação de serviços de manutenção de equipamentos públicos.

Por oportuno, faz-se importante destacar os segmentos de atuação das parcerias público-privadas no território nacional, no ano de 2015, conforme podemos verificar na tabela seguinte.

¹⁵⁷ Atualmente, o Estado da Bahia conta com 6 contratos de PPPs assinados, sendo 3 deles na área da saúde: Hospital do Subúrbio, Instituto Couto Maia e Diagnóstico por Imagem.

¹⁵⁸ Radar PPP. A situação do Mercado Brasileiro de PPPs. Disponível em: <<http://infraestruturaeppps.com.br/Portugues-CBIC-Radar-PPP.pdf>> Acesso em: 18 de novembro de 2017.

¹⁵⁹ Não obstante, se considerarmos os projetos de PPP que estão se iniciando, podemos constatar que, de 2011 até 2015, conforme dados do Radar PPP, foram publicadas 199 procedimentos de manifestação de interesse (PMIs). Este procedimento consiste em um instrumento do Poder Público para conhecer, de modo organizado, as percepções do setor privado sobre determinado empreendimento. O PMI, então, se inicia a partir do ato de convocação para os interessados apresentarem estudos multidisciplinares. Desse modo, o setor privado é incentivado a, por sua conta e risco, desenvolver estudos técnicos sobre o projeto.

¹⁶⁰ Fonte: Radar PPP. (<http://www.radarppp.com>)

Tabela 4 – Segmento de atuação das PPPs brasileiras.

SEGMENTO DE ATUAÇÃO DA PPP	QUANTIDADE	SEGMENTO DE ATUAÇÃO DA PPP	QUANTIDADE
Saneamento	16	Mobilidade Urbana	2
Resíduos Sólidos	13	Multinegócios	2
Saúde	9	Tecnologia	1
Atendimento ao Cidadão	6	Urbanização	1
Estádios	6	Cultura	1
Trem Urbano	6	Aeroporto	1
Rodovias	3	Educação	1
Sistema Prisional	3	Prédio Público	1
Habitações	2		

Fonte: Radar PPP (2015).

No início do ano de 2016, entretanto, o número de PPPs alcançou 86 contratos assinados. A bem da verdade, algumas situações importantes podem ser verificadas, principalmente, no que tange à crise econômica e fiscal que abarca a União e grande parte dos Estados e Municípios.

Não obstante, neste ano, o mercado de PPPs foi marcado por incertezas. De acordo com dados fornecidos pelo Radar PPP¹⁶¹, ao longo de 2016 foram lançados 37 editais para diferentes parcerias público-privadas em todo território nacional. No entanto, 17 desses procedimentos foram sumariamente suspensos ou cancelados por conta de imprecisões nos estudos de viabilidade dos projetos e na formulação dos contratos, bem como outros fatores imprevisíveis.

Até meados de dezembro de 2016, apenas 12 contratos foram concretizados, todos realizados por municípios. Nesse contexto, é possível verificarmos que há uma maior precaução do setor privado e do Poder Público

¹⁶¹ Fonte: Radar PPP. (<http://www.radarppp.com>).

em relação aos projetos de parceria público-privada. A recessão da economia, políticas de austeridade nas esferas federal, estadual e municipal, a insegurança jurídica, bem como os constantes noticiários de casos de corrupção¹⁶² envolvendo as maiores empresas de engenharia civil do país, são fatores que contribuem para os baixos desempenhos das PPPs.

Diante do ajuste fiscal de grande parte dos entes políticos, o Poder Público adota uma postura de não se comprometer a arcar com elevadas contrapartidas nas licitações dos projetos. Desse modo, conforme apontam os números divulgados pelo Radar PPP sobre as parcerias realizadas, constata-se que o mercado das PPPs vive uma maior tendência na celebração de projetos menores do ponto de vista econômico.

Utilizando como exemplo a situação fiscal da União podemos verificar os seguintes valores. Conforme números divulgados pela Secretaria da Receita Federal, em 2015, a arrecadação de impostos e contribuições federais registrou uma queda real de 5,6%. Ainda, os dados apontam que neste ano a arrecadação somou R\$ 1,35 trilhão, tratando-se do menor valor desde 2010, e a União deixou de arrecadar R\$ 105,3 bilhões em decorrência dos incentivos fiscais concedidos.

Desse modo, a arrecadação refletiu a baixa da atividade econômica decorrente da recessão. Em 2015, a produção industrial recuou 7,7%, as vendas de bens e serviços despencaram 7,75%, e o valor em dólar das importações caiu 27%.¹⁶³

No ano subsequente, em 2016, a arrecadação com impostos e contribuições federais registrou uma queda real de 2,97%, alcançando o valor de R\$ 1,28 trilhão. Segundo números divulgados pelo Fisco, o Governo Federal

¹⁶² Diante das colaborações premiadas ocorridas no âmbito da Lava-Jato, constata-se a menção a treze projetos de PPPs. Um dos setores mais mencionado foi o de saneamento básico, correspondendo a 5 projetos que não tiveram suas licitações concluídas, nos seguintes locais: Rio Grande do Norte, Itabuna (BA), Paraíba, Lagarto (SE) e São Cristóvão (SE); bem como foram mencionadas quatro iniciativas que chegaram a fase de contrato assinado: Mauá (SP), Espírito Santo, Uruguaiana (RS) e Rio das Ostras (RJ). Também foram mencionados os contratos de PPP sobre o complexo prisional, em Pernambuco, a PPP em rodovia no Paraná, o metrô de São Paulo, e o estádio do Rio de Janeiro.

¹⁶³ Dados fornecidos pela Receita Federal no ano de 2015. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao>>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

deixou de arrecadar R\$ 90,6 bilhões neste período por conta dos incentivos fiscais.¹⁶⁴

Nesse período, a produção industrial recuou 7,67%, as vendas de bens e serviços reduziram em 9,06% e o valor em dólar das importações caiu 19,34%.

Em verdade, o baixo desempenho econômico, decorrente da retração do PIB, impacta na arrecadação tributária de todos os entes da federação e, conseqüentemente, também reduzirá as transferências constitucionais dos fundos de participação para os Estados e Municípios, reduzindo suas receitas. Para mitigar os efeitos da crise e diante de uma poupança pública deficitária, os entes políticos precisarão cortar gastos e/ou elevar os tributos, e, nessa última hipótese, acarretaria uma redução da poupança privada, causando uma redução do fundo para investimento em infraestrutura disponível no mercado financeiro.

Recentemente, segundo dados divulgados pelo sítio eletrônico PPP Brasil, cinco PPPs foram extintas. Ainda, outros vinte e três contratos enfrentam sérios problemas que comprometem o cronograma de aportes nesses projetos.¹⁶⁵

A título de exemplo, podemos mencionar, ainda que com brevidade, o contexto de um contrato de PPP que foi extinto em decorrência dos elevados repasses feitos pelo Poder Público. Trata-se do contrato da Arena Multiuso da Copa de 2014, localizada em Pernambuco¹⁶⁶, assinado em junho de 2010.

Em meados de 2015 foi constituído um grupo de trabalho formado por servidores do Estado de Pernambuco com a finalidade de analisar a viabilidade da execução e das contraprestações da concessão administrativa da arena multiuso. Na análise pretendida pelo grupo de trabalho alguns temas foram colocados em evidência: (i) atualidade das projeções financeiras do contrato; (ii) ações para incrementar a receita bruta da operação, de modo a diminuir a contraprestação pública; (iii) cumprimento de obrigações contratuais pela

¹⁶⁴ Números obtidos através dos relatórios da Receita Federal para o ano de 2016.

¹⁶⁵ Informação obtida através do portal PPP Brasil. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br>>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

¹⁶⁶ A PPP da Arena Multiuso é a segunda parceria público-privada extinta em Pernambuco antes do prazo de vigência previsto contratualmente. A primeira PPP extinta foi a do Centro Integrado de Ressocialização de Itaqui (CIR), um presídio.

concessionária; (iv) imissão da concessionária na posse de área destinada ao empreendimento imobiliário que integra o contrato; e (v) implantação e execução do projeto imobiliário vinculado ao contrato. Adicionalmente, também foi contratada uma consultoria externa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) para assessorar o Estado de Pernambuco na análise da situação econômico-financeira da PPP.¹⁶⁷

O Tribunal de Contas estadual participou na fiscalização da rescisão do contrato da PPP, tendo, inclusive, a sua atuação resultado em um Termo de Ajuste de Gestão para definir os parâmetros – através de onze determinações para preservar o interesse público e minimizar os prejuízos financeiros – que deveriam ser observados pelo Governo Estadual diante rescisão da concessão administrativa.

A rescisão do contrato de PPP ocorreu consensualmente entre a concessionária e o Poder Público, no ano de 2016. Assim, o Governo do Estado concordou em pagar R\$ 246,8 milhões à concessionária, ao longo de 15 anos, de forma a minimizar os prejuízos aos cofres públicos.

Não obstante, em 11 de julho de 2017, devido a suspeitas de superfaturamento na construção da Arena Pernambuco, decorrente das investigações criminais sobre os sócios da construtora responsável pelo empreendimento, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco determinou a suspensão dos pagamentos indenizatórios que estavam sendo realizados mensalmente por conta do acordo celebrado na rescisão a fim de evitar mais prejuízos financeiros ao Erário. A decisão da Corte de Contas também prevê um novo julgamento dos valores acordados na rescisão, que, em apenas dez meses, custou R\$ 39,2 milhões aos cofres estaduais.

A bem da verdade, percebe-se que, desde a vigência da Lei n.º 11.079/04, os contratos de PPPs foram celebrados em momentos econômicos distintos – principalmente, em período de grande expansão do crédito e elevado consumo por bens e serviços – e elaborados sem uma efetiva matriz de riscos. É certo que diversos fatores podem contribuir para a derrocada de uma parceria público-privada, mas os arranjos contratuais necessitam de

¹⁶⁷ PPP Brasil. Pernambuco extingue contrato de PPP de arena. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/pernambuco-extingue-contrato-de-ppp-de-arena>>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

flexibilidade para que possam continuar atendendo ao interesse público e acompanhando o longo prazo estipulado para a duração das concessões que podem chegar a 35 anos. De sorte, as adaptações dos contratos a novas realidades e pretensões são complexas e exigem maior cooperação e comprometimento entre o parceiro público e privado.

4.3 Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (Lei n.º 13.334/16): a aposta do Poder Público para retomar os investimentos em infraestrutura

A recente perspectiva de investimentos em infraestrutura no cenário brasileiro – seja em âmbito federal, estadual ou municipal – remete à edição da Lei Federal n.º 13.334/16 (conversão da Medida Provisória n.º 727/16), cujo propósito trata-se da ampliação da relação e cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada. Desse modo, instituiu-se o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) com a finalidade de tornar o modelo de concessões mais eficiente e atrair novos investimentos em projetos de infraestrutura.

O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) tem como objetivos principais, segundo dispõe o art. 2º da Lei da PPI: (i) ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do país; (ii) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas aos usuários; (iii) promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; (iv) assegurar a estabilidade e segurança jurídica dos contratos, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; (v) fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Dentre os princípios que devem ser observados na implementação do PPI estão a estabilidade das políticas públicas de infraestrutura; legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e a garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.

Destarte, fazem parte do rol de projetos do Programa de Parcerias de Investimentos os empreendimentos públicos de infraestrutura executados por

meio de contratos de parceria celebrados pela Administração Pública e o setor privado, bem como os projetos do Programa Nacional de Desestatização.

A ideia do programa, então, consiste em ter mais eficiência nas decisões e no acompanhamento dos projetos que serão executados por meio de concessões e parceria público-privadas, além de garantir um ambiente propício ao desenvolvimento econômico.¹⁶⁸

Por meio da Lei n.º 13.334/16 duas estruturas na Administração Pública Federal foram criadas: o Conselho do PPI e a Secretaria do PPI.

O Conselho do PPI é o órgão colegiado que avalia e recomenda ao Presidente da República os projetos que integrarão o programa, bem como tem a atribuição de decidir sobre temas relacionados à execução dos contratos de parcerias e desestatizações.

A Secretaria do PPI, por sua vez, é órgão vinculado à Presidência da República, e tem como atribuição atuar em apoio aos Ministérios e às Agências Reguladoras para a execução das atividades do programa.

Desse modo, tanto o Conselho como a Secretaria, incluindo os órgãos setoriais e os órgãos de controle, devem agir de forma cooperativa para assegurar estabilidade, segurança jurídica e efetividade das políticas desenvolvidas pelo Programa de Parcerias de Investimentos.

A Lei n.º 13.334/16 estabelece, em seu art. 11, que para a estruturação dos projetos que integrem ou venham a integrar o PPI, o Poder Público poderá utilizar a estrutura interna própria, contratar serviços técnicos profissionais especializados, abrir chamamento público, receber sugestões de projetos – sendo vedado qualquer ressarcimento, ou celebrar diretamente com o Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias – FAEP – contrato de prestação de serviços técnicos profissionais especializados.

Sobre o Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias, a Lei da PPP estabelece que este possua prazo inicial de dez anos, renovável por igual período, bem como terá natureza privada. É constituído de patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, sendo sujeito a direitos e obrigações próprias e com capacidade de celebrar, em seu nome, contratos, acordos ou

¹⁶⁸ BRASIL. Entenda o programa de parcerias de investimentos. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/09/entenda-o-programa-de-parcerias-de-investimentos>>. Acesso em: 21 de novembro de 2017.

qualquer ajuste que estabeleça deveres e obrigações e que sejam necessárias à realização das suas finalidades.

Inicialmente, o programa de parcerias pretende alcançar 32 empreendimentos de infraestrutura, a estimativa é de que investimentos nos setores aeroviários, rodoviários e portuários gerem retorno de mais de R\$ 19,5 bilhões.

A previsão de investimentos para os aeroportos é de R\$ 6,4 bilhões, ocorrendo os leilões no segundo semestre de 2018. Na região Nordeste serão concedidos os terminais de Recife (PE), Maceió (AL), Aracaju (SE), João Pessoa (PB), Campina Grande (PB) e Juazeiro do Norte (CE); no Centro-Oeste, serão cinco aeródromos no Mato Grosso: Cuiabá (Várzea Grande), Rondonópolis, Sinop, Alta Floresta e Barra do Garças e no Sudeste o aeroporto de Vitória (ES).¹⁶⁹

Embora seja imprescindível a necessidade em ampliar e fortalecer as relações público-privadas, diante dos gargalos existentes em praticamente todos os setores, as soluções para os problemas não se mostram por meio de uma perspectiva simples. Os resultados do Programa de Parcerias de Investimento, de sorte, não devem ser sentidos em curto prazo, pois ainda há grandes efeitos decorrentes das restrições fiscais e econômicas que ainda ecoam nos entes federativos. Mas há de se reconhecer que a intenção em aprimorar e tornar mais eficiente os projetos em infraestrutura – bem como em garantir maior estabilidade e autonomia regulatória – são fatores que representam uma contribuição essencial para retomar a confiança e atrair investimentos em infraestrutura de qualidade.

¹⁶⁹ BRASIL. Programa de parcerias terá 32 empreendimentos de transporte a concessão. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/08/programa-de-parcerias-tera-32-empreendimentos-de-transportes-a-concessao>>. Acesso em: 21 de novembro de 2017.

5 UMA BREVE ANÁLISE DAS PPPS EM PORTUGAL E NO REINO UNIDO: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E OS SEUS RESULTADOS

5.1 As PPPs no setor de infraestrutura em Portugal

A colaboração entre o setor público e privado para ampliação da infraestrutura e a prestação de serviços públicos é utilizada há bastante tempo em terras portuguesas. Principalmente na década de 1990, as PPPs surgem como uma possibilidade ao Poder Público para expandir os investimentos e cuja construção e gestão ficariam por conta do setor privado sem qualquer impacto imediato no orçamento público, pois durante a fase de operação é que passariam a existir encargos para o Estado.

Entretanto, foi apenas no início dos anos 2000 que uma normatização geral sobre PPP foi efetivada através da aprovação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril.

A aprovação de uma regulamentação para as PPPs constituiu uma questão controversa entre os doutrinadores lusitanos. Como bem observa MARIA EDUARDA DE AZEVEDO, em face das características de abordagem do decreto-lei subsistia uma corrente doutrinária que reprovava a edição de uma “lei-quadro” para não limitar a criatividade e flexibilidade que seriam inerentes às parcerias.¹⁷⁰

Com a nova regulamentação geral, além de estabelecer parâmetros da parceria e a identificação dos seus elementos básicos – tais como a noção de parceria, os objetivos específicos e as características predominantes, a importância e os limites da repartição dos riscos, a salvaguarda do interesse público, bem como exemplos de modelos contratuais – estabeleceu-se também um sistema de controle procedimental e executório do Ministério das Finanças, onde este almejava garantir a fiscalização dos determinados critérios de racionalidade econômico-financeira em todas as fases da elaboração e execução de um projeto de PPP.¹⁷¹

¹⁷⁰ AZEVEDO, Maria Eduarda de. *As parcerias público privadas: instrumento de uma nova governação pública*. 2008. 661 f. Tese de Doutoramento em Direito – Universidade de Lisboa, Lisboa, p. 272.

¹⁷¹ AZEVEDO, op. cit. p. 273-74.

Destarte, o Decreto-Lei n.º 86/2003 foi responsável por instituir uma nova perspectiva no relacionamento entre os setores público e privado consubstanciando uma atualização na forma de governança pública. Conforme previsão do art. 2º do decreto-lei, a parceria entre o setor público e privado consiste em um contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas se comprometem perante o parceiro público para assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, em regra, ao parceiro privado.

Posteriormente, diante da necessidade de um aperfeiçoamento normativo inicial, sucedeu uma nova modificação legislativa por meio do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de julho. As principais alterações cingiram-se, em grande parte, sobre matérias de caráter procedimental, sendo estabelecidas em quatro eixos: (i) aprofundamento da articulação técnica e política entre o Ministério das Finanças e os Ministérios de proteção setorial; (ii) aumento das exigências de rigor, transparência e controle financeiro; (iii) maior transparência do modelo de partilha de riscos; e (iv) flexibilidade, eficiência e transparência na concepção e preparação das parcerias.

Ainda, aspecto interessante foi introduzido pela nova legislação ao prever dispositivo que impõe ao parceiro privado o dever de prestar contas sobre a totalidade das receitas obtidas diretamente como resultado da parceria para, desse modo, evitar a ocultação de receitas e que, futuramente, poderiam ser alegadas como uma falsa situação de instabilidade financeira.¹⁷²

O surgimento da primeira parceria público-privada em Portugal ocorreu no ano de 1993, antes mesmo do advento da regulamentação geral das PPPs. Trata-se da construção da segunda travessia do Rio Tejo, conhecida como a Ponte Vasco da Gama.

Posteriormente, foram constituídas diversas PPPs pelo Poder Público, em especial, no setor rodoviário, onde este corresponde a 79% do investimento total. Não obstante, também ocorreram parcerias no setor ferroviário, de saúde

¹⁷² AZEVEDO, op. cit. p. 285-86.

e de segurança, correspondendo respectivamente a 18%, 2% e 1% dos investimentos em PPP.¹⁷³

O setor rodoviário pode ser caracterizado através de três grandes projetos de investimentos com o setor privado. O primeiro grande projeto cinge-se nas autoestradas – durante os anos de 1980 e 1990 – que correspondem ao principal eixo viário de Portugal, ligando as principais cidades em uma concessão com pedágio.

A principal concessão de autoestradas do país teve sua gestão atribuída à Brisa, empresa pública responsável pela rede de autoestradas. No final dos anos de 1990, no entanto, a Brisa foi privatizada e, posteriormente, foram lançados mais dois projetos de autoestradas.¹⁷⁴

Entre os anos de 1999 e 2002 foi lançado o segundo grande projeto no setor rodoviário que corresponde a sete projetos SCUT (sem custo para o utilizador), dois projetos para autoestradas com pedágio nas áreas metropolitanas de Lisboa e Porto e mais outros dois projetos de ligação destas duas cidades, também com a aferição de pedágios.

Como bem expõem RICARDO FERREIRA REIS e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO¹⁷⁵, os projetos SCUT tratam-se de autoestradas quase sempre localizadas em regiões economicamente desfavorecidas e sem encargos para os usuários, sendo conhecido como *shadow toll*¹⁷⁶. Dessa forma, o pagamento às concessionárias era realizado pelo Estado com base em um sistema de banda de tráfego.

Para melhor compreensão das autoestradas SCUT algumas considerações sobre aspectos financeiros podem ser alçadas. Em regra, uma PPP é estruturada por meio de um *project finance* que consiste no pagamento dos financiamentos através do fluxo de caixa gerado pela operação do serviço. Destarte, ao contrário da estruturação financeira tradicional, baseada no princípio da autossustentabilidade e do utilizador-pagador por meio da

¹⁷³ Fonte: Direção Geral do Tesouro e Finanças em Portugal (DGTF, 2011).

¹⁷⁴ REIS, Ricardo Ferreira; SARMENTO, Joaquim Miranda. A ascensão e queda das parcerias público-privadas em Portugal. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (orgs). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 147.

¹⁷⁵ REIS; SARMENTO, op. cit. p. 147-48.

¹⁷⁶ Tradução livre: pedágio virtual.

cobrança de tarifas, as autoestradas SCUT têm o fluxo de caixa pago pelo Poder Público.

Aparentemente, há quem pense tratar-se de um serviço gratuito, mas não podemos olvidar que, nesse contexto, é adotado o princípio do contribuinte-pagador, pois são os impostos pagos por toda sociedade que irão financiar o serviço ao longo da vida útil da PPP.¹⁷⁷

Nos anos de 2011 e 2012, por conta de questões orçamentárias, o Poder Público introduziu portagens reais¹⁷⁸ nas autoestradas. Por conseguinte, as tarifas passaram a ser cobradas diretamente aos usuários do serviço pela empresa privada, entretanto, a receita obtida pertencia à empresa pública Estradas de Portugal, responsável por gerir a rede viária nacional. A cobrança aos usuários e a remuneração das concessionárias trouxeram, em um primeiro momento, algumas vantagens contábeis para o Estado. Em referência a essa nova perspectiva generalizou-se a denominação ex-SCUT, haja vista o serviço não ser mais, *a priori*, sem custos para o usuário direto.

Em sequência, podemos apontar que o terceiro grande projeto de autoestradas, cuja operação efetiva ocorreu nos anos de 2014 e 2015. Esta terceira fase consiste em oito projetos que o Poder Público atribuiu em regime de subconcessão para a empresa pública Estradas de Portugal. Trata-se de um modelo bastante semelhante ao adotado nas ex-SCUT, com a cobrança do pedágio aos usuários do serviço e a receita pertencendo à empresa Estradas de Portugal.

Segundo dados divulgados pela Direção Geral do Tesouro e Finanças de Portugal, em 2010, ao longo dos últimos 15 anos foram lançados um total de 36 projetos de PPPs, representando um investimento de cerca de 30 bilhões de euros. A título de exemplo, considerando os projetos de PPPs em autoestradas, também podemos identificar no setor ferroviário a existência de três PPPs; no setor da saúde com dois projetos; ainda, acrescenta-se um conjunto amplo de concessões no setor de abastecimento e saneamento de água e tratamento de resíduos sólidos urbanos.

¹⁷⁷ AZEVEDO, op. cit. p. 253.

¹⁷⁸ Ricardo Ferreira Reis e Joaquim Miranda Sarmento aduzem que, em Portugal, o termo “portagens reais” é utilizado como pedágio no Brasil, sendo a portagem real a designação utilizada para referir-se a situação de pagamento efetivo feito pelo usuário do serviço. (REIS; SARMENTO, op. cit. 148).

O Banco Europeu de Investimento, em 2009, realizou um estudo sobre o total de investimento em PPPs e o percentual correspondente ao PIB de países europeus. Verificou-se que Portugal, nesse período, obteve aproximadamente 10% do PIB em investimentos em PPP, ocupando a primeira posição. Em segundo lugar encontra-se o Reino Unido com 8% e na terceira posição a Hungria com 6% do PIB em investimentos.¹⁷⁹

Há de se reconhecer que a utilização intensiva de PPPs em Portugal ocorreu, em grande parte, com o intuito de colocar os investimentos fora do déficit orçamentário no ano da sua realização, sem considerar, no entanto, que os encargos assumidos representariam uma restrição orçamentária significativa para o futuro do país.

Com base nos números divulgados pela Direção Geral do Tesouro e Finanças de Portugal, os encargos anuais com PPPs em relação ao produto interno bruto, até 2030, superam os 0,5% do PIB, e, entre os anos de 2014 e 2020, esse valor ascende a 1% do PIB. O valor atual líquido desses encargos, com uma taxa de desconto de 6%, ascende a 12% do PIB. Desse modo, as PPPs tornam-se uma forte restrição ao processo de consolidação das finanças públicas de Portugal.¹⁸⁰

As principais dificuldades encontradas no cenário das PPPs de Portugal, segundo JOAQUIM FILIPE FERRAZ ESTEVES ARAÚJO e HUGO CONSCIÊNCIA SILVESTRE¹⁸¹, cingem-se, inicialmente, por conta da gestão de um número elevado de parcerias complexas em um curto período de tempo, onde cada uma delas abarca conjuntos diferentes de perspectivas que podem afetar a execução dos programas. Nesse contexto, também situam-se as questões referentes à transparência e prestação de contas, pois, além da criação de ativos, o compromisso contratual tem implicações no controle da despesa pública no futuro.

Por conseguinte, outra dificuldade encontrada trata-se de fato ocorrido em meados dos anos de 1990, sendo caracterizado pela ausência de um

¹⁷⁹ REIS; SARMENTO, op. cit. p. 151.

¹⁸⁰ Ibidem p. 151.

¹⁸¹ ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência. As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 571-593, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

quadro normativo específico e de regras orçamentárias apropriadas para os investimentos realizados por meio de uma PPP. Diante dos grandes passivos envolvidos, esses podem afetar a sustentabilidade fiscal e macroeconômica de longo prazo, afetando as gerações futuras que se encontram comprometidas a pagar pelos investimentos realizados há muito tempo. A ausência de uma regra fiscal impediu que fossem criados limites a esses encargos, pois o Tesouro português não tinha a decisão final relativa aos grandes investimentos públicos.

Ainda, como bem ressaltam RICARDO FERREIRA REIS e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO¹⁸², uma das causas para o insucesso das PPPs em Portugal também pode ser creditada à ineficiente alocação dos riscos. O Poder Público, frequentemente, assumiu uma grande quantidade de riscos que oneraram ainda mais a despesa pública diante da materialização do evento danoso.

Embora o setor privado seja responsável pelo risco da construção e o risco da disponibilidade, por obrigação imposta pelas regras da *Eurostat*, na maior parte das PPPs o risco da demanda tem ficado por conta do setor público. Nesse contexto, é possível verificar que o setor privado não tem os incentivos adequados para buscar uma maior eficiência na entrega de um serviço de qualidade para aumentar a demanda de utilização, haja vista que irá receber a remuneração pactuada com o Poder Público independentemente da quantidade dos usuários.¹⁸³

Há de se reconhecer que as parcerias público-privadas em Portugal trouxeram a construção de infraestrutura em poucas décadas, no entanto, podemos considerar que o seu uso foi bastante excessivo. A grave situação fiscal que o país vivenciou anos atrás e, gradativamente, vem se recuperando, pode ser atribuída, em grande parte, ao elevado número de parcerias que impuseram restrições orçamentárias futuras.

Porém, não podemos afirmar, por si só, que o modelo das PPPs seja ineficiente ou que sempre causará prejuízos aos cofres públicos em longo prazo, pois, como é de conhecimento geral dos estudiosos em questões de

¹⁸² REIS; SARMENTO, op. cit. p. 154.

¹⁸³ A título de exemplo, como bem demonstram Ricardo Reis e Joaquim Sarmiento, as cidades de Porto e Lisboa estão ligadas por duas modernas rodovias de excelente qualidade, mas com taxas de utilização conjunta baixas; já a ligação ferroviária está saturada. (REIS; SARMENTO, op. cit. p. 156).

infraestrutura, também existem experiências de sucesso na gestão das parcerias público-privadas em diversos países.

5.2 As parcerias desenvolvidas pelo programa governamental PFI/PF2 no Reino Unido

No Brasil, o instituto das parcerias público-privadas, previsto pela Lei n.º 11.079/04, recebeu forte influência dos contratos inseridos no âmbito da *Private Finance Initiative* (PFI) do governo britânico.

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO aduzem que é possível verificar que os contratos de parceria da PFI, em regra, têm a mesma estrutura econômica das PPPs do Brasil por dois motivos essenciais. Primeiro, a exigência de investimento considerável realizado pelo setor privado para implementar ou melhorar a infraestrutura. Segundo, a amortização desse investimento e a remuneração sobre o capital investido ocorrem por meio da exploração, operação e manutenção da infraestrutura concebida.

Assim, tanto no programa de PFI britânico quanto na PPP brasileira há um incentivo para que o parceiro privado utilize da infraestrutura e maximize ganhos de eficiência por meio de economias de escala e de escopo, ou seja, ao transferir as responsabilidades pela realização do projeto, do financiamento, da construção e operação.¹⁸⁴

Na década 1990, principalmente, durante o governo de John Major, o programa *Private Finance Initiative* despontou no Reino Unido ao ser utilizado no desenvolvimento de projetos de infraestrutura. As parcerias com o setor privado, por sua vez, tiveram como objetivo inicial melhorar as finanças públicas, criando condições de mercado que atraíssem o financiamento privado.

Desse modo, considerando desde a sua criação até os dias atuais, o programa governamental da PFI fez cerca de 700 projetos¹⁸⁵, em sua grande maioria, em infraestrutura social.

¹⁸⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de Parceria Público-Privada – Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.30-31.

¹⁸⁵ FRISCHTAK, Cláudio. PPPs: a experiência internacional em infraestrutura. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Chrysostomo de (Organizadores). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 135.

A evolução da estrutura institucional dos órgãos responsáveis pelas parcerias, no Reino Unido, pode ser compreendida em três fases. Primeira, entre os anos de 2000 até 2010, a instituição governamental responsável correspondia a *Partnerships UK* (PUK) cuja principal função correspondia apenas à entrega dos projetos. Posteriormente, entre os anos de 2010 e 2016, foi instituída a *Infrastructure UK* (IUK), onde esta detinha uma maior abrangência, sendo responsável por realizar uma função política, de planejamento, de entrega, e de financiamento. Em 2016, por fim, sucedeu a instituição antecedente a *Infrastructure and Projects Authority* (IPA) que, além das funções anteriores, também era responsável por conceder garantias.¹⁸⁶

No entanto, o modelo de parceria adotado pelo governo britânico não se caracterizava numa prática exclusiva, pois já era possível identificar, nesse período, algumas semelhanças com as práticas que anteriormente ocorreram em países como EUA, Austrália e Nova Zelândia que utilizavam o financiamento privado em empreendimentos de infraestrutura e persecução de políticas públicas.¹⁸⁷

Não podemos olvidar que a relação das parcerias público-privadas no Reino Unido não foi imune de críticas ao longo da sua trajetória. Desse modo, para tornar o programa governamental da PFI mais eficiente, o governo britânico realizou algumas modificações essenciais.

Inicialmente, podemos constatar quatro pontos controversos apontados por JAVIER ENCINAS: (i) em algumas situações, as PFIs foram utilizadas pelo governo apenas como mecanismo para obter financiamentos que não constassem no balanço contábil do orçamento; (ii) o aumento do custo da dívida bancária – responsável por financiar a maior parte do empreendimento – tornava-o pouco rentável; (iii) os projetos levavam bastante tempo para serem adjudicados; (iv) a concessionária estava obtendo um lucro elevado com as PFIs através de retornos ocultos e sem fiscalização.¹⁸⁸

¹⁸⁶ ENCINAS, Javier. *O programa PPP Reino Unido: evolução e lições aprendidas*. 18 de out. 2017. 61 slides. Material apresentado no 2º Fórum Internacional de Parcerias Público-Privadas realizado na Bahia, p. 6.

¹⁸⁷ AZEVEDO, Maria Eduarda de. *As parcerias público privadas: instrumento de uma nova governação pública*. 2008. 661 f. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de Lisboa, Lisboa, p. 124.

¹⁸⁸ ENCINAS, op. cit. p. 46.

Em meados de 2013, o Poder Público inglês elaborou um novo programa de parcerias com o setor privado denominado de *Private Finance 2* (PF2) que, dentre outras finalidades, se diferenciava do modelo antecessor PFI em alguns aspectos.

No que tange ao financiamento dos projetos de grande parte das parcerias realizadas no âmbito da PFI, os detentores das ações eram todos do setor privado. De outro lado, com as mudanças introduzidas pelo modelo PF2, o setor público torna-se acionista, ainda que minoritário, enquanto que uma parte das ações também é atribuída por meio de licitação.

Outro aspecto modificado cinge-se no fato de que, desde 2008, nas PFIs, a maior parte dos financiamentos é obtida através de instituições bancárias privadas, onde a estruturação típica da composição da dívida contraída e do capital próprio investido pelos sócios era na proporção de 90/10. Já nos projetos de PF2, o setor privado passa a ser obrigado a apresentar uma solução de financiamento que não dependa da dívida bancária com a finalidade de que, desse modo, a estruturação da dívida e do capital seja constituída na proporção de 80/20.

A fase de contratação também foi modificada. Nas PFIs era comum não haver limite máximo de tempo para concluir a fase de licitação. A título de exemplo, alguns projetos de PFIs levavam até 60 meses para concluírem apenas a licitação. Entretanto, por meio das modificações implementadas pelo programa PF2, a fase de licitação passou a ser limitada em até 18 meses, salvo expressa previsão no sentido de que, diante da complexidade do projeto, seja estabelecida uma isenção de prazo.

Também é possível apontar algumas mudanças no critério de alocação dos riscos. Anteriormente, nas PFIs, os riscos eram alocados majoritariamente ao setor privado. Já na estruturação da PF2, o setor público assume uma maior parcela dos riscos.¹⁸⁹

Aspecto imprescindível a ser abordado no contexto das parcerias público-privadas no Reino Unido trata-se da hipótese do compartilhamento de ganhos¹⁹⁰ decorrentes da queda do risco de crédito.

¹⁸⁹ ENCINAS, op. cit. p. 48.

¹⁹⁰ Tal situação, inclusive, também tem previsão no ordenamento jurídico das PPPs brasileiras através do inciso IX do art. 5º da Lei n.º 11.079/04.

Em grandes projetos de infraestrutura, haja vista envolverem várias etapas: construção, operação e manutenção de ativos por longo período de anos, se faz recorrente que o risco da empreitada seja reduzido após a conclusão da fase de construção e o início da operação dos serviços.

Desse modo, duas razões podem ser apontadas para justificar a queda do risco. Primeiro, pelo fato de superar-se a complexidade que geralmente circunda o período de construção do projeto diante das incertezas sobre a obtenção de todas as licenças, realização de desapropriações, entraves burocráticos, viabilidade financeira, custo e prazos para realização dos serviços de engenharia, etc. Em segundo lugar, pelo fato de que com a efetiva operação da empreitada é possível mensurar a real capacidade do fluxo de caixa do empreendimento.¹⁹¹

O debate acerca dos refinanciamentos em projetos das PFIs britânicas nos remete ao caso do *Fazakerley PFI Prison Contract*¹⁹², nos anos 2000, onde os investidores conseguiram obter ganhos decorrentes do refinanciamento no valor de £14,1 milhões, dos quais o Poder Público recebeu apenas £1 milhão – referente a um contrato que envolveu receitas no montante total de £247 milhões.¹⁹³

Este caso foi o primeiro a envolver uma situação de refinanciamento do projeto e, diante das condições mais favoráveis do mercado e do menor risco em que os empreendimentos já concluídos se encontravam, houve incentivo para que outros projetos também fossem refinanciados, cabendo ao Parlamento inglês estabelecer recomendações dirigidas para diversos programas de PFI, cujas medidas, dentre outras, previam que: (i) nos contratos celebrados até 30/09/2002, quando não houver disposição específica sobre refinanciamento nos contratos, o Poder Público deverá se apropriar de 30% dos ganhos decorrentes do refinanciamento; (ii) já nos contratos realizados após 30/09/2002, as regras ficaram mais definidas pois estabeleceu-se o que deve ser compreendido como refinanciamento e, bem como, passou a exigir que conste nos contratos cláusula aduzindo que os ganhos relativos ao

¹⁹¹ RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 146.

¹⁹² Em contratos de PFI na área de penitenciárias 100% da receita decorre dos pagamentos públicos.

¹⁹³ RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 146-147.

refinanciamento devem ser partilhados em 50% entre o setor público e privado; (iii) também, as recomendações do Parlamento buscaram estabelecer procedimentos para a realização e acompanhamento para viabilizar os refinanciamentos e, assim, assegurar a participação do Poder Público nos ganhos obtidos.¹⁹⁴

As recomendações previstas no documento intitulado como *Standardisation of PFI Contracts*¹⁹⁵, em seu item 35.2.1, conceitua o refinanciamento de uma forma ampla, abrangendo qualquer mudança na estrutura do financiamento do projeto que seja possível levar a um aumento das distribuições de lucros para os investidores ou uma redução dos seus compromissos com o projeto. A título de exemplo, o documento aponta um rol de transações que podem ser consideradas como ganhos decorrentes do refinanciamento: (i) redução das taxas de juros; (ii) redução ou liberação de contas reservas; (iii) dilatação do prazo de carência da dívida; (iv) aumento do montante da dívida; (v) refinanciamentos realizados sem o envolvimento direto do parceiro privado, nos casos em que há uma sociedade constituída exclusivamente para deter participação no parceiro privado, mas que seja constituída em direitos incidentes sobre o fluxo de caixa, ativos ou contratos do parceiro privado.

Como bem observa JULIUS SEN¹⁹⁶, no começo da implementação da *Private Finance Initiative* no Reino Unido, utilizava-se uma metodologia geral que, basicamente, era motivada por um compromisso ideológico com o setor privado e na aposta de que haveria uma superioridade na prestação do serviço em relação ao setor público. Desse modo, buscava-se atrair o setor privado para solucionar os problemas referentes à baixa eficiência e a falta de concorrência de mercado.

No entanto, ao verificar que diversos projetos enfrentavam dificuldades, se fez necessário abandonar a preferência por uma metodologia padronizada

¹⁹⁴ RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 147.

¹⁹⁵ Ibidem p. 148.

¹⁹⁶ SEN, Julius. Resumo da experiência política do Reino Unido aprendidas com a implementação de projetos de PPP/PFI. In: COSCARELLI, Bruno; PEREIRA, Bruno; NAVES, Guilherme; REIS, Rodrigo. *Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP*. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/GuiaRadarPPP.pdf>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017, p. 113.

para adotar um planejamento contratual com diretrizes diferenciadas a fim de acompanhar a complexidade de cada projeto de PFI.

Alguns exemplos podem refletir situações antagônicas de sucesso e insucesso nas parcerias do Reino Unido. O projeto Eurotúnel, quando analisado apenas no impacto político acarretado, pode ser compreendido como um grande sucesso diante do aumento do número de tráfego de turistas, conveniência de viagens, logística de transporte, etc. Entretanto, sob a perspectiva financeira, pode ser considerado um fator negativo, pois, enquanto houver concorrência de transporte para travessia por um preço menor, como a que ocorre no Canal da Mancha, o empreendimento não terá uma rentabilidade suficiente.

Assim, os governos do Reino Unido e da França assumiram um passivo elevado de longo prazo por conta dos custos envolvidos no projeto do Eurotúnel, não obstante a sociedade considere o projeto como um empreendimento positivo com benefícios comerciais e sociais.

Outro exemplo de PFI que obteve resultados controversos trata-se do projeto de Ponte Skye que consistiu na construção de uma ponte conectando a costa escocesa com a ilha de Skye para substituir o serviço de balsas. Após a construção da ponte, esta nunca se tornou viável financeiramente e o governo escocês necessitou nacionalizá-la para mitigar os prejuízos. Assim como o exemplo anterior, apesar de não ser financeiramente atrativa para o Poder Público, a construção da ponte aumentou o tráfego turístico e comercial para a ilha de Skye.¹⁹⁷

Contudo, também podemos mencionar que alguns bons projetos de PFI conseguiram obter êxito em diversos aspectos. Há exemplos de parcerias em serviços hospitalares, de transporte e, em grande parte, em serviços locais de infraestrutura – como a gestão de estádios, parques, centros esportivos, centros culturais, iluminação pública, gestão de resíduos e coletas seletivas, etc.

Nesses contextos, o governo central exercia o papel de fornecer as diretrizes e princípios gerais para os projetos, enquanto os municípios articulavam a resolução dos requisitos contratuais e questões operacionais.

¹⁹⁷ SEN, op. cit. p. 114.

Ainda, é possível constatar que as consultas públicas junto à comunidade foram essenciais na formatação dos projetos PFI ao garantir que os temas locais, questões de interesse cultural e social também fossem refletidos nos objetivos das parcerias com o setor privado.¹⁹⁸

De modo bastante pragmático, JULIUS SEN¹⁹⁹ aborda os principais desafios enfrentados pelo Reino Unido no que tange à gestão contratual desses projetos. Para o autor, os contratos de PFI não são capazes de abranger todas as possibilidades que envolvem um contrato de grandes empreendimentos de infraestrutura, pois uma relação estritamente formal, adversa e técnica, não é flexível ou adaptável o suficiente para se ajustar às transformações que um contrato desse porte necessita diante do longo prazo de vigência.

Ainda, outro aspecto importante na gestão contratual cinge-se no fato de que a relação custo-benefício não deve ser compreendida como a principal finalidade quando, paralelamente, envolver questões relacionadas a fatores sociais, ambientais e de desenvolvimento. Principalmente, quando os projetos de infraestrutura estiverem sendo planejados em países emergentes, como o Brasil, pois não deve ser analisado apenas o benefício financeiro como a prioridade a ser alcançada.

O último desafio de gestão contratual apontado por JULIUS SEN²⁰⁰ trata-se da situação em que os lucros provenientes da inovação tecnológica e da redução de despesas, por vezes, não são compartilhados com o Poder Público. Apesar de difícil previsão é preciso haver flexibilidade no planejamento contratual para que seja possível realizar revisões periódicas e adaptar os termos contratuais às constantes mudanças contemporâneas para permitir um reequilíbrio econômico-financeiro diante da eficiência tecnológica.

Não obstante os desafios encontrados, podemos apontar que os programas governamentais de PFI/PF2, desde a sua criação, proporcionaram bons resultados. Segundo números divulgados pela *National Audit Office – UK Parliament*, as contratações realizadas pelas vias dos PFI/PF2 apresentaram, em 2008, 80% de projetos concluídos no prazo e dentro do orçamento

¹⁹⁸ Ibidem p. 114.

¹⁹⁹ SEN, op. cit. p. 108.

²⁰⁰ Ibidem p. 109.

inicialmente previsto. Já em 2012, o percentual correspondeu a 85%. Se verificarmos os dados correspondentes a uma contratação pública convencional, os números, em 2008, são de apenas 30% de projetos realizados no prazo e dentro do orçamento, e, em 2012, uma pequena melhora para 45%.²⁰¹

Entre as lições positivas é possível constatar que o PFI/PF2 permitiu maior desenvolvimento em infraestrutura social com a construção de hospitais, escolas, transportes, instalações de gestão de resíduos, etc. Atualmente, cerca de 722 projetos foram criados na modalidade PFI e 47 como PF2, juntos os contratos somam o valor de £ 58,7 bilhões. É importante ressaltar que 104 projetos foram implementados na área da saúde, o que corresponde aproximadamente 20% do total.²⁰²

Como bem observa JAVIER ENCINAS²⁰³, os projetos, em sua grande parte, foram concluídos dentro do prazo e do orçamento e, não menos importante, os serviços foram prestados de modo satisfatório para os usuários. Embora o modelo PFI/PF2 tenha sido utilizado inicialmente para resolver um problema de financiamento, entrega e gestão da infraestrutura, há casos em que as parcerias com o setor privado também ajudaram a produzir melhores resultados na execução dos serviços públicos.

Há de se reconhecer, a bem da verdade, que as parcerias público-privadas – desde que sejam constituídas por projetos planejados adequadamente para atender a melhoria da qualidade e do acesso amplo ao serviço fornecido e, também, através do amadurecimento das instituições de regulação e fiscalização – podem ser um importante instrumento para financiar, gerenciar e ampliar a infraestrutura social e econômica.

²⁰¹ ENCINAS, Javier. *O programa PPP Reino Unido: evolução e lições aprendidas*. 18 de out. 2017. 61 slides. Material apresentado no 2º Fórum Internacional de Parcerias Público-Privadas realizado na Bahia, p. 41.

²⁰² Ibidem p. 56.

²⁰³ Ibidem p. 57.

6 CONCLUSÃO

Diante das constatações verificadas ao longo desta pesquisa, podemos verificar que o debate acerca do instituto das parcerias público-privadas é bastante importante e o estudo e aperfeiçoamento não se justifica apenas em razão do atual momento vivenciado no Brasil, pois, como sabemos, a duração dos contratos relativos às PPPs pode ser de até 35 anos e acompanhar vários ciclos econômicos.

O que se observa, no entanto, é que a Lei n.º 11.079 entrou em vigor no ano de 2004 e, desde então, se passaram menos de 15 anos. Muitos contratos sequer chegaram à metade do tempo da sua vigência, embora seja possível encontrar PPPs que resultaram numa rescisão prematura.

Se bem estruturadas, as parcerias público-privadas podem vir a contribuir para o desenvolvimento do país, seja através de uma perspectiva social ou econômica. Os avanços tecnológicos e a constante busca pelo crescimento econômico demandam melhores investimentos infraestruturais em sua concepção mais ampla e, por meio das concessões – principalmente aquelas celebradas nos moldes de uma PPP – os resultados podem ser satisfatórios para a sociedade e, inclusive, para a Administração Pública.

Em países onde há uma grande desigualdade social – como ocorre no Brasil – os serviços públicos que dependem de mais investimentos em infraestrutura são considerados insuficientes para atender a demanda necessária e, por vezes, resultam em um racionamento da disponibilidade e na perda da qualidade do serviço.

Por conseguinte, um dos desafios em prover a ampliação do setor de infraestrutura é garantir a aplicação dos recursos em setores essenciais, onde a construção de obras e eventuais serviços fornecidos à sociedade sejam aperfeiçoados e fiscalizados constantemente para ampliar os benefícios advindos destas atividades.

A dificuldade em obter recursos para os investimentos e que, ao mesmo tempo, não comprometa imediatamente e com valores vultosos o orçamento público, faz do arranjo contratual das PPPs um mecanismo viável. No entanto, diante do atual cenário de crise econômica e ajuste fiscal do Brasil, o financiamento das parcerias público-privadas ainda é revestido de bastante

controvérsia, pois a quase totalidade dos recursos disponibilizados são advindos do BNDES e dos demais bancos públicos.

Ainda que um dos principais objetivos da atividade desempenhada pelo BNDES seja o incentivo ao desenvolvimento de vários setores da economia, a política de concessão de créditos deve ser repensada para tornar-se mais eficiente. É preciso reconsiderar os limites para concessão do financiamento e das taxas subsidiadas pelo BNDES para tentar reduzir o impacto, ainda que indireto, nas despesas públicas já bastante deficitárias.

Novas alternativas de financiamento para as PPPs devem ser implementadas para alcançar diretamente a poupança privada acumulada nas mãos dos investidores em mercado de capitais, bem como por meio da ampliação do papel desempenhado dos bancos privados que não deve se restringir apenas no fornecimento de financiamentos-pontes.

Também verificamos ao decorrer do presente estudo que o planejamento adequado de um projeto de PPP envolve grandes custos para os envolvidos diante da complexidade das negociações e a estruturação das cláusulas contratuais. Para iniciar a modelagem de um projeto de infraestrutura de grande porte, o Poder Público deve dispor de uma equipe multidisciplinar composta por especialistas técnicos, jurídicos, econômicos e financeiros, inclusive, por aqueles que atuam diretamente no setor cujo empreendimento será desenvolvido.

Em seguida, analisamos um ponto de grande importância e que merece destaque na análise de uma PPP: a remuneração do concessionário.

Para iniciar a execução do projeto, o concessionário precisa angariar recursos e, por vezes, recorre ao capital de terceiros (endividamento) para obter o montante necessário. Por conseguinte, a percepção de receitas futuras pelos serviços prestados faz-se imprescindível para adimplir as dívidas iniciais e tornar o empreendimento autossustentável.

A Lei n.º 11.079/04 dispõe que as PPPs podem ser remuneradas, adicionalmente à tarifa cobrada aos usuários, por uma contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público e também através da exploração de receitas marginais. Porém, não podemos olvidar que as contraprestações públicas devidas ao concessionário estão relacionadas ao cumprimento de indicadores de desempenho na execução dos serviços. Quando não cumpridas

as expectativas previstas no contrato, o Poder Público pode reduzir o valor repassado e, inclusive, aplicar sanções que podem ser estipuladas pelo baixo desempenho.

Há de se ressaltar que os indicadores de desempenho são responsáveis por gerar incentivos econômicos com a finalidade de que o concessionário execute o serviço de modo mais eficiente. Muito além da aplicação de sanções pecuniárias, o sistema de pagamentos deve priorizar descontos na contraprestação devida ao parceiro privado nos casos em que não houver cumprimento dos indicadores de desempenho.

Vinculada à questão que também repercute na remuneração do concessionário, analisamos a ocorrência do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de uma PPP. O reequilíbrio cinge-se em torno das compensações devidas por uma parte contratual a outra, na materialização de eventos que configurem um risco atribuído a um contratante, mas que possa impactar, de um modo econômico e financeiro, a parte oposta. Imprescindível mencionar que não apenas os eventos gravosos ensejam direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, eventos benéficos para ambas as partes, ou apenas para uma delas, também podem gerar direito à recomposição.

A constante verificação e cumprimento da matriz de riscos do contrato são essenciais, pois o direito ao reequilíbrio nos casos de eventos danosos irá surgir se o risco estiver alocado a uma parte contratual diversa daquela que sofreu as consequências da materialização do dano. No entanto, não podemos olvidar que também é possível haver a compensação entre as partes por conta da alteração, inclusão e supressão de escopos contratuais.

Aspecto bastante debatido nesta pesquisa refere-se aos quadrantes legais que os gestores públicos devem estar atentos para respeitar os limites estabelecidos por normas que prescrevem condutas atinentes à responsabilidade fiscal.

É imprescindível atribuir a devida atenção aos contratos de PPPs celebrados, pois pode estar surgindo um passivo elevado sobre as contas públicas e cujos efeitos serão sentidos apenas no futuro. Se é assim, deve-se haver uma maior conscientização na Administração Pública no sentido de que as PPPs não devem ser utilizadas como um mecanismo de financiamento de obras e serviços públicos sem considerar os impactos orçamentários.

Os diversos ciclos econômicos em que as PPPs são inseridas também devem ser considerados na celebração e renegociação dos contratos. A título de exemplo, podemos mencionar o grande otimismo econômico vivenciado no Brasil nos anos de 2004 até 2013, cuja taxa média de crescimento do PIB cingiu-se em torno de 4% ao ano. Esse contexto, em grande parte, pode ter contribuído para a formatação de cláusulas contratuais com taxas de retorno muito favoráveis para o concessionário.

A dificuldade em equilibrar o orçamento público em período de crise econômica e fiscal situa-se numa questão bastante complexa, pois, ao mesmo tempo em que o Estado precisa aumentar a arrecadação para garantir a manutenção dos serviços públicos e o funcionamento das atividades administrativas, há um reflexo desta medida na economia privada através da redução dos recursos disponíveis para investimentos privados.

No entanto, é preciso fazer uma ressalva. Não podemos olvidar que o atual cenário das PPPs brasileiras não decorre apenas de situações relacionadas ao contexto econômico. A perda de liquidez das principais empresas de engenharia civil – em grande parte decorrente dos resultados das investigações criminais da Lava-Jato que recaíram sobre os seus sócios, inclusive, com indícios de práticas delituosas em contratos de PPPs – ocasionaram a estagnação das obras de infraestrutura e um aumento no número de desempregos. Logo, esse cenário contribui para que os investimentos sejam adiados ou transferidos para outros países que apresentem uma maior estabilidade.

Por meio da experiência internacional analisamos algumas questões pontuais sobre o quadro das parcerias público-privadas em Portugal e no Reino Unido.

A infraestrutura rodoviária correspondeu ao principal objeto do nosso estudo ao abordar o cenário das concessões portuguesas. Muito embora as PPPs em Portugal tenham permitido a construção de infraestrutura em poucas décadas, podemos observar que, em grande parte, a experiência foi negativa para os cofres públicos. A gestão de um número elevado de parcerias complexas em um curto período de tempo e projetos que compreendiam um conjunto diferente de perspectivas foram algumas das causas que contribuíram para agravar a situação das PPPs portuguesas.

Verificamos, também, a importância que uma adequada modelagem da matriz de riscos do contrato pode ser responsável para viabilizar o êxito de um projeto de PPP. Em Portugal, a doutrina local insurgiu-se contra a grande quantidade de riscos assumidos pelo Poder Público. A título de exemplo, constata-se as PPPs cujo risco da demanda permaneceu sob a responsabilidade do setor público. Nesses casos, por vezes, o parceiro privado não recebe os incentivos econômicos adequados para buscar uma maior eficiência na entrega do serviço e, desse modo, conseguir ampliar a demanda pelo serviço.

Apesar de não ser o detentor do pioneirismo na elaboração de parcerias público-privadas, o Reino Unido apresenta grande quantidade de projetos em execução – mais de 700 empreendimentos – realizados nos moldes do programa governamental *Private Finance Initiative* (PFI). Não obstante, as parcerias celebradas pelo governo britânico não foram imunes de críticas.

A experiência no Reino Unido compreende-se através de casos de sucesso e insucesso. Conforme verificado anteriormente, alguns projetos executados trouxeram um grande proveito para a sociedade, embora o Poder Público tenha se comprometido com um passivo elevado ao comparar com os gastos inicialmente previstos, tal como ocorreu no projeto do Eurotúnel.

De outro lado, constatamos que o governo britânico também alcançou bons resultados através do programa PFI, principalmente, em projetos municipais que foram responsáveis por realizar parcerias em serviços hospitalares, de transporte e em serviços locais de infraestrutura: gestão de parques, centros esportivos, centros culturais, iluminação pública, etc.

Em linhas derradeiras, uma importante advertência: as PPPs não devem ser consideradas como a única hipótese para melhorar a infraestrutura nacional. Entretanto, se houver uma adequada implementação – com normas jurídicas que permitam uma formatação contratual apta a acompanhar as transformações econômicas, um efetivo e célere mecanismo de resolução de conflitos entre as partes contratantes, bem como por meio do fortalecimento dos entes reguladores através do aperfeiçoamento dos procedimentos normativos e de fiscalização dos setores de mercado – as parcerias público-privadas podem ser um instrumento de grande ajuda para entregar e gerenciar a infraestrutura, garantindo o fornecimento adequado de serviços à sociedade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito**. Disponível em: <www.aureliano.com.br/downloads/basesmet.pdf>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência. As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 571-593, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

AZEVEDO, Maria Eduarda de. **As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública**. 661 f. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

BALEEIRO, Aliomar; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda. A crise econômica de 2014/2017. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 51-60, apr. 2017, p. 51. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/132416>>. Acesso em: 17 nov. 2017

BLANCHARD, Olivier. **Macroeconomia**. 3ª edição. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. **Contract Theory**. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

BRASIL. **Cartas de Alvarás, Decretos e Cartas Régias**, 1891, p. 165. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>>. Acesso em: 10 de out. 2017.

BRASIL. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 1811, p. 101. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>. Acesso em: 10 de out. 2017.

BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 dez. de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Brasília/DF, dez. 2004.

BRASIL. Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional n.º 614, de 21 de ago. de 2006. **Estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei nº 11.079, de 2004**. Brasília/DF, ago. 2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). **Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP**. Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

COSCARELLI, Bruno; PEREIRA, Bruno; NAVES, Guilherme; REIS, Rodrigo. **Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP**. Radar PPP, 2014. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/GuiaRadarPPP.pdf>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bokmann. **Estudos de direito econômico, volume 2**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DIU, Fernando Crespo. **PPP renegotiations in Portugal – Motorway PPP case study**. Lima: UTAP, 2014.

EHRlich, Pierre Jacques. **Avaliação e seleção de projetos de investimento: critérios quantitativos**. São Paulo: Atlas, 1977.

ENCINAS, Javier. **O programa PPP Reino Unido: evolução e lições aprendidas**. 18 de out. 2017. 61 slides. Material apresentado no 2º Fórum Internacional de Parcerias Público-Privadas realizado na Bahia.

ENEI, José Virgílio Lopes. Financiamento das Parcerias Público-Privadas: experiências e lições nos primeiros dez anos de vigência da Lei nº 11.079/2004. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 169, p. 42-49, jan. 2016.

FABRI, Andréa Queiroz. **Planejamento econômico e mercado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FARQUHARSON, Edward; MÄSTLE, Clemencia Torres de.; YESCOMBE, E. R.; ENCINAS, Javier. **How to engage with the private sector in public-private partnerships in emerging markets**. Washington, D.C.: The World Bank, 2011.

FIANI, Ronaldo. **O problema dos custos de transação em parcerias público-privadas em infraestrutura**. Brasília: IPEA, 2016.

FLOR, Lincoln. **Best Practices in Public-Private Partnerships Financing in Latin America: the role of subsidy mechanisms**. Washington, D.C.: The World Bank, 2012.

FOSLER, R. Scott; BERGER, Renee A. **Public-Private Partnership in American Cities – Seven Case Studies**. Massachusetts: LexingtonBooks, 1982.

FRISCHTAK, Cláudio. PPPs: a experiência internacional em infraestrutura. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Chrysostomo de (Organizadores). **Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

GUASCH, José Luis; BENITEZ, Daniel; PORTABALES, Irene; FLOR, Lincoln. **The Renegotiation of PPP Contracts: An overview of its recent evolution in Latin America**. Washington, D.C.: The World Bank, 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP – Parceria público-privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Parceria Público-Privada: Caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico**. 615 f. Tese de Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2008.

HIRSCHFELD, Henrique. **Engenharia Econômica e Análise de Custos**. São Paulo: Atlas, 2000.

HOUSE OF COMMONS, United Kingdom. **Equity investment in privately financed projects**. Disponível em: <www.publications.parliament.uk/pa/cm/201012/cmselect/cmpublic/1846/1846.pdf>. Acesso em: 9 de novembro de 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **A theory of incentives in procurement and regulation**. Cambridge: MIT Press, 1993.

LEVY, Joaquim. **Reequilíbrio fiscal e retomada da economia**. Disponível em: <www.fazenda.gov.br/divulgacao/noticias/2015/outubro/reequilibrio-fiscal-e-retomada-da-economia/at_download/arquivo>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, 2006.

_____. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 5ª Edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum 2016.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. Os limites e a aplicação da taxa interna de retorno. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (orgs). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. 1ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PAULA, Luiz Fernando de; PIRES, Manoel. Crise e perspectivas para a economia brasileira. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 125-144, apr. 2017, p. 125. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/132423/128557>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Sílvia. Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro. **Organizações & Sociedade**, Salvador, v. 15, n. 46, p. 39-55, Set. 2008.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. Momento de definição na infraestrutura brasileira. 2013. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Chrysostomo de (Orgs). **Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

PPP Brasil. **Pernambuco extingue contrato de PPP de arena**. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/pernambuco-extingue-contrato-de-ppp-de-arena>>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

Radar PPP. **A situação do Mercado Brasileiro de PPPs**. Disponível em: <<http://infraestruturaeppps.com.br/Portugues-CBIC-Radar-PPP.pdf>> Acesso em: 18 de novembro de 2017.

REIS, Ricardo Ferreira; SARMENTO, Joaquim Miranda. A ascensão e queda das parcerias público-privadas em Portugal. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (orgs). **Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de Parceria Público-Privada – fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhoria de infraestrutura para o desenvolvimento econômico-social**, 2015. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>>; Acesso em: 9 de outubro de 2017.

_____. **Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e o seu controle fiscal**, 2014. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-12766-e-o-controle-fiscal-das-pps-final-env>>. Acesso em: 5 de outubro de 2017.

_____. **Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs**. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/ijpc>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

_____. **Como lidar com o risco de financiamento de concessões e PPPs em períodos de normalidade e de crise**. Disponível em: <pt.slideshare.net/portugalribeiro/como-lidar-com-o-risco-de-financiamento-de-concessoes-e-ppps-em-periodos-de-normalidade-e-de-crise>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

_____. **Devemos proibir que recomposição do equilíbrio econômico-financeiro altere a distribuição de riscos originária do contrato?**

Disponível em: <pt.slideshare.net/portugalribeiro/equilibrio-economicofinanceiro-e-distribuicao-de-riscos>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SEN, Julius. Resumo da experiência política do Reino Unido aprendidas com a implementação de projetos de PPP/PFI. In: COSCARELLI, Bruno; PEREIRA, Bruno; NAVES, Guilherme; REIS, Rodrigo. **Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP**. Disponível em:

<<https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/GuiaRadarPPP.pdf>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito administrativo contratual, vol. II – (coleção pareceres: concessões e contratos)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THE WORLD BANK; ASIAN DEVELOPMENT BANK; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Public-Private Partnerships Reference Guide**. *Washington*, D.C.: The World Bank, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

YESCOMBE, E. R. **Public-private partnerships, principles of policy and finance**. Oxford: Butterworth-Heinemann, 2007.