

PPPS E CONCESSÕES
GUIA SOBRE
ASPECTOS JURÍDICOS
E REGULATÓRIOS

CBIC

PPPS E CONCESSÕES

GUIA SOBRE
ASPECTOS JURÍDICOS
E REGULATÓRIOS

PPPS E CONCESSÕES - GUIA SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS E REGULATÓRIOS

FICHA TÉCNICA

Todos os direitos reservados 2016. ©

Coordenação Geral

José Carlos Martins *Presidente da CBIC*

Coordenação de Projeto

Carlos Eduardo Lima Jorge *Presidente da Comissão de Obras Públicas da CBIC*

Conteúdo

Fernando Vernalha Guimarães *Sócio do VG&P*

Colaboração

Luiz Fernando Casagrande Pereira *Sócio do VG&P*

Bruno Fonseca Marcondes *Consultor do VG&P*

Érica Miranda dos Santos Requi *Consultora do VG&P*

Mariana Costa Guimarães *Consultora do VG&P*

Assessoria Técnica

Denise Soares *Gestora dos Projetos de Infraestrutura da CBIC*

Projeto Gráfico e Diagramação

Luiz André Velasques *Gestão de Comunicação e Marketing do VG&P*

Capa

Gadioli *Branding e Comunicação*

Imagens

Shutterstock ©

Pixabay ©

Câmara Brasileira da Indústria da Construção

SQN - Quadra 01 - Bloco E - Edifício Central Park - 13º Andar - CEP 70711-903 - Brasília/DF

Tel.: +55 (61) 3327-1013 - www.cbic.org.br

Vernalha Guimarães & Pereira Advogados

CURITIBA - Rua Mateus Leme, 575 - São Francisco - Palacete Villa Sophia - CEP 80510-192 - Curitiba/PR

SÃO PAULO - Av. Presidente Juscelino Kubitschek, 1545 - Conj. 47 - Vila Olímpia - CEP 04543-011 - São Paulo/SP

BRASÍLIA - SHS Quadra 06 - Cj. C - Bloco E - Sala 1201 - Complexo Brasil 21 - Asa Sul - CEP 70316-000 - Brasília/DF

Tel.: +55 (41) 3233-0530 - www.vgpadvogados.com.br

PPPS E CONCESSÕES

GUIA SOBRE
ASPECTOS JURÍDICOS
E REGULATÓRIOS



José Carlos Martins

Presidente da CBIC - Câmara Brasileira da Indústria da Construção

▶ BUSCANDO O FUTURO

Momentos de crise são portas abertas para o fracasso ou oportunidades para a construção de novos caminhos. Depende do olhar e da disposição de cada um. Acostumados com a repetição de ciclos de retração, os empresários brasileiros têm um instinto natural para arregaçar as mangas, enfrentar problemas e se reinventar. Nesse momento, em que o Brasil atravessa mais uma crise, a construção civil busca saídas e trabalha para recuperar seu desempenho. É nesse contexto que as modalidades de concessões e parcerias público-privadas (PPPs) entraram na agenda do setor e passaram a ser enxergadas como vetor para a abertura de um novo horizonte para a construção, ferramentas que abrem a possibilidade de recuperar a capacidade de investimento hoje sufocada pela crise.

Os empresários da construção civil querem dar esse passo adiante. A **Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC)** tem liderado um diálogo com o governo federal e outros atores com vistas a abrir novos mercados e aperfeiçoar a modelagem dos projetos com vistas a garantir maior concorrência e transparência às licitações. Em outra ponta, temos fomentado a capacitação das empresas, levando informação e estimulando um debate profundo sobre como participar desse mercado e que contribuição dar ao Brasil nesse momento. Esse esforço vem sendo feito em parceria com o Senai e tem grande importância. A construção pode fazer muito pelo Brasil e está se preparando para disputar e executar obras nos diversos segmentos atendidos por concessões e PPPs.

Em 2016, daremos continuidade ao ciclo de seminários para debater esse tema e capacitar os empresários do setor. Temos percorrido o país, reunindo especialistas das diversas áreas técnicas associadas a projetos dessa natureza – nesses encontros discutimos contratos, modelagem de projetos, questões jurídicas e cases para aprofundar o conhecimento e melhor preparar a entrada da construção nesse setor. O guia que você recebe agora é uma das ferramentas com que pretendemos facilitar a compreensão dos aspectos jurídicos e regulatórios das concessões e PPPs, passo fundamental para o sucesso dos empreendimentos. É fruto do conhecimento qualificado que nos traz o **Vernalha Guimarães & Pereira Advogados (VG&P)**, que tem estudado e discutido em profundidade esse tema, uma parceria muito proveitosa para a CBIC e seus associados.

Bom proveito!

▶ SUMÁRIO

1. NOÇÕES INICIAIS SOBRE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

1.1 O que são e como funcionam as concessões de serviço ou obra públicos?	16
1.2 No que as concessões comuns se diferem dos contratos convencionais de obra e de serviços de engenharia?	17
1.3 Como se configura a estrutura econômico-financeira de uma concessão?	20
1.4 Como funciona o sistema tarifário de uma concessão?	22

2. NOÇÕES INICIAIS SOBRE AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS)

2.1 O que são as chamadas PPPs?	26
2.2 O que é e como funciona a concessão ou PPP patrocinada?	26
2.3 O que é e como funciona a concessão ou PPP administrativa?	27
2.4 Quais prestações podem ser objeto de uma PPP?	29
2.5 A estrutura econômico-financeira da PPP	31
2.6 Qual o prazo mínimo e o prazo máximo para a PPP?	32
2.7 Qual o valor mínimo para uma PPP?	32

3. LEGISLAÇÃO DE CONCESSÃO E DE PPP

3.1 A legislação de PPP: normas nacionais, regionais e locais	36
---	----

4. O SISTEMA DE REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO

4.1 Sistemas de remuneração na concessão comum	40
4.2 Sistema de remuneração na concessão patrocinada	40
4.3 Sistema de remuneração na concessão administrativa	41
4.4 Contraprestação pública apenas pode ser provida a partir da disponibilização do serviço	42
4.5 A Possibilidade de integração de aportes públicos	42
4.6 Necessidade de cronograma de aportes públicos	43
4.7 Os benefícios tributários derivados dos aportes	44
4.8 Remuneração por desempenho	46
4.9 Obrigações de escopo e obrigações de desempenho	46
4.10 Padrão técnico mínimo e níveis de desempenho	47
4.11 Como funciona o sistema de aferição e medição dos indicadores de serviço?	48

5. EXIGÊNCIAS FORMAIS E PROCEDIMENTAIS PRÉVIAS AO DESENCADEAMENTO DE PROGRAMAS DE CONCESSÃO OU PPP

5.1 Exigência de autorização legislativa para a delegação do serviço público	52
--	----

5.2 Providências e atos prévios ao desencadeamento da concessão comum	53
5.3 Providências e atos prévios ao desencadeamento da PPP	53
5.4 Estudos e projetos exigidos para o desencadeamento de programas de Concessão e PPP	55
6. LICITAÇÃO	
6.1 Exigência de licitação para a contratação de concessão e de PPP	62
6.2 Quais as características da licitação de concessão comum?	63
6.3 Quais as características da licitação de PPP?	64
7. MATRIZ DE RISCOS	
7.1 A definição da matriz de riscos e sua relevância para a caracterização da equação econômico-financeira da Concessão ou da PPP	68
7.2 Como alocar riscos nos contratos de concessão e PPP?	69
7.3 Compartilhando o risco de demanda (especialmente, em projetos <i>greenfield</i>)	69
8. GARANTIAS	
8.1 Garantias públicas e garantias privadas	74
8.2 Modalidades de garantia pública	75
8.3 Relevância da garantia pública e seu impacto nos custos financeiros da PPP	76
8.4 Quais as garantias ao agente financiador	77
9. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)	
9.1 O que é e como funciona o PMI?	80
9.2 Processamento do PMI	80
9.3 Pressupostos ao desencadeamento do PMI	81
10. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)	
10.1 Constituição de SPE para a execução da concessão ou PPP	86
10.2 Aspectos Societários	86
10.3 Capital social mínimo e integralização	87
10.4 Alteração de controle na SPE	87
10.5 <i>Step in right</i>	88
11. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	
11.1 Mediação e arbitragem nas concessões e PPPs	92



▶ EQUIPE

▶ AUTOR

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

Advogado e Consultor na área de infraestrutura. Doutor e Mestre em Direito Administrativo. Professor de Direito de diversas instituições. Autor de diversos livros na área de infraestrutura, dentre eles: *Parceria Público-Privada* (São Paulo: Saraiva, 2012) e *Concessão de Serviço Público* (São Paulo: Saraiva, 2012). Foi Consultor da Unidade de PPP – Parceria Público-Privada do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Unidade de Parcerias Público-Privadas) em 2009.

fernando.vernalha@vgpadvogados.com.br



▶ COLABORAÇÃO

LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA

Advogado e Consultor no direito empresarial. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor de Direito de diversas instituições. Autor de livros e artigos na área do direito empresarial.

luizfernando.pereira@vgpadvogados.com.br



BRUNO FONSECA MARCONDES

Advogado e consultor na área de estruturação de empresas e grupos empresariais. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal.

bruno.marcondes@vgpadvogados.com.br



MARIANA GUIMARÃES

Advogada e Consultora especializada na área de licitações e contratos administrativos. Autora de diversos artigos na área da contratação pública.

mariana.guimaraes@vgpadvogados.com.br



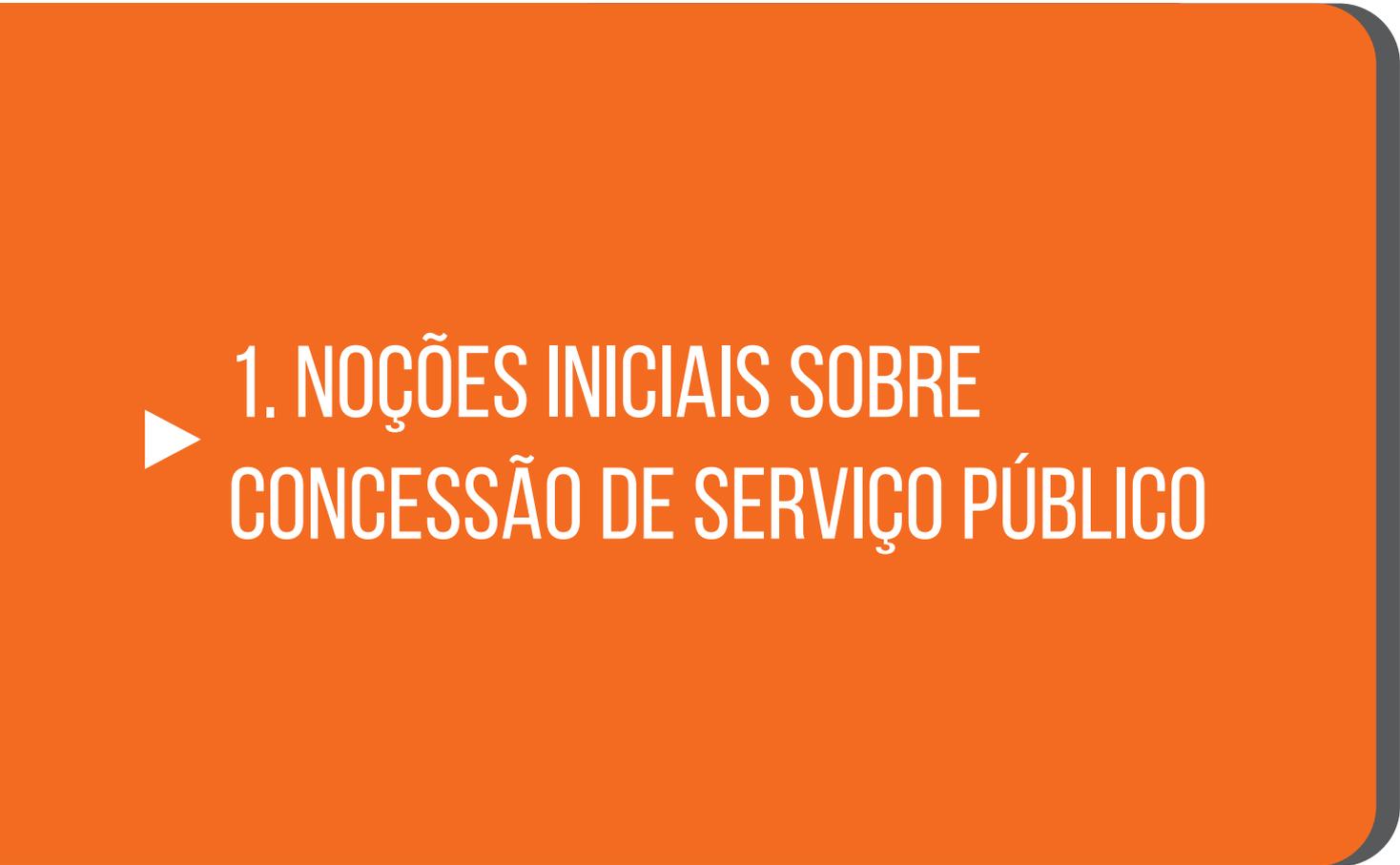
ÉERICA MIRANDA DOS SANTOS REQUI

Advogada e Consultora na área de licitações e contratos. Mestranda em Direito Administrativo pela UFPR. Autora de diversos artigos na área da contratação pública.

erica.requi@vgpadvogados.com.br







▶ 1. NOÇÕES INICIAIS SOBRE
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

{1.1 O QUE SÃO E COMO FUNCIONAM AS CONCESSÕES DE SERVIÇO OU OBRA PÚBLICOS?

As concessões comuns de serviço público são contratos firmado entre empresas privadas e a Administração Pública, cujo objeto é a prestação de serviços públicos fruíveis diretamente pelos usuários. Numa concessão comum, a empresa concessionária encarrega-se de prover toda a infraestrutura necessária para a disponibilização do serviço público, remunerando-se das tarifas que são pagas pelos usuários pela sua fruição. É considerada, por isso, um contrato autossustentável financeiramente, pois não depende de subsídios da Administração Pública. As fontes de remuneração do concessionário serão a receita tarifaria e (eventualmente) receitas acessórias ou alternativas, decorrentes de negócios acessórios que possam ser relacionados à concessão, mas que não se constituem na prestação do serviço público propriamente dito (por exemplo: exploração de espaço publicitários e de centros comerciais nas margens de uma rodovia concedida).

A concessão comum de serviço público pode envolver (e como regra envolve) a execução de obra pública. Em muitos casos, a disponibilização do serviço público depende não apenas da realização de obras, mas do seu aparelhamento. O concessionário encarrega-se de prover e custear toda a infraestrutura necessária para que o serviço público possa ser prestado ao usuário. Em razão disso, é costumeiro afirmar que o objeto das concessões é

complexo, podendo englobar uma multiplicidade de prestações (diversamente, por exemplo, do que se passa nos contratos ordinários, como o contrato de obra pública, cujo objeto é único e específico).

Uma derivação da concessão de serviço público é a concessão de obra pública, considerada um contrato firmado entre uma empresa privada e a Administração Pública, cujo objeto é a execução e exploração de uma obra pública (por exemplo: a construção e exploração de uma ponte). Assim como se passa com a concessão de serviços públicos, na concessão de obra pública o concessionário se remunerará de tarifas que são pagas pelos usuários pelo uso da obra e, eventualmente, de receitas alternativas ou acessórias, como já referido. Não há tanta relevância na distinção entre as figuras da concessão comum de serviços públicos e da concessão de obra pública, uma vez que o seu tratamento jurídico é praticamente o mesmo. Por essa razão, será utilizada, nas demais abordagens adiante, a terminologia concessão comum de serviço público (ou simplesmente concessão comum) para englobar tanto as concessões comuns de serviço público, como a concessões de obra pública propriamente dita.

AS CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO SÃO CONTRATOS FIRMADO ENTRE EMPRESAS PRIVADAS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUJO OBJETO É A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS FRUÍVEIS DIRETAMENTE PELOS USUÁRIOS

{1.2 NO QUE AS CONCESSÕES COMUNS SE DIFEREM DOS CONTRATOS CONVENCIONAIS DE OBRA E DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA ?

Os contratos de concessão comum diferem-se dos contratos convencionais de obra e serviços de engenharia em relação a aspectos diversos, conforme abaixo examinado.

Distinção quanto à abrangência do objeto

Uma primeira distinção relaciona-se à abrangência de seu objeto. Enquanto o objeto dos contratos de obra pública está delimitado única e exclusivamente à execução de uma obra, a partir da disponibilização de um projeto (apenas projeto básico, como regra) pela Administração, o objeto da concessão é muito mais amplo e está focado na prestação de um serviço público. A concessão poderá envolver a execução de obra e o fornecimento de bens, mas essas prestações serão prestações-meio para que o concessionário possa disponibilizar o serviço público ao usuário.

Disso decorre uma diferença com relação à abrangência e complexidade da cadeia de contratos e de negócios que são realizados no âmbito da execução de uma concessão comparativamente aos contratos convencionais de obra. Uma concessão poderá envolver contratos com fornecedores de obra e de serviços e engenharia (como são, a exemplo, os contratos de *EPC – Engineering Procurement*

Construction), contratos de fornecimento de bens e de tecnologia, e, ainda, contratos de terceirização (prestação de serviços) de parcelas da operação do serviço público. O concessionário funcionará como um operador da concessão, encarregando-se de articular, integrar e administrar todos esses negócios-meio, com vistas a assegurar a prestação do serviço público ao usuário. Nos contratos ordinários de obra, a cadeia de contratos-meio é mais reduzida, focando-se o contratado na execução da obra em si.

Distinção quanto à identidade do tomador do serviço e ao sistema de remuneração

A segunda distinção está na identidade do tomador. Um contrato de obra é executado pelo contratado no interesse exclusivo da Administração Pública, na aceção de ser a obra encomendada, recebida e paga pela Administração Pública. Já a concessão comum pressupõe a prestação de um serviço diretamente aos usuários e não à Administração. Na concessão, a Administração não figura como a tomadora, beneficiária direta ou pagadora pelos serviços prestados. Esses serão executados diretamente para serem fruídos e pagos pelos usuários, havendo uma relação de prestação de serviço entre esses e a concessionária toda vez que houver fruição do serviço. A Administração Pública, como o Poder Concedente

da concessão, encarrega-se de planejar, delegar, fiscalizar e controlar a sua execução.

O concessionário, portanto, embora preste o serviço ao usuário, está submetido ao controle e fiscalização da Administração Pública. Esse controle poderá ser desempenhado diretamente pela Administração titular do serviço público ou mesmo por entidades de sua Administração indireta (agências reguladoras, por exemplo).

Disso resulta também diferenças no sistema de remuneração. A remuneração do concessionário - como já dito - provém das receitas tarifárias (e, eventualmente, de receitas alternativas) e não de desembolsos da Administração, conforme se passa com os contratos convencionais. Isso envolve, em muitos casos, a transferência do risco de demanda ao concessionário (risco de exploração do negócio), uma vez que a sua remuneração será impactada pelo nível de utilização do serviço público (embora isso possa ser mitigado pela adoção de sistemas de compartilhamento de risco positivo e negativo de demanda, a depender do contrato de concessão. É uma fórmula que vem sendo recorrentemente utilizada, especialmente em projetos *greenfield* - como adiante examinado). Além disso, a tarifa é um preço regulado e controlado pela Administração, e que, a depender do tipo do serviço público, pode sofrer maior ou menor intervenção - assegurando-se ao concessionário, em todos os casos, a recomposição da equação econômico-financeira. Já o sistema de remuneração de um contrato de obra é muito mais simples, sendo que os pagamentos estão atrelados, como regra, a marcos do cronograma físico-

financeiro.

Distinção quanto ao nível de autonomia de gestão

A terceira distinção relaciona-se ao nível de autonomia de gestão e de execução. Nos contratos ordinários, como o contrato de obra pública, o contratado goza de pouca autonomia de gestão, pois seu escopo fundamental será executar fielmente o projeto que foi provido e disponibilizado pela Administração. Como esse projeto tende a ser suficientemente detalhado (num nível de especificação compatível com a definição legal de *projeto básico*), não há muita liberdade ou autonomia do contratado para administrar as escolhas dos insumos e dos meios que serão empregues e utilizados na execução da obra. Costuma-se dizer que esses contratos funcionam a partir de um controle focado nos meios e não nos resultados.

Já as concessões, diversamente, não pressupõem a disponibilização de projetos exaustivamente detalhados ou específicos. Os estudos que acompanham os programas de concessão são mais genéricos e têm foco no alcance de resultados (*outputs*) e não na especificação dos meios. Isso faz com que o concessionário detenha muito maior liberdade e autonomia de gestão na concessão comparativamente ao que se passa com os contratos ordinários de obra. Na concessão, a gestão dos meios fica a cargo do concessionário, que se esforçará para atingir os resultados esperados para o desempenho do serviço público e da concessão. Mesmo quando o objeto da concessão evolver a execução de obra, a legislação não exige a disponibilização de



projeto básico completo, bastando um anteprojeto. O objetivo está em transferir para o concessionário os riscos de projeto, transferido-lhe os riscos inerentes às escolhas e à gestão dos meios para a produção dos resultados.

Diferença quanto à estrutura de incentivos (eficiência) e à responsabilidade de longo prazo

Outra diferença que poderia ser apontada reside no fato de que o concessionário assume uma responsabilidade de longo prazo sobre as obras e bens que são objeto da concessão, o que não se verifica na contratação convencional. Lembre-se que a concessão é um contrato de longo prazo e que abrange como regra a execução e aquisição de obras e bens que, além de serem utilizados na prestação do serviço público, serão depois transferidos ao patrimônio da Administração Pública. Isso exige uma lógica de administração de longo prazo sobre os bens objeto da concessão, o que não se passa nos contratos puramente de obra, por exemplo, cuja responsabilidade da empresa se exaure no momento em que a obra é entregue (e também pelo período de responsabilidade jurídica sobre a solidez da obra).

Além disso, a integração de escopos diversos no objeto da concessão permite atribuir-se ao concessionário a responsabilidade de elaborar o projeto, executar a obra e, ainda, mantê-la por um longo prazo, o que promove um alinhamento de interesses capaz de gerar maior eficiência à concessão. O concessionário passa a ter incentivo para confeccionar e formatar um projeto bem feito, uma vez que suas imperfeições acabarão gerando custos durante a execução da obra. Da mesma forma, o concessionário tenderá a evitar a utilização de materiais de baixa qualidade ou métodos construtivos ineficazes, uma vez que os problemas derivados da execução da obra se retratarão em maiores custos de manutenção. Essa estrutura de concentração de riscos (*bundling*) na esfera do concessionário é apta a gerar maior eficiência ao contrato de concessão comparativamente ao que se passa com as contratações convencionais, que têm escopos mais restritos e delimitados.

{1.3 COMO SE CONFIGURA A ESTRUTURA ECONÔMICO-FINANCEIRA DE UMA CONCESSÃO?

É costumeiro, para fins didáticos, dissociar uma concessão em duas grandes partes ou fases: (i) fase preparatória (ou fase de obras ou fase de investimentos); e (ii) fase de operação (ou fase de prestação do serviço público). A fase preparatória compreende a execução da infraestrutura necessária para a execução do serviço. É nesta fase que são tomados os financiamentos, providos os investimentos, assim como realizadas as obras e o fornecimento dos bens necessários para colocar o serviço público em condições de fruição pelo usuário. Já a fase de operação retrata o período de prestação do serviço público (envolvendo também a administração de todos os encargos atinentes à sua manutenção).

Como as receitas da concessão estão atreladas ao pagamento de tarifas pela fruição do serviço, o que só se realiza na fase de operação, toda a fase de execução de infraestrutura dependerá de investimentos do concessionário no provimento de obras e outros bens. Todos os investimentos aplicados na fase inicial serão amortizados ao longo da fase de operação, a partir das receitas tarifárias percebidas. Logo, o prazo da concessão passa a ter uma relevância fundamental na sua equação econômico-financeira, pois ele deve estar dimensionado de modo a permitir a amortização e depreciação de todos os ativos aplicados na concessão (além de assegurar uma taxa de retorno razoável ao concessionário). Não por acaso o regime jurídico do prazo na conces-

são comum é distinto daquele vigente para a contratação convencional. Enquanto para os contratos de prestação de serviços ordinários a Lei 8.666/93 estabelece um prazo máximo de sessenta meses (art. 57), para as concessões não há limitação dessa ordem (exceção feita a algumas espécies de concessão, em que leis especiais estabelecem prazos máximos), pois os prazos costumeiramente são longos e dimensionados de acordo com a sua estruturação econômico-financeira.

Precisamente pela inexistência de receitas na fase inicial da concessão é que há nela uma maior concentração de riscos financeiros. O financiamento, inclusive, costuma ser mais caro durante a fase preparatória, o que provoca, a partir do início da fase de operação, refinanciamentos e desoneração de garantias. Os agentes financiadores vislumbram riscos na fase inicial com relação à performance do concessionário na execução das obras e finalização da infraestrutura, o que põe em dúvida o potencial do projeto para a geração de receitas. Por essa razão, os custos de financiamento tendem a ser elevados durante essa fase preparatória. Dessa perspectiva, projetos de concessão cujo perfil financeiro evitem uma forte concentração de investimentos na fase preparatória podem não apenas permitir a desoneração do custo financeiro do projeto, como ampliar o acesso de empresas de menor porte ao negócio da concessão.

FIGURA 1 - ESTRUTURA DE CONCESSÃO COMUM



— Período sem receita e com investimentos.

— Período com receita tarifária.

* Fase preparatória: Investimento em obras e equipamentos, com vistas a criar e aparelhar a infraestrutura necessária para a prestação do serviço.

** Fase de operação: Período de prestação do serviço público, ao longo do qual os investimentos serão amortizados.

{1.4 COMO FUNCIONA O SISTEMA TARIFÁRIO DE UMA CONCESSÃO?

A estruturação de toda e qualquer concessão depende previamente da identificação de um valor referencial da tarifa. A estimativa de demanda e a fixação do valor da tarifa (assim como o estabelecimento de suas condições de atualização) são informações básicas e fundamentais para a projeção de receita da concessão. A legislação admite não apenas tarifas diferenciadas (por classes e segmentos de usuários, por exemplo), mas também aquilo que se chama de *tarifas sociais* (desoneração tarifária para a socialização do serviço público – por exemplo: tarifas especiais para idosos ou para os mais carentes), assim como *tarifas extrafiscais* (alteração do valor da tarifa para cumprir objetivos de regulação – por exemplo, tarifação mais cara para o consumo de energia elétrica em horários de pico).

Logo, a estrutura tarifária pode se afigurar complexa em muitos casos, na acepção de envolver níveis diferenciados de tarifação. O relevante é que as tarifas sejam módicas, o que significa que elas devem ser aptas a favorecer o acesso (pelo usuário) ao serviço público. Mas a fixação do valor da tarifa também deve levar em consideração a necessidade de cobertura dos custos de produção da concessão e de geração de uma taxa de retorno razoável ao concessionário. Por isso, sempre que a receita tarifária idealmente considerada (obedecidos os parâmetros de modicidade) não for suficiente para permitir-se a estruturação de uma concessão comum, deve-se considerar a integração de subsídios públicos (o

que pode transformá-la numa concessão patrocinada). É imprescindível que os documentos fundamentais da licitação forneçam a exata compreensão de todos os valores e condições de funcionamento do sistema tarifário, permitindo-se aos interessados a formulação de suas propostas comerciais (em certos casos, o valor da tarifa será ofertado na licitação). Isso significa que toda e qualquer alteração no valor da tarifa ou nas condições para a sua cobrança implementados supervenientemente à celebração do contrato de concessão (apresentação das propostas no âmbito da licitação) ensejará a recomposição da equação econômico-financeira.

O reajustamento do valor da tarifa, como regra, deverá ocorrer de modo automático, sem necessidade de homologação pela Administração. Embora a legislação que disciplina a concessão comum não disponha sobre isso, a legislação de PPP prevê que as cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto quando esta apresentar razões fundamentadas para a rejeição da atualização. Esta regra parece perfeitamente aplicável às concessões comuns, ante a identidade dos ajustes. Além disso, eliminar a necessidade de prévia homologação pelo poder concedente para o reajuste tarifário é uma sistemática desejável porque concorre para a redução dos custos de transação na contratação de concessão.







2. NOÇÕES INICIAIS SOBRE AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

{2.1 O QUE SÃO AS CHAMADAS PPPS?

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) são contratos de longo prazo formalizados entre empresas privadas e a Administração Pública, cujo o objeto poderá envolver a prestação de serviços públicos ou de serviços à Administração Pública, e, adicionalmente, a execução de obra e o fornecimento de bens. São contratos assemelhados aos contratos de concessão comum, mas se diferem tanto pela integração de compromissos financeiros assumidos pela Administração Pública como pela abrangência de seu objeto, como explicado adiante.

Há duas modalidades de PPP no Brasil: (i) concessão patrocinada e (ii) concessão administrativa, tam-

bém chamadas de PPP patrocinada ou PPP administrativa. Já pela própria terminologia é possível perceber que as PPPs são contratos aparentados das concessões comuns. Afinal, assim como as concessões, as PPP são contratos complexos, de longa duração e que envolvem uma engenharia econômico-financeira peculiar e bastante diferenciada dos contratos convencionais.

Para compreender melhor as características e o funcionamento das PPPs, é necessário aprofundar a análise sobre suas duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.

{2.2 O QUE É E COMO FUNCIONA A CONCESSÃO OU PPP PATROCINADA?

A concessão patrocinada ou PPP patrocinada é um tipo de contrato em tudo similar à concessão comum de serviços públicos, com a diferença de que à receita tarifária são necessariamente adicionadas contraprestações pecuniárias providas cronicamente pela Administração Pública. Equivalem a contratos de concessão comum subsidiados pela Administração.

O surgimento da concessão patrocinada teve por finalidade permitir que projetos deficitários de concessão, cuja receita tarifária não era suficiente para assegurar a cobertura dos custos do contrato e uma taxa de retorno para o concessionário, se tornassem factíveis e rentáveis, a partir da integração de subsídios públicos. Com a integração de subsídios públicos na forma de contraprestações periódicas

cas, as concessões que antes eram deficitárias tornam-se economicamente viáveis, assumindo a forma de uma concessão patrocinada.

Por isso, na configuração de um determinado projeto de concessão, caso seja necessária a integração de subsídios públicos, o ajuste deverá ser modelado como uma concessão patrocinada, com obediência à legislação de PPP. Essa ressalva é relevante, porque historicamente (e antes do advento da Lei Geral de Concessões) se admitia que subsídios públicos fossem integrados no regime de remuneração da concessão comum. Com a Lei Geral de PPP, essa modelagem passou a atrair o regime jurídico da concessão patrocinada, que contém uma série de regras destinadas precisamente a controlar esses desembolsos financeiros da Administração Pública. Excepcionalmente, há quem admita ainda a figura da concessão comum integrada também por subsídios públicos (que poderão assumir várias formas

jurídicas, como subvenção para investimento, por exemplo). Mas a regra será vestir ajustes que necessitem de subsídios públicos como concessão patrocinada, com a aplicação do regime jurídico das PPPs.

Vale perceber que, para se tenha uma concessão patrocinada, é necessária a presença de contraprestação pecuniária adicionada cronicamente à remuneração do parceiro privado. Ou seja: não basta a integração de contraprestação pública (que é um gênero). É necessário que essa contraprestação tenha a natureza de contraprestação pecuniária (pagamento em pecúnia ou cessão de créditos, por exemplo). Um ajuste que pressuponha contraprestação pública de outra natureza (por exemplo: a transferência ao concessionário de um bem dominical) adicionada à receita tarifária deverá preferencialmente ser modelada como concessão comum ou concessão administrativa, a depender das peculiaridades do ajuste.

{2.3 O QUE É E COMO FUNCIONA A CONCESSÃO OU PPP ADMINISTRATIVA?

Já as concessões administrativas ou PPPs administrativas se diferem das concessões comuns e mesmo das concessões patrocinadas por não envolverem atividades tarifadas ou tarifáveis. Por não haver receita tarifária, toda a remuneração do concessionário advém de contraprestações públicas (e,

eventualmente, de receitas alternativas derivada de negócios associados). Esses contratos podem ter por objeto, além da execução de obras e do fornecimento de bens, serviços que podem ser prestados tanto diretamente à Administração Pública (em que a tomadora do serviço seja a própria Administração

e não o usuário), como entregues diretamente ao usuário - embora neste caso quem remunerará o concessionário será a Administração.

A concessão administrativa, portanto, envolve serviços (e outras prestações) que não permitem a cobrança de tarifa. São atividades que, ou pela sua natureza ou pelo regime jurídico incidente, não são divisíveis em unidades tarifáveis. Um exemplo é a varrição das vias públicas. É difícil identificar um critério de tarifação para que os usuários paguem individualmente pela varrição das ruas, pois esta é uma atividade de benefício coletivo e não individual. A prestação de serviços de saúde ou de serviços penitenciários são outros exemplos. Não é possível cobrar tarifa para a fruição de serviços de saúde pública, por força do seu regime jurídico e constitucional. Da mesma forma, os serviços penitenciários são prestados para a Administração Pública, de modo que não há usuários individualmente identificáveis. Assim se passa com todas as atividades e serviços fruídos diretamente pela Administração, como a prestação de serviços técnicos em um centro de processamento de dados, a prestação de serviços de iluminação pública, a prestação de serviços de manutenção de prédios públicos etc.

O que motivou a criação da figura da concessão administrativa foi o propósito de estender a lógica da concessão a objetos que não eram passíveis do modelo “concessionário”. Tratou-se da ideia de permitir que projetos que não envolviam a prestação de um serviço público tarifável (serviço prestado diretamente ao usuário, cuja utilização é objeto de pagamento de tarifa) fossem modelados conforme

a estrutura econômico-financeira das concessões. Isto significou permitir, por exemplo, que serviços (conjuntamente com obras) que tradicionalmente eram contratados pelo regime da Lei 8.666/93 pudessem ser contratados (alternativamente) sob a forma de PPP, ou seja: a partir de uma estruturação econômico-financeira própria das concessões.

Neste sentido, quando adequadamente utilizada, a concessão administrativa para a prestação de obras e serviços em geral pode significar um modelo apto a gerar maior eficiência às Administrações comparativamente à contratação ordinária. Isso porque, a partir da conjugação de escopos diversos (execução do projeto + execução de obra + prestação de serviço e manutenção da obra, por exemplo), permite-se não apenas uma alocação de riscos mais eficiente, como benefícios diversos derivados da integração de escopos (por exemplo: redução de custos administrativos de gestão de contratos – vide figura 2).

Figure-se um exemplo em que uma Administração Pública tenha em seu planejamento (i) a construção de uma penitenciária e (ii) a contratação de serviços de hotelaria do presídio. Para executar esse planejamento, poderá optar pelo regime convencional (Lei 8.666/93) ou pelo regime da PPP (Lei 11.079/2004). Caso opte pelo regime convencional, terá de realizar duas contratações autônomas e independentes. Primeiramente, cuidará de licitar e contratar a execução da obra, a partir, inclusive, da disponibilização pela Administração de um projeto básico do edifício do presídio. Depois de pronto o presídio, terá de realizar uma nova licitação, com

vistas a contratar os serviços de hotelaria da penitenciária. Caso opte pelo regime de PPP, poderá conjugar e integrar esses dois escopos (construção da penitenciária e os respectivos serviços de hotelaria), promovendo uma única licitação e contratação para o conjunto de prestações. E nesta hipótese – vale lembrar – será disponibilizado apenas um *ante-projeto* da obra do presídio, transferindo-se para o concessionário o encargo de realizar o projeto básico, a construção do presídio e a prestação dos servi-

ços de hotelaria. A integração de todos esses escopos no âmbito de um único contrato é apta a gerar economias à Administração, como já mencionado e exemplificado acima. Outros exemplos poderiam ser lembrados, como a construção e exploração de hospitais públicos, a construção de escolas com a prestação de serviços de apoio, a construção de centros administrativos conjugada com a prestação de serviços de apoio etc.

{2.4 QUAIS PRESTAÇÕES PODEM SER OBJETO DE UMA PPP?

O objeto da PPP deverá compreender necessariamente a prestação de serviço. Poderá envolver a execução de obra e, ainda, o fornecimento de bens. Mas não pode haver PPP sem prestação de serviço. Isso significa que as PPPs não poderão ter por objeto único a execução de obra pública ou o fornecimento de bens. Essas prestações, isoladamente consideradas, devem ser contratadas a partir do regime da Lei 8.666/93, que rege a contratação convencional. Por outro lado, embora seja perfeitamente possível uma PPP que tenha por objeto unicamente a prestação de serviços, será comum que outras prestações como a realização de obra e a aquisição e instalação de bens estejam integradas no escopo da PPP. Afinal, é da vocação do modelo da PPP a complexidade do objeto, permitindo-se a combinação e integração de prestações de diversa natureza. Isso decorre das características do regime da PPP, como o regime de prazos alongados com vistas a permitir a amorti-

zação de investimentos iniciais. Lembre-se que, para colocar o serviço em funcionamento, o parceiro privado terá de construir a infraestrutura necessária, realizando obras e integrando bens na concessão. E como o sistema de remuneração na PPP funciona a partir do pagamento pelo serviço, todos esses investimentos serão amortizados ao longo do período de prestação do serviço. Logo, serviços simplificados e que não pressuponham gestão organizacional e operacional – como regra dependentes de prazos longos com vistas à amortização de investimentos – não podem ser objeto de PPP. Não é viável que o modelo seja utilizado como mera alternativa ao regime convencional para alcançar a extensão de prazo para contratos de prestação de serviços ordinários. Serviços de mera limpeza de prédio público, por exemplo, não podem ser contratados mediante o modelo PPP, pois devem obediência ao regime da Lei 8.666/93 (inclusive, quanto à limitação de prazo).

FIGURA 2 - QUADRO COMPARATIVO ENTRE CONTRATAÇÃO CONVENCIONAL E PPP

Aspectos contratuais	Lei nº 8.666/93	PPP	Vantagens da PPP comparativamente à contratação ordinária
Complexidade do objeto (integração de prestações diversas)	Não permite, como regra, a integração de prestações diversas. Prestigia-se o princípio do fracionamento.	É típico da PPP a conjugação e a integração de prestações de distinta natureza.	A possibilidade de integração de prestações e escopos diversos permite: <ol style="list-style-type: none"> 1) A redução de custos administrativos de gerenciamento de contratos; 2) A redução de custos com a renovação periódica do processo de licitação; 3) Melhores condições para a alocação eficiente de riscos, buscando-se o alinhamento de interesses.
Longevidade do prazo do contrato	Não permite a delimitação de prazos longos. Regime dos contratos ordinários impõe um limite de até sessenta meses para contratos de prestação de serviços.	Permite a delimitação de prazos longos (até 35 anos).	A possibilidade de prazos alongados permite: <ol style="list-style-type: none"> 1) A amortização de investimentos realizados na fase de obras; 2) Transferir ao concessionário o encargo de manutenção e administração de bens a longo prazo.
Sistema de pagamento	O modo de pagamento da contratação convencional baseia-se num sistema de controle e medição do cumprimento de obrigações de meio (exemplo: exigência de projeto básico completo para o desencadeamento de licitações de obras de engenharia).	O sistema de pagamento da PPP admite a remuneração por desempenho, referenciada pelo cumprimento de metas de resultado (indicadores de serviço).	A sistemática de remuneração por desempenho confere maior eficiência à contratação, gerando incentivo a que o concessionário persiga padrões de qualidade e de quantidades mais exigentes.
Remuneração pela construção e aquisição de ativos/reversibilidade de bens	Na contratação convencional, a remuneração pela execução de obras e pelo fornecimento de bens está referenciada pelas medições e pelo recebimento destas prestações. Não há, como regra, reversão de bens ao patrimônio público ao final do contrato.	A remuneração do concessionário na PPP, inclusive pela execução de obras e pelo fornecimento de bens, baseia-se na prestação do serviço, admitindo-se a reversão de bens ao final do contrato.	O modelo PPP também numa técnica de financiamento de ativos públicos de longo prazo.

{2.5 A ESTRUTURA ECONÔMICO-FINANCEIRA DA PPP

Assim como se passa com as concessões comuns, a execução de um contrato de PPPs pode ser segmentada, para fins de análise, em duas grandes fases: (i) fase de preparação (ou fase de realização da infraestrutura) e (ii) fase de operação (ou fase de prestação de serviços). Na fase de preparação da PPP, o parceiro privado obterá os financiamentos, realizará os investimentos, assim como realizará todas as obras e adquirirá todos os bens necessários a colocar o serviço em funcionamento. Apenas após a disponibilização do serviço, ou pelo menos de parcela deste, é que se inicia a fase de operação, quando se realiza a receita da PPP (remuneração do concessionário).

Essa divisão da PPP em duas fases mais abrangentes destina-se a explicar um aspecto importante de sua estrutura econômico-financeira: na fase preparatória, concentra-se a maioria dos investimentos necessários para a estruturação e disponibilização do serviço, que serão amortizáveis ao longo do período de prestação do serviço, quando advier a receita da PPP. Como a remuneração do concessionário está presa à prestação do serviço, todas as despesas aportadas na execução de obras e no fornecimento de bens previamente à disponibilização do serviço estarão incorporadas no preço do serviço. Com isso, dilui-se o pagamento por ativos públicos ao longo do período de prestação do serviço, o que faz com que a PPP funcione, do prisma do interesse

da Administração, também como uma via para o financiamento de ativos de longo prazo.

Essa segmentação entre fase preparatória e fase de operação se explica também pela vedação contida na legislação de PPP a que as contraprestações públicas sejam providas antes da disponibilização do serviço (exceção feita aos chamados “aportes públicos” – ver item 4.5). Isso faz com que, durante a fase preparatória, não haja receita. Nem há receita tarifária (no caso da concessão patrocinada) porque essa só advirá da prestação do serviço, nem há contraprestação pública, ante a vedação contida na legislação de PPP. A inexistência de receita e a concentração de investimentos tornam a fase preparatória uma fase de alto risco na ótica do investidor/financiador. Precisamente por isso, é costumeiro que, após o advento da disponibilização do serviço, o custo financeiro diminua (gerando-se a oportunidade para refinanciamentos), assim como as garantias sejam desoneradas.

Em vista desta estruturação, o prazo de operação da PPP (fase de operação) funciona como um elemento relevante da sua equação econômico-financeira. Esse prazo deverá ser calibrado com vistas a permitir o ressarcimento dos investimentos e a geração de uma taxa de retorno razoável para o concessionário.

{2.6 QUAL O PRAZO MÍNIMO E O PRAZO MÁXIMO PARA A PPP?

A legislação instituiu um prazo máximo de 35 anos para a duração da PPP. Neste prazo devem estar computadas já eventuais prorrogações do contrato de PPP. O estabelecimento de um prazo máximo prende-se com alguns objetivos. Primeiramente, impõe um limite à assunção de compromissos financeiros públicos no tempo, funcionando como uma regra de responsabilidade fiscal. Em segundo lugar, permite que o negócio de concessão seja periodicamente reavaliado pelo mercado, estimulando-se a competitividade nas hipóteses de

renegociação da concessão.

Por outro lado, a legislação instituiu um prazo mínimo para a prestação dos serviços integrados na PPP. A racionalidade de impor limite mínimo temporal à prestação do serviço relaciona-se com a sistemática de remuneração pelo serviço. A finalidade desta limitação é permitir um período mínimo à amortização dos investimentos realizados durante a fase preparatória.

{2.7 QUAL O VALOR MÍNIMO PARA UMA PPP?

Nos termos da legislação, o valor mínimo do contrato de PPP deve ser de R\$ 20 milhões. Essa é a referência utilizada pela legislação nacional. Alguns estados e municípios optaram por calibrar esse parâmetro de acordo com suas realidades regionais e locais, ainda que haja uma discussão acerca da vinculação das legislações estaduais e municipais a esse parâmetro (R\$ 20 milhões) estabelecido pela lei nacional.

A finalidade em se instituir a obrigação de um valor-piso para as PPPs está em zelar pela eficiência

na contratação. Como os estudos preliminares para a estruturação da PPP são invariavelmente caros, faz sentido inibir o desencadeamento de PPPs cujo valor do contrato seja reduzido. Isso porque, nestas situações, há um incremento significativo dos custos transacionais. O valor-piso de R\$ 20 milhões foi o parâmetro reputado pelo legislador nacional como sendo um limite para que os contratos de PPP não sejam (potencialmente) ineficientes em relação aos custos envolvidos na sua preparação e estruturação.

FIGURA 3 - ESTRUTURA DA PPP



— Período com concentração de investimentos e com eventuais *aportes públicos*. Período sem *contraprestação pública*.

— Período com receita.

Concessão patrocinada: Receita tarifária + contraprestação pecuniária da Administração Pública - com a possibilidade de receitas alternativas e aportes públicos.

Concessão administrativa: Contraprestação pública (sem receita tarifária) - com a possibilidade de receitas alternativas e aportes públicos.

* Fase preparatória: Investimento em obras e equipamentos, com vistas a criar e aparelhar a infraestrutura necessária para a prestação do serviço.

** Fase de operação: Período de prestação do serviço público, ao longo do qual os investimentos serão amortizados.





3. LEGISLAÇÃO DE CONCESSÃO E DE PPP

{3.1 A LEGISLAÇÃO DE PPP: NORMAS NACIONAIS, REGIONAIS E LOCAIS

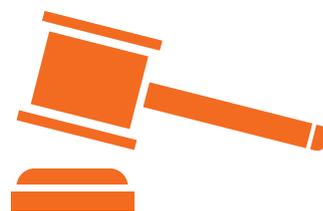
As concessões e as PPPs são modelos contratuais fortemente regulados. Há tanto legislação nacional sobre o tema, como leis e normas regionais e locais.

A concessão de obra ou serviço público está regulada genericamente pela Lei 8.987/95 (considerada a Lei Geral de Concessões), que disciplina seus aspectos fundamentais, como os direitos e obrigações dos usuários do serviço público concedido, os encargos do poder concedente e do concessionário, as premissas do regime tarifário, as exigências atinentes à licitação de concessão etc. Além da Lei Geral de Concessões, a Lei nº 9.074/95 estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, disciplinando a reestruturação dos serviços concedidos e regulamentando especificamente os serviços de energia elétrica. Essas leis contêm normas gerais, que vinculam não apenas a Administração federal, mas as Administrações estaduais, do Distrito Federal e municipais.

Já as PPPs estão reguladas pela Lei 11.079/2004 (também chamada de Lei Geral de PPP), que veicula normas gerais, vinculantes de todas as esferas federadas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), mas também contêm normas federais, aplicáveis exclusivamente à Administração federal. A Lei 11.079/2004 estabeleceu diretrizes para a contrata-

ção de PPP, cláusulas contratuais obrigatórias, disciplinou os mecanismos de garantia e trouxe normas para o processamento da licitação. Tratou, ainda, de temas mais específicos relacionados ao controle orçamentário envolvido na assunção de compromissos financeiros nos programas de PPP. Todos esses temas centrais relativos tanto às concessões comuns (Lei 8.987/95) quanto às PPPs (Lei 11.079/2004) foram tratados pela legislação com caráter vinculante das Administrações federal, estadual e municipal.

Isso não significa, entretanto, a impossibilidade de que estados e municípios editem suas leis específicas sobre concessões e PPPs. Não só é possível como desejável que estados e municípios disciplinem de modo suplementar os modelos de PPP e concessão. Essa suplementação se dará a partir da edição de leis estaduais ou municipais e também através de atos infralegais (regulamentos e outros atos normativos infralegais) que tratem de especificar o regime jurídico regional ou local para o funcionamento das PPPs e da concessões e, inclusive, para a prestação do serviço público.



Neste sentido, é bastante comum que, debaixo de leis regionais ou locais, haja a edição de decretos regulamentando aspectos secundários como a estrutura orgânica das Administrações para o processamento das PPPs (definindo-se, por exemplo, a composição e a estrutura do conselho gestor e de comissões técnicas para o processamento e análise de programas de PPPs) e de concessões, assim como os pressupostos e condições para o processamento de procedimentos de manifestação de interesse (PMI).

Vale ressaltar, também, que, muito embora não seja necessária (ainda que recomendável) a edição de leis regionais ou locais para que as Administrações façam uso do modelo de PPP, a delegação do serviço público dependerá de autorização legislativa. Isso significa que, para delegar certo serviço público (mediante concessão comum ou concessão patrocinada, por exemplo), a Administração Pública terá de obter autorização legislativa, nos termos indicados adiante. Essa lei autorizativa da delegação do serviço público não se confunde com a lei regional ou local que institui normas sobre a contratação de concessão ou de PPP (embora esses aspectos possam ser disciplinados pela mesma lei), pois apenas tem a função de autorizar a Administração Pública a delegar à iniciativa privada a gestão do serviço público. Por isso, necessariamente terá de ser uma lei regional ou local, editada pelo ente federado que é o titular do serviço público. Em alguns casos, a legislação poderá, inclusive, autorizar que entes da Administração indireta (como as autarquias) possam receber atribuições da pessoa política para proceder à delegação do serviço público e figurar



nos contratos de concessão e de PPP. Assim se passa, no plano federal, com a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e com a Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL, conforme os termos da legislação federal específica (Lei 9.247/96 e Lei 9.648/98). O relevante é que a delegação da gestão do serviço público seja feita por entidade que detenha competência para tal – que será sempre a pessoa política titular do serviço ou entidades da Administração indireta que tenham recebido (por meio de lei editada no âmbito do ente titular do serviço público) os poderes e atribuições necessários para tanto.

Além da regulamentação nacional, regional e local sobre o funcionamento de concessão comum e de PPP, os programas concessionários devem ser modelados ainda segundo a legislação específica sobre o serviço público objeto da delegação. Nos casos de concessão comum e de PPP que envolvam a prestação de serviço público, a legislação setorial condicionará a formatação dos programas. Neste sentido é que os programas de concessão e de PPP serviços de saneamento básico, por exemplo, devem obediência aos termos da Lei 11.445/2007 (considerada a Lei Nacional de Saneamento Básico), assim como às normas municipais que instituem a política para o saneamento básico e o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB). Assim se passa com outros serviços públicos regulados.



▶ 4. O SISTEMA DE REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO

{4.1 SISTEMAS DE REMUNERAÇÃO NA CONCESSÃO COMUM

Na concessão comum de obra ou serviço público, a remuneração do concessionário será formada pela arrecadação tarifária, podendo envolver também e adicionalmente receitas alternativas. A característica fundamental do sistema de remuneração da concessão comum é a sua *autossustentabilidade*, não havendo, como regra, a integração de subsídios públicos. Já as receitas alternativas são aquelas que decorrem de negócios acessórios, que podem eventualmente ser associados à concessão com vistas a gerar receitas complementares à remuneração do concessionário. Um exemplo está na exploração pelo concessionário de áreas adjacentes em rodovias, com vistas ao desenvolvimento de empreendimentos como centros comerciais. Outro exemplo - característico de concessões e PPPs na área de saneamento - é a comercialização de energia em sistemas de tratamento de resíduos que envolvam o reaproveitamento energético.

É possível também - embora pouco usual - que, no âmbito de uma concessão comum, haja subsídios públicos de outra natureza integrados no sistema de remuneração do concessionário. Embora a vocação da concessão comum seja a autossustentabilidade financeira, historicamente sempre se admitiu que, em casos específicos, houvesse a adição de recursos e subsídios públicos à receita tarifária com vistas a subsidiar as parcelas deficitárias da concessão. Com a edição da Lei Geral de PPP, ajustes com essas características foram enquadrados como concessão patrocinada, espécie de PPP. Mas excepcionalmente ainda se admite, em certos casos e com a devida justificativa, que as concessões comuns possam ter subsídios públicos integrados em seu sistema de remuneração, desde que respeitada a disciplina de responsabilidade fiscal.

{4.2 SISTEMA DE REMUNERAÇÃO NA CONCESSÃO PATROCINADA

Na concessão patrocinada, a remuneração do concessionário advém de receitas tarifárias e da integração de contraprestações públicas, que tem o papel de subsidiar a concessão. Essa contraprestação terá natureza de contraprestação pecuniária.

Para se configure uma concessão patrocinada, portanto, há que haver contraprestação pecuniária adicionada cronicamente à receita tarifária. Como se disse atrás, trata-se de um modelo aplicável a projetos concessionários com potencial para geração de

receita tarifária, mas carentes de subsídios para tornarem-se factíveis e rentáveis.

Assim como se passa com as concessões comuns e com a concessão administrativa, a concessão patrocinada também admite receitas alternativas, que decorrem da exploração pelo concessionário de negócios secundários e associados à concessão. Além da receita tarifária, da contraprestação pecu-

niária, e de receitas alternativas, na concessão patrocinada poderá haver, adicionalmente, contraprestação pública de outra natureza, como a transferência de bens e direitos, por exemplo. A contraprestação pública pode assumir diversas formas jurídicas, a depender da modelagem. É imprescindível apenas que haja, dentre as formas de contraprestação pública, contraprestação pública pecuniária.

{4.3 SISTEMA DE REMUNERAÇÃO NA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Na concessão administrativa, toda a receita do concessionário advirá de contraprestação pública (não necessariamente pecuniária) e de receitas alternativas. Não haverá receitas tarifárias integradas no sistema de remuneração. Logo, esse modelo será utilizado para a execução de serviços (e outras atividades) que não sejam passíveis de tarifação (isto é: serviços que, pela sua natureza, não sejam divisíveis em unidades de cobrança). Precisamente por isso, o objeto de uma concessão administrativa se aproxima do objeto de um contrato tradicional de prestação de serviços (regido pela Lei 8.666/93),

apesar dos modelos serem distintos em relação a diversos aspectos.

Para que se configure uma concessão administrativa, não se exige que a contraprestação pública tenha natureza pecuniária. A contraprestação pública poderá assumir formas diversas, não pecuniárias, como a cessão de direitos ou a cessão de bens, e pecuniárias, como a cessão de crédito e a ordem de pagamento. Podem ainda envolver receitas alternativas, que advenham da exploração de negócios acessórios à concessão.

NA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, TODA A RECEITA DO
CONCESSIONÁRIO ADVIRÁ DE CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA
(NÃO NECESSARIAMENTE PECUNIÁRIA) E DE RECEITAS ALTERNATIVAS.

{4.4 CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA APENAS PODE SER PROVIDA A PARTIR DA DISPONIBILIZAÇÃO DO SERVIÇO

Há uma regra na Lei geral de PPP que impede que as contraprestações públicas sejam pagas ao concessionário antes da disponibilização do serviço. Isso significa que durante a fase de investimentos (ou fase de construção e aparelhamento da infraestrutura) não haverá contraprestação pública. Apenas quando o serviço estiver em condições de ser prestado, após todo o desenvolvimento da fase de investimentos, com a construção e o aparelhamento das obras e equipamentos necessários, é que as contraprestações públicas começam a ser providas.

Há, no entanto, a possibilidade de que *aportes*

públicos destinados à construção ou aquisição de bens reversíveis (à Administração Pública) possam ser providos mesmo antes de disponibilizado o serviço (ou seja: durante a fase de investimentos).

Disso resulta uma diferença, no âmbito da PPP, entre *contraprestação pública*, apenas devida quando o serviço estiver em condições de ser fruído, e *aportes públicos*, que podem ser pagos ao concessionário antes da disponibilização do serviço, mas desde que sejam aplicados na aquisição ou na construção de bens reversíveis.

{4.5 A POSSIBILIDADE DE INTEGRAÇÃO DE APORTES PÚBLICOS

A Lei Geral de PPP, como dito, admitiu a figura dos aportes públicos. Trata-se de recursos públicos pagos ao concessionário para serem aplicados exclusivamente na aquisição ou construção de bens reversíveis à Administração Pública. Esses bens reversíveis serão aqueles ativos que, adquiridos pelo concessionário para serem integrados na PPP, serão transferidos para a propriedade da Administração Pública ao final do contrato. Apenas para serem aplicados na construção e aquisição desses ativos é

que a legislação admite que aportes públicos ocorram antes da disponibilização do serviço (ou seja: durante a chamada fase de obras ou fase de investimentos, em que o concessionário desenvolve a construção ou o aparelhamento da infraestrutura necessária para colocar o serviço em operação).

A figura dos aportes públicos foi criada pelo legislador como uma via para permitir que as Administrações que disponham de recursos para serem

aplicados já na fase preparatória possam fazê-lo, o que concorre para desonerar os custos de financiamento da PPP. Por força da regra que veda que as contraprestações públicas sejam pagas antes da disponibilização do serviço, muitas Administrações que dispunham de recursos para serem aplicados já na fase inicial da PPP não poderiam fazê-lo, inibindo-se economias que poderiam ser geradas à PPP pela desoneração do financiamento correspondente – a injeção de recursos públicos na fase preparatória reduziria a necessidade de obtenção de financiamento pelo concessionário, o que acabaria por reduzir os custos financeiros da PPP. Precisamente para contornar essa ineficiência financeira, o legislador

concebeu a figura dos aportes públicos, permitindo-se que esses recursos sejam integrados na PPP já na fase preparatória.

No entanto, o advento da possibilidade de integração e aportes públicos na fase preparatória não significou a eliminação da vedação a que as contraprestações públicas sejam providas neste período. A vedação está mantida. A figura dos aportes difere das contraprestações precisamente por ser recurso público vocacionado exclusivamente à aquisição de bens reversíveis, enquanto a contraprestação destina-se a remunerar o serviço prestado.

{4.6 NECESSIDADE DE CRONOGRAMA DE APORTES PÚBLICOS

A aplicação desses *aportes públicos* na concessão deverá seguir um cronograma a ser necessariamente disponibilizado com o edital de licitação da PPP. Quando executados durante a chamada fase preparatória (ainda antes da disponibilização do serviço), esses aportes deverão guardar proporcionalidade com etapas efetivamente executadas. Ou seja: não

será adequado que aportes sejam integrados à remuneração do parceiro privado de modo desvinculado do cumprimento das etapas do cronograma de obras e aquisições inerentes à fase preparatória. A integração de aportes públicos, portanto, deverá estar sincronizada com o desenvolvimento das etapas previstas no cronograma de obras e aquisições.

A APLICAÇÃO DESSES APORTES PÚBLICOS NA CONCESSÃO DEVERÁ SEGUIR UM CRONOGRAMA (NECESSARIAMENTE DISPONIBILIZADO COM O EDITAL DE LICITAÇÃO), SINCRONIZADO COM O DESENVOLVIMENTO DAS OBRAS E AQUISIÇÕES.

{4.7 OS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DERIVADOS DOS APORTES

Conjuntamente com a introdução da figura dos aportes públicos, a legislação permitiu-lhes a aplicação de um regime tributário diferenciado. É que a concentração de recursos e a ampliação do faturamento no início da PPP acaba por gerar um encarecimento do custo tributário, relativamente aos tributos incidentes que consideram na sua base de cálculo o faturamento ou o lucro (como a Contribuição para o PIS/PASEP, COFINS, CSL e IRPJ). Para evitar essa ineficiência tributária foi que o legislador admitiu o diferimento do pagamento desses tributos, a partir da sincronização dessa tributação com a realização dos custos de construção ou aquisição dos bens reversíveis.

Relembre-se que o advento da possibilidade de que aportes públicos sejam pagos ao parceiro privado antes da disponibilização do serviço (desde que para serem aplicados na construção ou aquisição de bens reversíveis) se justificou no propósito de evitar ineficiências financeiras, uma vez que, em muitos casos, as Administrações dispunham de recursos em caixa para serem carreados à aplicação desses ativos, mas não poderiam fazê-lo ante a vedação da

legislação. Com isso, o parceiro privado tinha de buscar financiamento externo para esse fim, onerando os custos financeiros da PPP. Possibilitar a aplicação de aportes públicos durante a fase preparatória significou justamente a superação daquela ineficiência, desonerando a PPP do respectivo custo financeiro. Por outro lado, a concentração de recursos públicos aplicados à PPP no início de vida do contrato acabaria por incrementar o seu faturamento, atraindo a majoração de diversos tributos que incidem ou sobre o faturamento ou sobre o lucro do concessionário.

Daí que, compreensivelmente, a mudança na legislação, ao introduzir a possibilidade dos aportes públicos, também introduziu-lhe um regime tributário diferenciado, admitindo a possibilidade de que a tributação da Contribuição para o PIS/PASEP, da COFINS, da CSLL e do IRPJ esteja sincronizada com a realização dos custos de construção e aquisição dos bens reversíveis. Isso funcionará como um diferimento no pagamento do tributo, que poderá estar diluído ao longo do tempo de depreciação dos ativos reversíveis.

A CONCENTRAÇÃO DE RECURSOS E A AMPLIAÇÃO DO FATURAMENTO NO INÍCIO DA PPP ACABA POR GERAR UM ENCARECIMENTO DO CUSTO TRIBUTÁRIO, RELATIVAMENTE AOS TRIBUTOS QUE CONSIDERAM NA SUA BASE DE CÁLCULO O FATURAMENTO OU O LUCRO. EM RAZÃO DISSO, A LEGISLAÇÃO PERMITIU O DIFERIMENTO DO PAGAMENTO DO TRIBUTO.



{4.8 REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO

A legislação admitiu a possibilidade de que os contratos de PPP prevejam que a remuneração do concessionário funcione atrelada à sua performance. Isso significará que a sua remuneração do parceiro privado será impactada pelo (des)cumprimento de indicadores de desempenho previamente estabelecidos. Os contratos de PPP conterão, como regra, indicadores de serviço, que retratarão níveis diversos de atendimento aos resultados e metas esperados para a execução do contrato. A remuneração do concessionário será ampliada ou reduzida

na proporção do atendimento dessas metas: o alcance de metas mais exigentes ensejará pagamento de bônus de remuneração, assim como o atingimento de níveis insatisfatórios poderá acarretar a redução de remuneração. O objetivo da sistemática da remuneração por performance é ampliar a eficiência na execução do contrato de PPP, incrementando o incentivo para que o concessionário persiga níveis mais exigentes para a qualidade do serviço prestado.

{4.9 OBRIGAÇÕES DE ESCOPO E OBRIGAÇÕES DE DESEMPENHO

É costumeiro, para fins de análise, diferenciar obrigações contratuais cujo objeto constitui-se num escopo único e determinado - por exemplo: instalar, em edificação pública, um certo equipamento para a redução de umidade – de obrigações contratuais de desempenho – por exemplo: aferir o nível de umidade das áreas internas de um edifício público, com vistas a identificar o desempenho do concessionário. Enquanto as primeiras são obrigações que retratam indicações de meio, as obrigações de desempenho relacionam-se à obtenção de resultados (*outputs*). Em contratos de concessão e PPP, as obrigações de desempenho adquirem grande rele-

vância, pois a busca pela maior eficiência na execução do contrato prende-se com a transferência de autonomia ao concessionário para a escolha e gestão dos meios com vistas à produção dos resultados esperados. Ao estabelecer os níveis e padrões de atendimento, atrelando-os à remuneração do concessionário, o contrato cria uma sistemática de remuneração por desempenho capaz de gerar eficiências à contratação. O concessionário tenderá a buscar os resultados mais exigentes a partir do menor custo possível.

Já as obrigações de escopo serão estabelecidas

em contrato para os casos em que a Administração deseja a execução de escopo determinado: o adimplemento não comporta níveis de qualidade ou de quantidade, mas funciona a partir do padrão binário adimplemento-inadimplemento. Num contrato de concessão ou PPP haverá tanto obrigações de esco-

po como obrigações de desempenho, a depender das características da prestação – embora seja desejável prestigiar-se as obrigações de desempenho, há casos em que a instituição de obrigações desta natureza não é factível em vista de dificuldades práticas ou técnicas de aferição do desempenho.

{4.10 PADRÃO TÉCNICO MÍNIMO E NÍVEIS DE DESEMPENHO

Mesmo para metas que possam ser niveladas em diferentes graus de qualidade e quantidade, sempre haverá um padrão qualitativo ou quantitativo mínimo, abaixo do qual se configura o inadimplemento do concessionário, atraindo sanções contratuais típicas (multas e sanções de outra natureza). O padrão mínimo de qualidade ou quantidade será estabelecido para os casos em que a Administração não se contenta com resultado menos exigente. Os níveis de desempenho, diversamente, retratam resultados satisfatórios ao interesse administrativo, cuja variação constitui uma escala de benefícios à execução do serviço.

A remuneração por desempenho é uma alternativa aos sistemas repressivos tradicionalmente utilizados para estimular o contratado a cumprir com as obrigações contratuais (focados nas sanções convencionais, como a multa). No entanto, muito embora os contratos concessionários devam prestigiar a remuneração por desempenho, será inevitável a coexistência desta com o regime de sanções, utiliza-

do para as hipóteses de inadimplemento. Há casos em que o não atingimento de certo nível qualitativo ou quantitativo estabelecido configura uma prestação insuficiente, retratando desobediência a uma obrigação contratualmente estabelecida. Não se trata, aqui, de atendimento a níveis de serviço ou de execução de obrigações de desempenho, mas de inadimplemento contratual. O seu regime jurídico é, portanto, diverso daquele que condiciona as obrigações de desempenho. Enquanto a variação de performance e o atendimento a obrigações de desempenho caracteriza-se apenas como distintos modos de executar a prestação contratual (atraindo sanções premiais - *soft law*), o desatendimento a uma obrigação de escopo ou de um padrão mínimo de qualidade configura inadimplemento contratual, atraindo o regime sancionador convencional (multa e outras formas de sanção).

O PADRÃO MÍNIMO DE QUALIDADE OU QUANTIDADE SERÁ ESTABELECIDO PARA OS CASOS EM QUE A ADMINISTRAÇÃO NÃO SE CONTENTA COM RESULTADO MENOS EXIGENTE.

{4.11 COMO FUNCIONA O SISTEMA DE AFERIÇÃO E MEDIÇÃO DOS INDICADORES DE SERVIÇO?

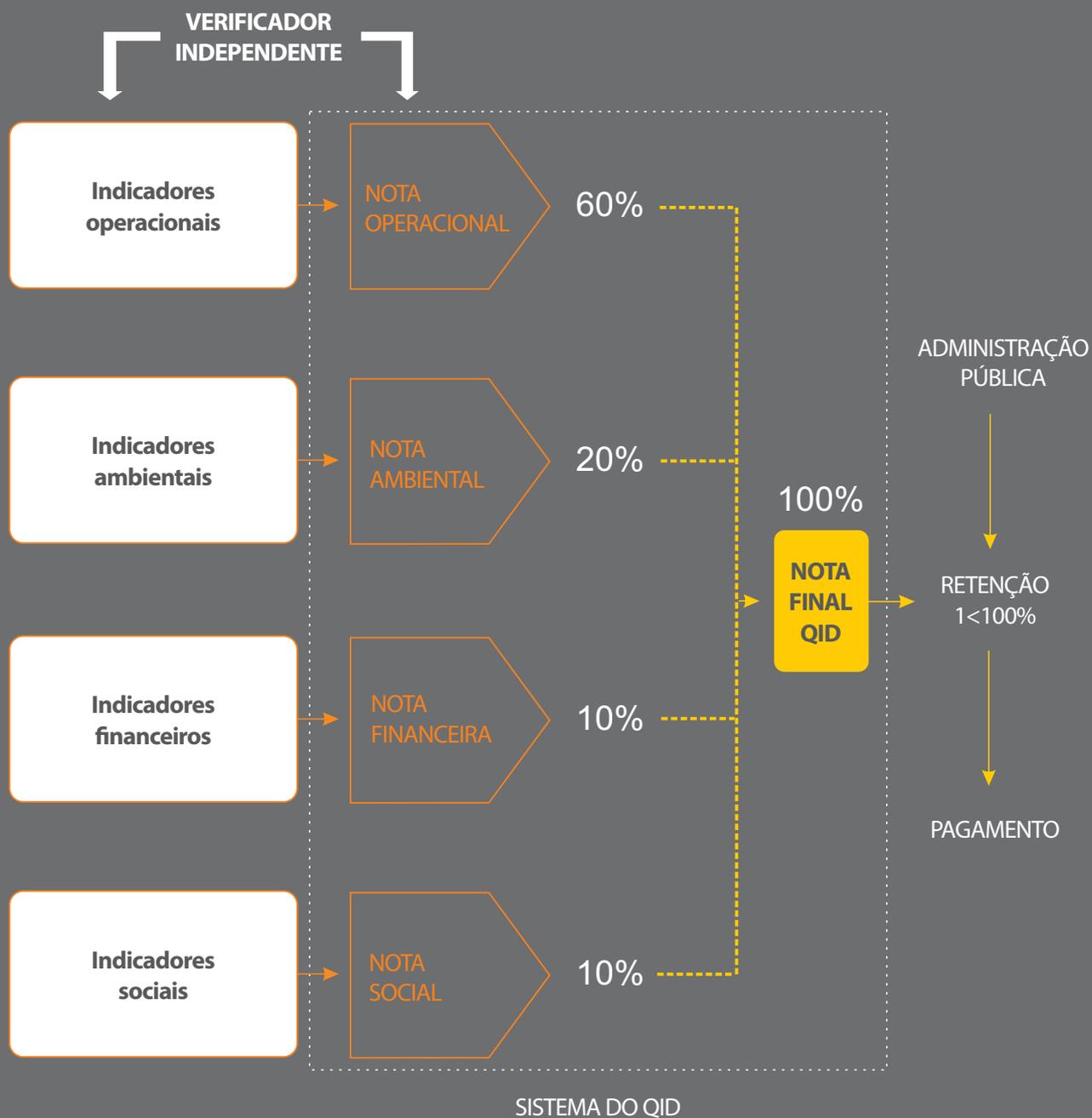
A legislação não tratou de modo mais específico dos indicadores de serviços, assim como do funcionamento do sistema de remuneração variável por desempenho. Exigiu apenas que os indicadores de serviço mantenham relação de pertinência com as funcionalidades e os resultados relevantes para a execução do serviço (e da obras) objeto do contrato de PPP, e que o seu impacto no sistema de pagamento esteja adequadamente dimensionado.

Desta forma, os fatores de avaliação, a periodicidade da avaliação, assim como a forma e o agente verificador são informações que devem obrigatoriamente constar do contrato de PPP. Contratos omis-

sos ou relapsos em relação a essas questões favorecerão a ampliação de custos de transação.

Em relação à sistemática de medição e aferição, é recomendável que o contrato de PPP preveja um verificador independente às partes. Não é desejável que a própria Administração Pública promova essa aferição-verificação do cumprimento de metas e dos indicadores de serviços, pois é parte interessada no pagamento da contraprestação devida ao concessionário. A isenção e imparcialidade do agente aferidor é aspecto que concorre para a redução de custos de transação – promovendo a redução do valor da PPP.

FIGURA 4 - EXEMPLO DE QID





**5. EXIGÊNCIAS FORMAIS E
PROCEDIMENTAIS PRÉVIAS AO
▶ DESENCADEAMENTO DE PROGRAMAS
DE CONCESSÃO OU PPP**

A instituição de programas de concessão e PPP pressupõe o cumprimento de procedimentos e formalidades pelo Poder Público durante a sua fase preliminar de planejamento.

Além da instituição da legislação regional ou local (quando a concessão ou a PPP for desencadeada por estados e municípios) sobre aspectos mais específicos atinentes à contratação, e da edição de lei autorizativa para a delegação do serviço público (quando isso for exigido), há uma série de atos formais, documentos e estudos que precisam ser confeccionados e disponibilizados previamente ao lançamento do processo de contratação.

{5.1 EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Sempre que o objeto da concessão ou da PPP envolver a delegação do serviço público, será necessária a prévia autorização legislativa. Deverá ser editada lei que autorize a Administração Pública titular do serviço público a transferir sua gestão e execução à iniciativa privada mediante programas de concessão e PPP. Lembre-se que a Lei 9.074/95 proibiu a execução de obras e serviços por meio de concessão e permissão de serviço público sem lei que lhe fixe os termos, dispensando-se a exigência apenas aos casos de saneamento básico. Mas poderia se entender que a própria Constituição (no seu

artigo 175) condiciona o desencadeamento de concessão comum à autorização legislativa.

Essa autorização será dispensada nos casos de programas de PPP que não envolvam a delegação do serviço público. Como afirmado atrás, há hipóteses de concessão administrativa em que o objeto não se constituirá como serviço público, mas como mero serviço prestado à Administração. Nestes casos, não se exige prévia autorização legislativa para proceder-se à contratação.

{5.2 PROVIDÊNCIAS E ATOS PRÉVIOS AO DESENCADEAMENTO DA CONCESSÃO COMUM

A primeira providência formal inerente à delegação do serviço público é a edição, pela Administração, de ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão (justificativa), o qual deve também caracterizar o objeto, a área e o prazo da prestação do serviço público. É também nesta etapa de planejamento que devem ser realizados os estudos e elaborados os projetos fundamentais da concessão, conforme adiante enumerados, exemplificativamente. Ainda, devem ser elaborados nesta etapa preliminar o edital de licitação, a minuta de contrato e seus anexos, os quais podem ser disponibilizados para consulta e audiência públicas.

Muito embora a Lei Geral de Concessões não tenha previsão expressa do dever de realizar consulta e audiência públicas – e a Lei Geral de PPP tenha exigido apenas a submissão da minuta de edital e contrato à consulta pública –, entende-se que, a exemplo do que ocorre com as contratações subordinadas à Lei 8.666/93, a audiência pública será necessária para a licitação ou conjunto de licitações que envolvam o valor mínimo de R\$ 150 milhões. Para certas espécies de serviço público, a legislação impõe a obrigatoriedade de realização de audiência e consulta públicas, como é o caso da concessão de serviços de saneamento básico (Lei 11.445/2007).

{5.3 PROVIDÊNCIAS E ATOS PRÉVIOS AO DESENCADEAMENTO DA PPP

No âmbito de sua fase interna, a PPP está condicionada à (i) formalização de um ato de autorização, que traga, além da motivação quanto à conveniência do projeto, justificativa técnica e econômico-financeira para o uso do modelo PPP; (ii) elaboração de demonstrações fiscais e orçamentárias; (iii) realização de consulta pública; (iv) apresentação de

documentação ambiental e dos estudos referidos adiante. Além disso, a Administração deverá elaborar o instrumento convocatório da licitação (e seus anexos) e a minuta do contrato de PPP.

As justificativas quanto à conveniência e oportunidade do programa devem identificar todas as ra-

zões que conduzem à prevalência do modelo PPP comparativamente a outras formas de contratação, o que exige análises técnicas e econômico-financeiras. Neste âmbito, será importante demonstrar o chamado *Value for Money (VFM)* – explicitando-se as razões pelas quais o modelo PPP promove a valorização do dinheiro público (e traz vantagens sócio-econômicas).

Além desta justificativa, será exigida uma série de demonstrações financeiras e orçamentárias. Como os programas de PPP envolvem comprometimento de recursos públicos de longo prazo, as demonstrações fiscais são sempre muito relevantes. Neste particular, a Lei exigiu que a Administração providencie a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP; a declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração. Lembre-se também que, por força da legislação, a União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos estados, Distrito Federal e municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a cinco por cento da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes excederem a cinco por cento da receita corrente

líquida projetada para os respectivos exercícios.

O objeto da PPP deverá também estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado. A assunção de compromissos financeiros públicos de longo prazo exige que tais obrigações tenham respaldo orçamentário no plano plurianual (abrangente de um quadriênio).

Ainda com passo prévio ao lançamento da licitação da PPP, as minutas de edital e contrato devem ser submetidas à consulta pública, pelo período mínimo de trinta dias, cujo termo final deve se dar pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital. Esse prazo mínimo funcionará como um lapso para que a Administração possa avaliar as proposições e análises críticas veiculadas na fase de consulta e produzir as devidas respostas, ajustes e justificativas. Todo esse procedimento de consulta tem em vista tanto a publicidade dos termos quanto o controle popular do contrato que se pretende formalizar.

Quanto à audiência pública, é de todo recomendável que seja realizada quando a licitação ou conjunto de licitações que envolvam o valor mínimo de R\$ 150 milhões. A audiência pública tem por objetivo permitir a participação popular na construção da solução proposta pelo Poder Público, permitindo que os usuários opinem a respeito do projeto que será licitado.

Por fim, será necessário que os programas de PPP (e de concessão) estejam aparelhados com estudos e projetos imprescindíveis.

{5.4 ESTUDOS E PROJETOS EXIGIDOS PARA O DESENCADEAMENTO DE PROGRAMAS DE CONCESSÃO E PPP

Os programas de concessão e de PPP deverão necessariamente estar acompanhados de estudos e projetos que permitam sua plena caracterização técnica e financeira.

Como regra, os programas de concessão e PPP dependerão da confecção prévia de:

- (i) estudos jurídicos
- (ii) projeto operacional
- (iii) anteprojeto de obras de engenharia
- (iv) estudos de demanda
- (v) estudos financeiros
- (vi) estudos ambientais
- (vii) outras demonstrações e levantamentos

Estudos jurídicos

Os estudos jurídicos definirão a modelagem jurídica da Concessão ou PPP, identificando a tipologia contratual escolhida e o atendimento aos requisitos e a obediência aos limites impostos pela legislação. Esses estudos oferecerão o desenho completo da concessão ou PPP e deverão prover os enquadramentos legais relativamente a temas centrais do programa (como a estruturação das garantias públicas, as formas de contraprestação pública, a previsão dos *step in rights* etc). Além disso, será necessário examinar o atendimento a diversas exigências procedimentais e formais impostas pela legislação.

Projeto operacional

O projeto operacional definirá todos os aspectos técnicos atinentes ao funcionamento do serviço objeto da concessão ou da PPP. Este documento servirá para orientar o modo de prestação do serviço, as especificações técnicas dos equipamentos necessários para a prestação, as condições de atendimento ao usuário, o cronograma de atividades e de implementação de obras, assim como o quadro dos indicadores de serviço (que será utilizado, inclusive, para orientar o sistema de remuneração do concessionário).

Nas concessões e PPPs, projeto operacional deverá estar referenciado preferencialmente por obrigações de desempenho, focadas no alcance de resultados (*outputs*) – e não tanto na gestão e controle dos meios. Em razão disso, há uma desejada incompletude das definições técnicas, na acepção de que a escolha e o gerenciamento dos insumos e tecnologias deve estar a cargo do concessionário.

Anteprojeto de obras de engenharia

Sempre que a concessão envolver a execução de obras, será necessária a disponibilização de anteprojeto de engenharia. Não se exigirá, para o desencadeamento da licitação, projetos completos ou acabados. Os estudos deverão apresentar nível de anteprojeto, deixando-se para a responsabilidade do

concessionário o encargo de detalhamento de projetos. A partir, portanto, dos elementos fundamentais à caracterização das obras integradas na concessão (esses necessariamente disponibilizados com o edital de licitação), o concessionário produzirá, já no âmbito da execução do contrato, os projetos básico e executivo (que serão, ao seu tempo, avaliados e autorizados pela Administração Pública).

Estudos de demanda

Os estudos de demanda são peça fundamental na estruturação de negócios de concessão e PPP, pois eles definirão um dos elementos mais impactantes da equação econômico-financeira desses contratos, que é a estimativa da demanda. Este indicador é que permitirá estimar a receita do negócio, com vistas a compor os estudos econômico-financeiros atinentes à concessão. Essas estimativas adquirem uma relatividade acentuada em projetos *greenfield*, pela natural dificuldade em projetar os níveis de utilização de infraestruturas ainda inexistentes.

Estudos financeiros

É imprescindível também que programas de concessão e PPP estejam acompanhados de estudos econômico-financeiros que indiquem a taxa de retorno esperada para execução da concessão e exploração do empreendimento, o que dependerá da projeção do conjunto de custos, de receitas,

assim como do perfil financeiro escolhido para a modelagem do contrato.

Estudos ambientais

Será necessário que o programa de concessão e PPP contenha, além de um relatório de eventuais passivos ambientais existentes nos ativos que porventura sejam transferidos para o concessionário, estudos referentes aos impactos ambientais que o empreendimento possa gerar. Tais estudos conterão, como regra, a avaliação do impacto ambiental e a identificação das possíveis medidas mitigadoras. É importante que se ofereça aos interessados em disputar o contrato de concessão ou de PPP a condição de identificação dos eventuais riscos ambientais atinentes, assim como de sua repercussão econômico-financeira.

Outras demonstrações e levantamentos

É sempre difícil relacionar e sistematizar todas as demonstrações e estudos que devem acompanhar a estruturação de concessões e PPPs, pois isso dependerá, em boa medida, da natureza do serviço e do empreendimento. Em muitos casos, além dos estudos referidos acima, podem ser necessários levantamentos adicionais, a depender das peculiaridades da concessão. Concessões e PPPs no segmento rodoviário, por exemplo, podem exigir levantamentos referentes ao conjunto de desapropriações a serem implementadas etc.

FIGURA 5 - SEQUÊNCIA DOS PASSOS PARA A FASE INTERNA DA PPP





FIGURA 6 - SEQUÊNCIA DOS PASSOS PARA A FASE INTERNA DA CONCESSÃO





▶ 6. LICITAÇÃO

{6.1 EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE CONCESSÃO E DE PPP

Os contratos de concessão e de PPP deverão ser precedidos de processo de licitação. A possibilidade de contratar uma concessão ou PPP por meio de contratação direta - sem licitação, portanto - será rara e excepcional. Alguns sequer admitem essa possibilidade. Mas há casos em que a licitação pode não ser exigível em vista de uma situação de inexigibilidade (inviabilidade de competição) ou de uma hipótese de dispensa. Essas estão previstas na Lei 8.666/93 e são extensíveis apenas em hipóteses específicas aos casos de concessão e de PPP. Os casos mais prováveis serão os de concessão administrativa que não envolvam “serviço público”. Ainda assim, não é possível afirmar, em tese, que todas essas hipóteses de dispensa se aplicam às PPPs administrativas, pois há diferenças marcantes entre os modelos que podem excepcionar as PPPs do âmbito de aplicação das normas que autorizam a dispensa previstas na Lei 8.666/93.

O processamento da licitação de concessão ou de PPP obedece a uma disciplina diversa daquela prevista na Lei 8.666/93, ainda que esta lei lhes seja aplicada subsidiariamente. Tanto a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95) como a Lei Geral de PPPs (Lei 11.079/2004) trouxeram uma disciplina própria sobre a licitação, elegendo modalidades específicas, introduzindo critérios de seleção customizados para esses modelos contratuais e regulando temas atinentes ao processamento da licitação, tanto no que diz à fase interna como à fase externa.

As providências e os passos atinentes à fase interna do processamento da contratação de concessão e de PPP já foram tratados atrás (ver item 5). Os temas relativos à fase externa da licitação, envolvendo principalmente questões alusivas ao seu processamento, serão tratadas abaixo.



{6.2 QUAIS AS CARACTERÍSTICAS DA LICITAÇÃO DE CONCESSÃO COMUM?

A licitação para a concessão comum de serviços públicos é regida pela Lei 8.987/95 e, subsidiariamente, no que couber, pela Lei 8.666/93. Pelo fato de a concessão comum envolver contrato de longo prazo e com características peculiares e bastante distintas dos contratos de desembolso (regidos pela Lei 8.666/93), embora se possa falar em aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações, a incidência desta legislação está condicionada à sua compatibilidade com a figura da concessão comum de serviços. Isso significa que, mesmo quando a legislação de concessões silencie, não será adequado importar automaticamente para esses contratos as interpretações convencionalmente extraídas da legislação geral.

Também regem a licitação para a concessão comum de serviços públicos as leis específicas do setor no qual se insere o objeto do contrato, em especial os regulamentos das agências reguladoras, bem como a legislação de processo administrativo (Lei 9.784/99).

Com relação ao processamento da licitação, a legislação fez expressa opção pela modalidade concorrência, sendo admitida pela Lei 9.074/95 (e por outras leis específicas) a utilização da modalidade leilão em determinadas situações. A Lei Geral de Concessões previu, ainda, a possibilidade de inver-

são da ordem das fases de habilitação e julgamento de proposta (em relação à cronologia convencional que pressupõe a precedência da habilitação ao julgamento das propostas). Nesse caso, encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, é aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado para verificação do atendimento das condições fixadas no edital. Verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante é declarado vencedor. Caso o licitante classificado em primeiro lugar seja inabilitado, passa-se à análise dos documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e, assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital. Essa sistemática de inversão de fases – inspirada na Resolução 65/1998 da Anatel e na modalidade de pregão – não é obrigatória ou preferencial em relação à cronologia convencional, tratando-se apenas de uma opção discricionária para a estruturação da licitação de concessão.

A Lei Geral de Concessões também criou, compreensivelmente, novos critérios para julgamento das propostas. A licitação poderá comportar, alternativamente, os seguintes critérios: a) critério da menor tarifa; b) critério da maior oferta como pagamento de outorga; c) critério da melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; d) critério da

melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa com o de melhor técnica; e) critério da melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga com o de melhor técnica; f) critério da melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

A definição do critério mais adequado decorrerá de uma apreciação discricionária da Administração, o que deverá considerar as características do objeto

e as peculiaridades do mercado que acederá à disputa. É certo que o critério eleito deve ser compatível com o objeto licitado, análise que desperta maiores dificuldades em relação à aplicação de critérios de técnica (que envolvem apreciação qualitativa de propostas técnicas). De todo o modo, a definição dos critérios de seleção de propostas dependerá da análise dos casos concretos, sendo difícil conceber parâmetros abstratos para orientar a questão.

{6.3 QUAIS AS CARACTERÍSTICAS DA LICITAÇÃO DE PPP?

A licitação para a formação de parceria público-privada rege-se pela Lei 11.079/04, aplicando-se, no que couber, a Lei 8.987/95 e a Lei 8.666/93.

Aqui valem as mesmas considerações registradas acima a respeito da aplicação subsidiária da legislação sobre contratação pública, no sentido de que a Lei Geral de Licitações (e a Lei Geral de Concessões) somente será aplicável quando compatível com as características do modelo das PPPs.

Quanto ao processamento, a Lei Geral de PPP, à semelhança do que se passa com a Lei Geral de Concessões, impôs a aplicação da modalidade de concorrência, admitindo também a opção pela inversão de fases. Permitiu, ainda, que o julgamento seja precedido de etapa de qualificação de propostas

técnicas, hipótese na qual serão desclassificados os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima.

Além disso, a legislação de PPP acolheu o modo aberto de disputa, que permite que propostas sejam manifestadas por lances de viva voz. Admitiu-se tanto a apresentação das propostas econômicas no modo fechado, em envelopes lacrados, como no modo fechado-aberto, quando serão apresentadas primeiramente propostas escritas seguidas de lances em viva voz. A participação na fase de lances pode estar restrita, a depender da disciplina prevista no edital de licitação, aos licitantes cujas propostas estejam próximas ao menor preço ofertado (a legislação permite que o edital restrinja a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo vinte por cento maior que o

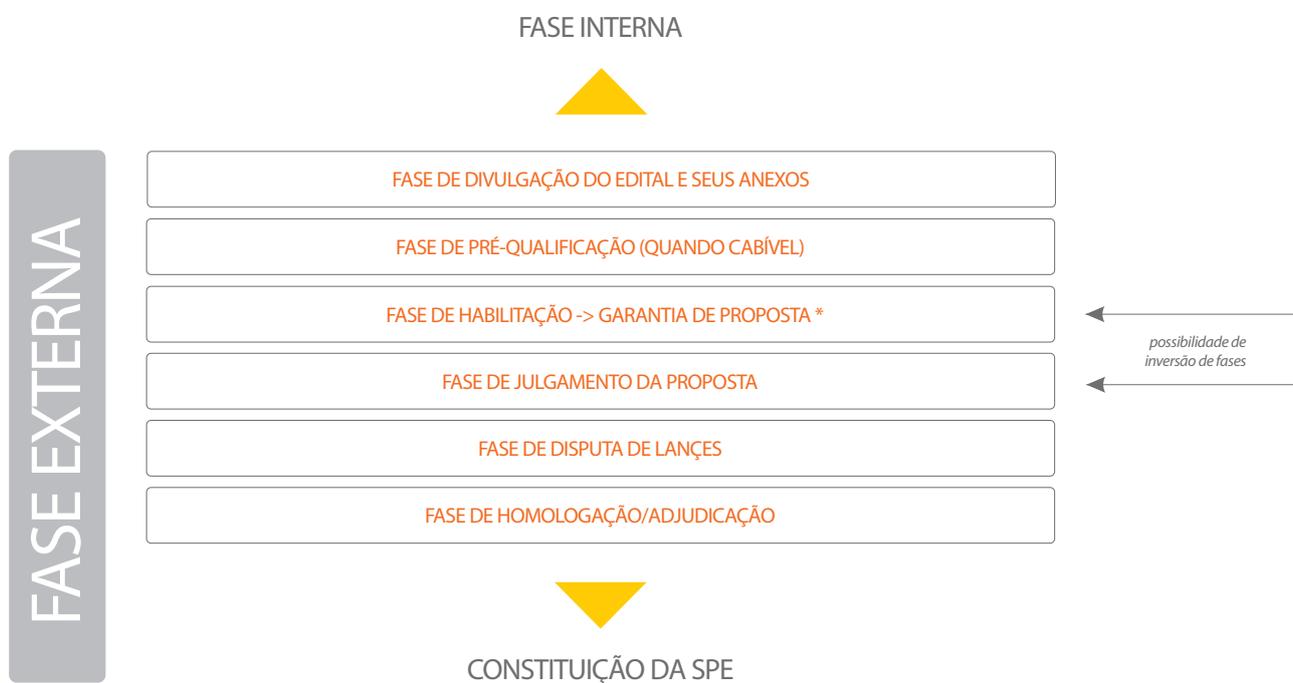
valor da melhor proposta). A finalidade de criar essa restrição está em estimular os licitantes a oferecer preços competitivos já nas propostas escritas (modo fechado), afastando-se o risco de adjudicação de preços elevados em casos de inexistência de competição.

Quanto aos critérios de julgamento, a licitação de PPPs pode ser regida pelos critérios (i) do menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (ii) da melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público

a ser prestado com o de melhor técnica; (iii) do menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; ou (iv) da melhor proposta em razão da combinação do critério do menor valor da contraprestação pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Relativamente ao saneamento de eventuais falhas, a Lei ainda prevê a possibilidade de complementação de insuficiências ou ainda correções de caráter formal, desde que dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

FIGURA 7 - DESENVOLVIMENTO DA FASE EXTERNA DE LICITAÇÃO DA PPP



* A Garantia de proposta integrará os documentos de habilitação (e será revelada e examinada juntamente com os documentos de habilitação). Na hipótese de inversão de fases, o envelope contendo a garantia de proposta será apresentado e aberto antes do início da fase de julgamento de propostas.



▶ 7. MATRIZ DE RISCOS

{7.1 A DEFINIÇÃO DA MATRIZ DE RISCOS E SUA RELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA CONCESSÃO OU DA PPP

A matriz de riscos será um dos elementos fundamentais do contrato de concessão e de PPP. Ela identificará os riscos envolvidos na execução do contrato, alocando-os à responsabilidade de cada uma das partes. Uma vez definida a matriz de riscos no contrato, a eventual materialização desses riscos ao longo da execução da concessão atrairá a responsabilidade da parte responsável, que arcará com os prejuízos derivados. Logo, a matriz de riscos é o cerne da equação econômico-financeira do contrato de concessão ou de PPP. A estabilização dos efeitos dessa matriz é o que garantirá a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sempre que o concessionário suportar um prejuízo derivado da materialização de um risco alocado à responsabilidade da Administração (ex: risco de aumento de carga tributária incidente sobre os custos de produção do contrato), esta deverá ressarcilo, nos termos previstos no contrato (recompondo-se a equação econômico-financeira originariamente definida).

Por isso, a matriz de riscos é uma peça fundamental nos contratos administrativos em geral, e se

afigura ainda mais relevante em contratos complexos e de longo prazo, como os contratos de concessão e de PPP.

Para a definição da matriz de riscos nesses contratos, há regras jurídicas e premissas econômicas a serem seguidas. A disciplina jurídica é bastante genérica sobre o assunto e não arbitra uma alocação de riscos previamente definida. Apenas em hipóteses muito específicas, como no caso do risco de inflação, do risco de alteração de carga tributária e de encargos legais, do risco de modificação unilateral (pelo poder concedente) do objeto é que o legislador arbitrou uma certa alocação de riscos. Além disso, a Lei Geral de PPP arbitrou o compartilhamento com o parceiro público dos benefícios derivados da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. De resto, o direito trata do tema apenas de forma *principiológica*: a alocação de riscos deverá observar o princípio da eficiência, pois é ela um dos pontos de calibragem da eficiência dos contratos. Para alocar riscos de modo eficiente, é necessário observar algumas premissas econômicas fundamentais, conforme comentado adiante.

{7.2 COMO ALOCAR RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP?

É evidente que a alocação de riscos à responsabilidade de uma ou de outra parte acabará interferindo na estrutura de custos do contrato de concessão ou de PPP. Afinal, as partes envolvidas no contrato cobram para assumir riscos, e essa precificação variará conforme o risco seja alocado a uma ou a outra parte, uma vez que as partes têm capacidade e aptidão distintas para absorver riscos ou lidar com as consequências de sua materialização. Desta forma, a contratação será tanto mais econômica quanto os riscos sejam alocados àquela parte que consegue absorvê-los a custos mais baixos. Por isso, a premissa econômica fundamental que deve orientar a definição da matriz de riscos está na alocação do risco àquele que efetivamente cobrará menos para gerenciá-lo, pois isso concorrerá a redução do somatório de custos envolvidos na contratação.

Essa capacidade de gerenciamento do risco envolve tanto a sua aptidão para a prevenção do risco (a parte que tem melhores condições para se prevenir do risco), como sua condição para minimizar os prejuízos na hipótese de sua materialização.

Um instrumento bastante utilizado para a prevenção de riscos é o seguro. A existência de seguros no mercado a custos acessíveis para certos riscos pode favorecer sua alocação ao parceiro privado.

Por outro lado, riscos dos quais o concessionário não tem como se proteger (inclusive, por inexistir seguro disponível e acessível no mercado) devem sempre ser retidos pela Administração Pública.

{7.3 COMPARTILHANDO O RISCO DE DEMANDA (ESPECIALMENTE, EM PROJETOS GREENFIELD)

O compartilhamento do risco de demanda (entre parceiro público e parceiro privado) tem sido uma fórmula utilizada em muitos projetos concessionários. A finalidade do compartilhamento está na

partilha de ganhos e prejuízos não esperados que podem derivar da variação da demanda originariamente prevista. Ele funciona como um instrumento de proteção das partes em relação ao risco de inefi-

cácia e inconsistência dos estudos de demandas que acompanharam o programa de concessão ou de PPP.

O compartilhamento do risco de demanda ganha relevância em projetos *greenfield*, quando as estimativas de demandas adquirem margens de erros não desprezíveis, pois é sempre difícil estimar o nível de utilização de infraestruturas inexistentes.

As fórmulas de partilha de riscos podem ser variadas. O importante será encontrar bandas de varia-

ção de demanda que ofereçam a segurança esperada pelo concessionário (e pelos investidores e financiadores do programa), evitando prejuízos acentuados decorrentes de níveis de demanda muito inferiores aos originariamente previstos (risco negativo), e também, por outro lado, ganhos extraordinários e excessivos ao concessionário derivados de níveis de demanda superlativos em relação à estimativa (risco positivo). O compartilhamento de risco de demanda, portanto, pode concorrer para a redução dos custos de transação, gerando-se economias para a contratação de concessão e de PPP.

FIGURA 8 - EXEMPLO DE MATRIZ DE RISCOS

Risco	Definição	Alocação	Consequência	Mitigação
Obras.	Não atendimento ao cronograma - modificação de projeto a pedido do Parceiro- Privado e entidades públicas - estimativa de custos e tempo incorretos - problemas geológicos (é possível prever risco geológico antes da obra, somente a sua extensão que não pode ser prevista).	Privado	Multas contratuais, término antecipado do contrato e exigência de garantias	<p>Seleção de concessionário com plena capacidade de atenderem adequadamente a todas as exigências contratuais. Regras e prazos para apresentação de projeto básico prévio às obras, não-objeção e apresentação de projeto <i>as built</i>. Prazo para tudo, inclusive não-objeção - definição de procedimento. Pedido de mudança de projeto do Parceiro-Privado não gera reequilíbrio contratual.</p> <p>Obras novas ensejam reequilíbrio e aprovação do Poder Concedente (deve estar claro procedimento para tanto). A Concessionária é responsável pelos estudos geológicos e geotécnicos.</p> <p>As obras realizadas são por sua conta e risco. Realização de estudos anteriormente à licitação e a visita ao local do projeto podem mitigar o risco do aumento do custo do problema geológico, realizando declaração de vistoria do local.</p> <p>Revisão de multa para atraso de obra.</p> <p>Garantia da execução do contrato. Previsão de Plano de Seguros (Riscos de Engenharia, etc). Na cláusula de obras deixarem claro que devem ser seguidas as datas de início e término.</p> <p>Pode-se estabelecer a possibilidade de antecipação das obras, à título de evitar caso fortuito ou força maior, mas nunca atrasadas.</p> <p>A alteração do cronograma de obras pode ser considerada uma forma de reequilíbrio.</p> <p>Em caso de eventos climáticos, não considerados como força maior, deve ser contratado seguro pelo parceiro-privado.</p>
Desconformidade da obra com a aprovação.	Não conformidade da obra (incluindo os vícios ocultos) com as prescrições do contrato.	Privado	Atraso e custos associados	<p>Observância ao projeto básico e projeto executivo elaborado pela Concessionária e na forma aprovada pelo Poder Concedente.</p> <p>Estabelecimento de multas e penalidades.</p>
Problemas de liquidez financeira de obra.	Parceiro Privado apresenta problemas de caixa que impossibilitam a continuação da obra.	Privado	Multa <i>Step in rights</i>	<p>Apresentação de levantamento de custos e origem dos recursos na assinatura do Contrato de Concessão.</p> <p>Requisitos de habilitação e indicador financeiro de desempenho.</p> <p>Previsão de multas.</p> <p>Cláusula para bonificar os bons indicadores financeiros.</p>

Risco	Definição	Alocação	Consequência	Mitigação
Atrasos para obtenção de licenças (inclusive ambiental).	Atrasos para obtenção de licenças por culpa do Privado.	Privado	Multas contratuais, término antecipado do contrato e exigência de garantias.	<p>O Poder Concedente poderá expedir diretriz para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma dos regulamentos aplicáveis.</p> <p>Deve haver previsão contratual do atendimento pela Concessionária das normas federais, estaduais e municipais sobre licenças/autorizações à tempo e modo.</p> <p>Exigência de Garantia de Fiel Cumprimento de Obrigações Contratuais, multa e término antecipado do contrato.</p> <p>Independentemente do prazo estabelecido em lei para a concessão de licença ambiental, a concessionária deve protocolizar a documentação legal no prazo mínimo de 180 dias anteriores à data de início da obra, bem como comparecer à vistoria agendada pelos órgãos ambientais.</p>
Erro na estimativa dos custos de construção ou da duração dos trabalhos, com aumento do preço de materiais essenciais/mão de obra.	Erro na estimativa dos custos de construção ou da duração dos trabalhos, com aumento do preço de materiais essenciais/mão de obra que geram acréscimo do custo, salvo aqueles que decorram diretamente de mudanças tributárias ou políticas públicas.	Privado	Custos adicionais. Atrasos e custos associados.	<p>A responsabilidade de projeto e de obra são da Concessionária.</p> <p>Prever no contrato que não haverá reequilíbrio em tais casos.</p> <p>Prever indicador de desenvolvimento de obra.</p>
Atraso da transferência da administração do serviço para a concessionária.	Atrasos além do previsto na entrega das instalações existentes, gerando custos.	Público	Reequilíbrio econômico-financeiro; Rescisão contratual.	<p>A transferência do sistema deverá ocorrer no momento de assinatura do contrato, com assinatura de termo de recebimento pela SPE.</p> <p>Em caso de demora superior a 1 ano, há possibilidade de rescisão.</p>
Atraso no recebimento de novas obras.	Atraso no recebimento de novas obras.	Público	Aprovação tácita	Considerar-se-á aprovado por decurso de prazo.
Erros essenciais na construção da obra.	Erro na realização das obras por parte da Concessionária, causando prejuízos em decorrência de reconstrução total ou parcial.	Privado	Má qualidade na prestação do serviço, multa, término antecipado do contrato e exigência de garantias.	A responsabilidade de projeto e da obra é da Concessionária.
Alteração do Cronograma pelo Poder Público.	Alteração no cronograma de construção de iniciativa do Poder Público.	Público	Possibilidade de custos adicionais, reequilíbrio econômico-financeiro.	Cláusula contratual de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.
Alteração do Cronograma pela Concessionária.	Alteração no cronograma de construção de iniciativa da Concessionária.	Privado	Possibilidade de custos adicionais.	<p>Os pedidos de antecipação do cronograma dependerão de prévia autorização do Poder Concedente.</p> <p>Possibilidade de aplicação de multas para atraso.</p>
Caso fortuito ou força maior (possível seguro).	Eventos considerados caso fortuito ou força maior que impeçam a continuidade ou a conclusão da obra/serviço, ou o alcance do desempenho exigido.	Privado	Perda ou danos aos ativos, perdas das receitas, atraso nas obras e descontinuidade na prestação dos serviços.	Em determinados casos pode-se contratar seguro contra força maior e caso fortuito.
Caso fortuito ou força maior (não segurável ou cujo valor do prêmio seja incompatível com o fluxo de caixa do projeto).	Eventos considerados caso fortuito ou força maior que impeçam a continuidade ou a conclusão da obra/serviço, ou desempenho exigido.	Público	Perda ou danos aos ativos, perdas das receitas, atraso nas obras e descontinuidade na prestação dos serviços.	Nos casos em que não é possível contratar (no Brasil) seguros em bases razoáveis (sem comprometer o plano de negócios), o risco ficará a cargo do Poder Público, por meio de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

FONTE: Esquema simplificado de alocação de riscos de construção em PPPS, extraído do Manual de padronização de Regras-chave de Parcerias Público-Privadas do Governo do Estado de Minas Gerais. (<http://ppp.mg.gov.br/manual/livro.htm>)



▶ 8. GARANTIAS

{8.1 GARANTIAS PÚBLICAS E GARANTIAS PRIVADAS

Os contratos de concessão e de PPP exigirão, em todos os casos, garantias e seguros do concessionário em relação ao cumprimento de certos encargos. O tema tem sido, inclusive, objeto de regulamentação pelas agências reguladoras.

Sempre que o objeto da concessão envolver a execução de obra, serão exigíveis garantias para essa parte específica, limitada ao valor da obra. Além disso, será costumeira a exigência de seguros diversos, com vistas a acautelar o poder concedente quanto aos riscos envolvidos na execução da concessão ou da PPP (por exemplo: seguro de performance - *performance bond*, seguro de responsabilidade civil para riscos de obras de engenharia, seguro de responsabilidade civil para riscos operacionais etc). Há modalidades variadas de seguros que podem ser exigidos nos programas concessionários, o que dependerá da natureza das prestações envolvidas no objeto da concessão.

Além das garantias a serem prestadas pelo concessionário, os contratos de PPP podem prever garantia pública, estruturada pelo parceiro público com vistas a acautelar o parceiro privado com relação ao pagamento das contraprestações públicas (e de outros créditos originados da concessão). A garantia pública poderá ser prestada sob diversas

modalidades de garantia, tal como adiante assinalado.

Todas as garantias públicas, assim como os fatos que ensejarão a sua execução pelo concessionário, devem estar indicados e descritos suficientemente no contrato de PPP.

Segundo a legislação (inciso VI do art. 5º da Lei 11.079/2004), os contratos de PPP deverão prever os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento. O contrato deverá conter, portanto, não apenas a descrição objetiva das condutas que caracterizam o inadimplemento pecuniário do parceiro público, como deverá definir o momento em que a garantia poderá ser acionada e os procedimentos que deverão reger o seu acionamento.

Note-se que não apenas o adimplemento das contraprestações públicas pode ser acautelado pela garantia pública, mas também outras obrigações que podem ser imputáveis ao Poder Concedente, como o pagamento de indenizações derivadas da materialização de riscos que foram alocados sob sua responsabilidade, da extinção antecipada do contrato por encampação, dentre outras causas.

{8.2 MODALIDADES DE GARANTIA PÚBLICA

A legislação previu algumas modalidades de garantia pública, como sendo: (i) vinculação de receitas (observada a impossibilidade de vinculação de receitas de natureza tributária, assim como a impenhorabilidade da renda pública); (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e (vi) outros mecanismos admitidos em lei. Esse rol não é limitativo ou exaustivo, mas apenas exemplificativo. É perfeitamente possível que outras modalidades de garantias sejam utilizadas pela Administração em contratos de PPP.

Uma forma de garantia que vem sendo bastante utilizada para a estruturação de programas de PPP é o fundo garantidor ou empresa garantidora. Quanto utilizados para esse fim, estes entes deverão possuir ativos suficientes (transferidos, por exemplo, da Administração e de seus entidades) para garantir os contratos de PPP. Quando se tratar de fundo garantidor, este deverá possuir personalidade jurídica (de direito privado), o que significa que poderá ser sujeito de direitos e obrigações – diversamente de um fundo meramente financeiro, que não detém essa condição. O objetivo de dotar o fundo de perso-

nalidade jurídica está em permitir que ele assuma em seu nome - como garante - as obrigações contraias pela Administração Pública (direta) nos contratos de PPP. Se assim for, na hipótese de inadimplemento da Administração Pública, o concessionário (SPE) poderá acionar diretamente o fundo, sem necessidade de submeter-se, por exemplo, à sistemática de precatórios para pagamento de eventual crédito reconhecido judicialmente contra a Administração Pública. Vale lembrar que, por força do nosso regime constitucional, todos os entes que possuem personalidade de direito público (as pessoas da União, do Distrito Federal, dos estados e dos municípios, e as suas respectivas autarquias) estarão submetidos ao regime de precatórios. Em razão disso, os créditos reconhecidos judicialmente contra essas Administrações acabam tendo de submeter-se a esse procedimento. Essa condição favorece a ampliação dos custos de transação, pois retarda o recebimento de créditos de particulares em face da Administração. Precisamente para contornar esse problema é que o legislador previu a hipótese de fundos ou empresas estatais funcionarem como agentes garantidores. Caso o fundo possua personalidade jurídica de direito privado, poderá ser demandado diretamente pelo concessionário nos moldes de uma execução civil, evitando-se o regime dos precatórios. A União, assim como diversos estados e municípios estruturaram fundos garantidores para esses fins (no caso federal, há o FGP – Fundo

Garantidor de PPPs, instituído pela Lei 11.079/2004, assim como o FGIE – Fundo Garantidor de Infraestrutura, administrado pela ABGF – Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias).

A estruturação das garantias públicas em contratos de PPP, como regra, envolverá múltiplas modalidades de garantias, a depender das características

do projeto (a reserva, em conta garantia, de recursos destacado de transferências endereçadas às Administrações ou o penhor sobre títulos de crédito são outros exemplos). O relevante é que a garantia pública seja eficaz e possua a liquidez suficiente para acautelar o parceiro privado com relação aos riscos de inadimplemento do parceiro público.

{8.3 RELEVÂNCIA DA GARANTIA PÚBLICA E SEU IMPACTO NOS CUSTOS FINANCEIROS DA PPP

As garantias públicas possuem um papel relevante na estruturação de programas de concessão e PPP. Lembre-se que a contratação com a Administração Pública sempre foi marcada por altos custos de transação, fruto não apenas de certas peculiaridades de seu regime jurídico (o regime de pagamento de créditos públicos, assim chamado sistema de precatórios, por exemplo), como da situação de sua dívida contratual. Desta forma, para que fosse viável atrair investimentos privados para o segmento de infraestrutura, sob o modelo de PPP, era necessário acautelar-se o parceiro privado com relação ao risco de inadimplemento público, mediante a integração de garantias públicas nos contratos de PPP. Daí a Lei Geral de PPP ter previsto de forma expressa (e até então inédita para contratos administrativos) essa possibilidade.

É evidente, portanto, que a qualidade e a eficácia da garantia pública impactarão o custo financeiro da PPP. O cuidado que as Administrações Públicas

devem ter com a estruturação de garantias adequadas para os programas de PPP reflete a preocupação com a redução de seu custo financeiro, gerando-se economias ao usuário e à sociedade. Afinal, quanto menor os riscos jurídicos envolvidos no programa, tanto menor será o custo de financiamento. As instituições financiadoras necessariamente considerarão as modalidades, a liquidez e a eficácia da garantia pública integrada na PPP para o fim de definir as taxas de financiamento.

Embora seja correto afirmar que as garantias públicas geram, em todos os casos, a redução do custo financeiros ao programa, nem sempre elas serão factíveis. Num cenário de escassez de ativos públicos disponíveis e adequados para compor garantias eficazes para fazer frente ao conjunto de parcerias desejadas – o que se verifica principalmente na realidade de estados e municípios -, pode ser conveniente a opção por estruturas que evitem a concentração de investimentos em obras e ativos

(CAPEX) no início da execução da PPP, diluindo-se, tanto quanto possível, esses investimentos ao longo do período de execução do contrato. No mesmo sentido, a celebração de contratos de PPP por pessoas administrativas com personalidade jurídica de direito privado, alternativamente à celebração pela Administração direta, quando possível, elimina o

risco de submissão ao regime de precatórios em hipóteses de cobrança de crédito judicialmente constituído contra a Administração. Essas medidas são aptas a reduzir a exposição do capital privado a riscos, melhorando as condições para o financiamento do projeto.

{8.4 QUAIS AS GARANTIAS AO AGENTE FINANCIADOR?

Tanto a legislação de PPP como a de concessão previram mecanismos vocacionados a acautelar os agentes financiadores com relação aos riscos de inadimplemento pelo parceiro privado das obrigações de financiamento.

Um desses mecanismos é o chamado *step in right* (também tratado no item 10.5). Trata-se da possibilidade de o agente financiador assumir o controle ou a administração temporária da SPE em casos de inadimplemento do financiamento. O *step in* tem o objetivo de reestruturar financeiramente a concessão e assegurar a continuidade da prestação do serviço, conforme examinado adiante.

O *controle* da SPE caracteriza-se, nos termos da legislação, como a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos da lei que disciplina as sociedades por ações (Lei 6.404/76). Já aquilo que se chamou de *administração temporária* da SPE por seus financiadores e garantidores se dará quando, sem a

transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados determinados poderes que lhes garantam a tomada de decisões estratégicas, como definido na legislação.

Além do *step in*, a legislação de PPP admitiu a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública, assim como a possibilidade de os financiadores do projeto receberem indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas. A emissão de empenho diretamente em nome do financiador constitui-se numa garantia relevante ao *project finance*, pois transforma as receitas oriundas da concessão em via de pagamento direto ao financiador ou lhe permite gerenciar diretamente esses recursos para o seu endereçamento às contas vinculadas que integram a estrutura de financiamento.





9. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)

{9.1 O QUE É E COMO FUNCIONA O PMI?

O PMI é um procedimento por meio do qual a Administração Pública obtém da iniciativa privada estudos, projetos e levantamentos com vistas a aparelhar futuro programa de concessão ou PPP. Trata-se de um expediente que vem sendo utilizado como um passo prévio para a estruturação de concessões e PPP, por vezes provocado pela iniciativa privada, por vezes desencadeado pela própria Administração Pública.

O PMI tanto pode se originar de solicitação pública – ato que instala um chamamento público para que pessoas da iniciativa privada possam apresentar estudos, projetos, levantamentos, investigações etc, como pode – em alguns casos, a depender da regulamentação local – derivar de manifestação espontânea e independente de particulares – hipótese em que, a depender da regulamentação, sua tramitação subsequente exigirá um chamamento público, com vistas a conferir publicidade e assegurar a oportunidade de outros interessados manifestarem proposições equivalentes.

Isso permite falar em **PMI espontâneo**, que se formaliza por solicitação da Administração, e **PMI provocado**, que nasce de uma manifestação da iniciativa privada (também chamada de Propostas Não Solicitadas – PNS – *Unsolicited Proposals*).

A legislação nacional não disciplinou aspectos mais específicos do PMI, ficando a sua regulamentação à conta das leis regionais e locais e de seus respectivos regulamentos. Além da União, que editou o Decreto nº 8.428/2015 para esse fim, boa parte dos estados e municípios já possuem regramento acerca do PMI. É o caso, a exemplo, dos Estados de Minas Gerais (Decreto 44.565/07), Ceará (Decreto 30.328/10), Rio de Janeiro (Decreto 43.277/11), Bahia (Decreto 12.653/11, alterado pelo Decreto 12.679/11), Espírito Santo (Decreto 2.889/11, alterado pelo Decreto 2.889-R); São Paulo (Decreto 61.371/15), Paraná (Decreto 6.823 /12), Santa Catarina (Decreto 962/12), entre outros.

{9.2 PROCESSAMENTO DO PMI

Pelo fato de inexistir na legislação nacional disciplina específica sobre o PMI, o seu processamento

vem sendo regulado pelas ordens regionais ou locais. Disso decorre que não há um único modelo de

de PMI, o que dificulta o exame sobre sua estrutura e processamento. De todo o modo, é possível identificar algumas características comuns nos modelos de PMIs que vêm sendo customizados por estados e municípios, como explicitado adiante.

Do ponto de vista de sua estrutura procedimental, o PMI compreende as fases de (i) divulgação da solicitação e chamamento de contribuições de particulares; (ii) análise das contribuições e definição do projeto selecionado; e (iii) incorporação e aproveitamento da contribuição, com a definição do ressarcimento do particular pela transferência dos direitos sobre o projeto. Caso seja exitoso, o PMI servirá a instruir e aparelhar subsequentemente um processo de licitação de PPP ou de concessão, do qual o autor do projeto poderá, como regra, participar.

Caso a regulamentação não crie vedação dessa ordem, será perfeitamente possível, portanto, que o autor do projeto produzido no âmbito de PMI dispute a licitação decorrente. Tal possibilidade decorre da legislação nacional (art. 31, Lei 9.074/95).

Como regra, o PMI não criará obrigação alguma

para a Administração interessada até que se formalize o ato de escolha e homologação da contribuição provida e autorizada pelo interessado privado. Nesta hipótese, e ante o aproveitamento (parcial ou total) da contribuição para instruir ou aparelhar o processo de contratação da PPP ou da concessão, cria-se a obrigação de ressarcimento ao parceiro privado a ser provido ou pela Administração ou pelo licitante vencedor da licitação que gerar a contratação de PPP, desde que tenha assumido compromisso de ressarcimento correspondente exigido com o edital de licitação. Tais definições dependerão do modo como o PMI está regulamentado em cada Administração, na respectiva esfera federada.

Embora o modelo que historicamente tem sido adotado pelas regulamentações regionais ou locais seja o de permitir a participação de múltiplos interessados, que podem adquirir a condição de autorizatários para o desenvolvimento de estudos e projetos no âmbito do PMI, alguns regulamentos mais recentes já têm admitido que a autorização seja feita em prol de uma única empresa, prevendo-se, daí a restrição de sua participação no processo de licitação subsequente.

{9.3 PRESSUPOSTOS AO DESENCADEAMENTO DO PMI

O desenvolvimento de um PMI depende, em primeiro lugar, da pré-existência de um quadro institucional e regulatório adequado, dotado de estabele-

cidade e previsibilidade. A Administração Pública deverá ter instituído sua legislação sobre as condições para a instauração e o processamento do PMI.

Essa disciplina tanto pode derivar e lei como de atos infralegais. Tem sido comum que os entes federados editem suas leis sobre concessão e PPP, regulamentando o PMI através da edição de decretos. Esses atos normativos têm cuidado de definir a estrutura pela qual tramitará o PMI, assim como estabelecer suas modalidades e a disciplina para a proposição, processamento e julgamento.

Em segundo lugar, é altamente recomendável que o PMI surja como uma consequência do planejamento administrativo. O risco de ineficácia do PMI está diretamente associado ao seu desenvolvimento autônomo e independente de um prévio planejamento administrativo. A própria decisão administrativa em recorrer a essa espécie de procedimento, alternativamente à produção de estudos pelos pró-

prios servidores públicos ou por meio da contratação de consultoria externa, deve estar lastreada em avaliações harmonizadas com o planejamento administrativo.

Por fim, a Administração Pública necessita estar devidamente capacitada (seja através de seus quadros próprios, seja por meio de consultoria externa) para analisar os estudos, levantamentos e projetos que podem ser produzidos e apresentados pela iniciativa privada no âmbito do PMI. O preparo técnico das Administrações para interagir com os interessados (e autorizatários) acerca da consistência técnica e financeira das soluções propostas é uma condição que minimiza o risco de captura do interesse público pelo interesse privado.

FIGURA 9 - ESQUEMA PMI POR SOLICITAÇÃO

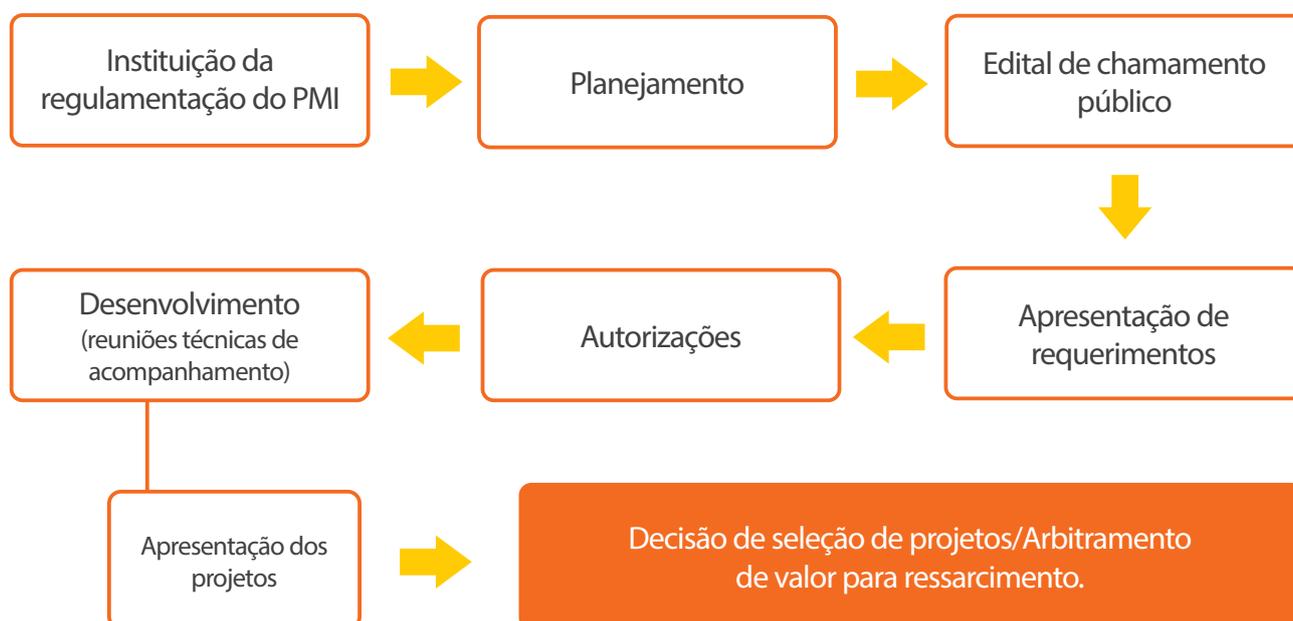
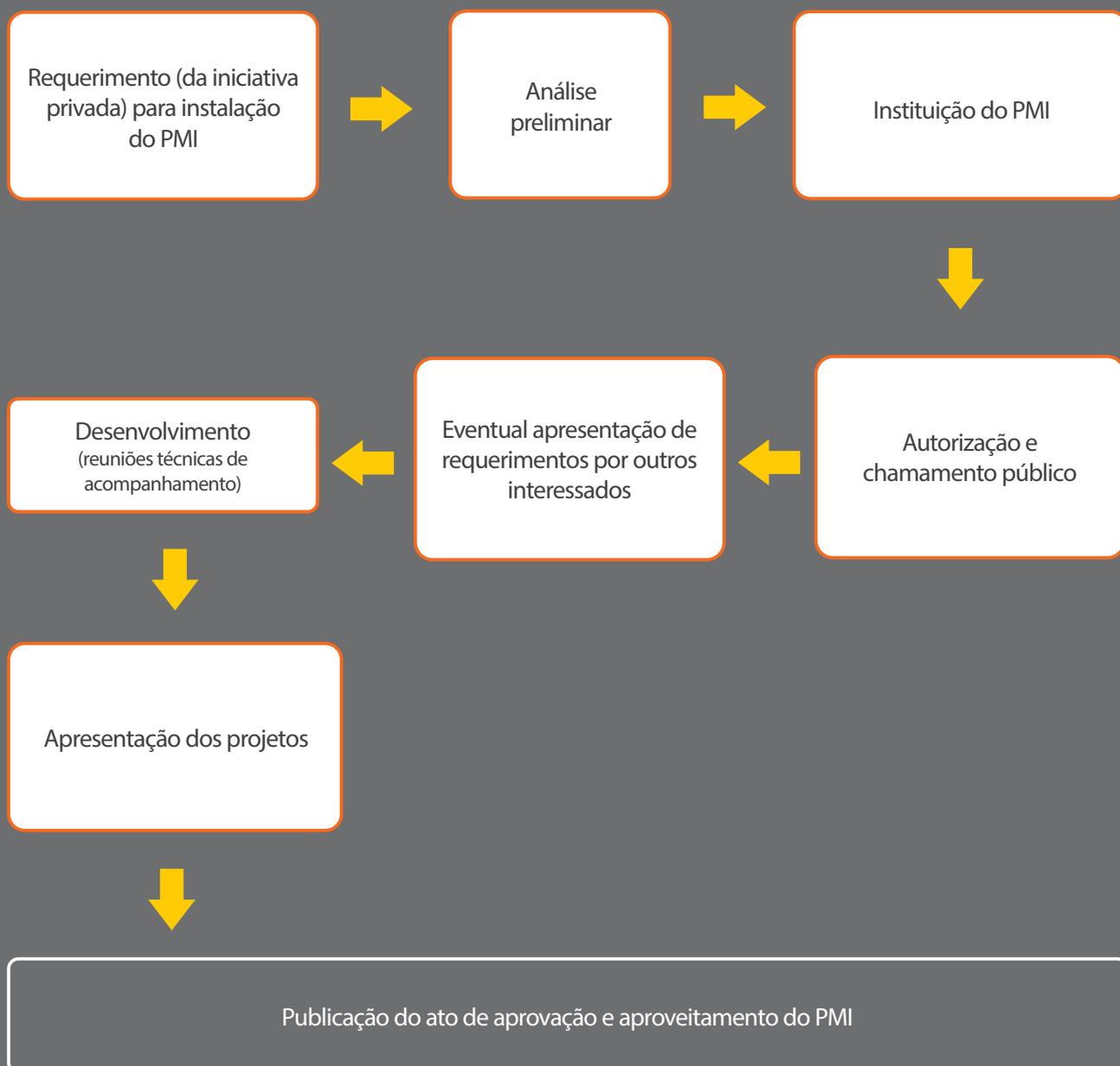


FIGURA 10 - ESQUEMA PMI PROVOCADO (MIP)





▶ 10. SOCIEDADE DE PROPÓSITO
ESPECÍFICO (SPE)

{10.1 CONSTITUIÇÃO DE SPE PARA A EXECUÇÃO DA CONCESSÃO OU PPP

A legislação que disciplina as concessões comuns permite - embora não exija - que o edital de licitação condicione a formalização do contrato de concessão à constituição, pela empresa vencedora do certame, de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) vocacionada à execução da concessão. A SPE será uma sociedade criada específica e exclusivamente para gerir a concessão, evitando-se que outros negócios da empresa possam contaminar a sua execução.

Já o regime das parcerias público privadas foi além e instituiu a obrigação para que o licitante declarado vencedor no certame licitatório constitua uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para a celebração e execução do contrato de PPP.

O objetivo desta exigência da lei é, como referido, garantir que a PPP seja gerida por empresa exclusivamente criada para esse fim, dissociando-se da SPE os demais negócios e empreendimentos da empresa ou do grupo de empresas vencedor da licitação. Essa segregação concorre para livrar a gestão do serviço público e da PPP dos riscos que possam ser gerados pelo envolvimento da concessionária com outros negócios, melhorar as condições de governança e facilitar o controle fiscalizatório que o poder concedente deve exercer sobre a SPE. Além disso, ao dissociar-se os riscos do negócio concessão daqueles inerentes aos demais negócios e empreendimentos do concessionário, a constituição da SPE acaba por melhorar as condições de financiamento para a execução da PPP.

{10.2 ASPECTOS SOCIETÁRIOS

Não há no direito brasileiro uma indicação direta sobre a forma jurídica a ser adotada pela SPE ou, ainda, um regramento específico sobre sua dinâmica societária. Abre-se, com isso, a possibilidade de que a Sociedade de Propósito Específico venha a ser constituída sob qualquer um dos tipos societários

disponíveis no sistema legal brasileiro. É costumeiro, no entanto, que a SPE adote a forma de sociedade anônima, o que lhe permite abrir capital em bolsa, obtendo-se o autofinanciamento no mercado de capitais (alternativamente ao financiamento obtido junto ao mercado financeiro).

Para que uma sociedade seja considerada uma SPE é preciso que o objeto social seja precisamente determinado e individualizado, coincidente com o objeto mais abrangente da concessão. Além disso, a duração da SPE deve estar estritamente relacionada com a execução do objeto social (execução dos objetos inerentes à concessão ou PPP), uma vez que, exauridas as atividades sociais, a SPE deve se enca-

minhar para a dissolução.

Esta é uma diferença marcante da SPE com relação às demais sociedades. As empresas são geralmente constituídas para perpetuarem suas atividades no tempo - essa é a essência do pensamento empresarial. Já as SPEs tendem a se extinguir após a execução de seu objeto social.

{10.3 CAPITAL SOCIAL MÍNIMO E INTEGRALIZAÇÃO

É raro encontrar na legislação empresarial a determinação de capital mínimo para as sociedades empresariais, havendo apenas a indicação de que o capital social deve ser condizente com a atividade a ser executada. No entanto, é costumeiro - e perfeitamente viável - que editais de licitação para concessão e PPP exijam que as SPEs adquiram um certo

capital social mínimo. É comum também que o ato convocatório da licitação discipline a sistemática de integralização do capital até atingir-se certo patamar. Exigências e condicionamentos desta ordem estão relacionados com a suficiência de capacidade econômico-financeira da SPE para a execução da concessão ou da PPP.

{10.4 ALTERAÇÃO DE CONTROLE NA SPE

O controle da SPE será exercido pela empresa (ou pelas empresas constituintes do consórcio) vencedora da licitação, sendo que, como regra, qualquer alteração no seu controle societário deve ser anuída pela Administração Pública. Essa limitação para a alteração de controle decorre das peculiaridades do

regime de direito público que orienta a execução das concessões e das PPPs. Precisamente porque as empresas controladoras e constituintes da SPE foram aquelas que venceram a disputa da licitação é que a sua substituição deve garantir que o novo controlador atenda às condições da habilitação da

licitação. Do contrário, estaria aberta a porta para frustrar os objetivos da licitação mediante a livre substituição das empresas constituintes da SPE. Afinal, a SPE é o resultado de um processo de seleção feito por meio de licitação, de modo que os participantes tiveram de demonstrar o atendimento aos diversos critérios estipulados pela Administração. Logo, uma alteração do controle da SPE deve passar pela verificação da equivalência técnica, jurídica e econômico-financeira do sócio ingressante. Por isso, para a alteração de controle da SPE, não

basta o atendimento ao regime societário específico, mas é necessário verificar-se o atendimento aos requisitos de habilitação da licitação que gerou a contratação da concessão ou da PPP. A transferência de ações tem um trato relativamente livre nas sociedades anônimas, mas a questão passa a ser mais rigorosamente tratada pelo regime da PPP, na medida em que qualquer alteração no controle acionário da SPE requer anuência prévia da Administração Pública (semelhante ao que ocorre nas transferências de cotas sociais nas sociedades limitadas).

{10.5 STEP IN RIGHT

A legislação das concessões e das PPPs acolheu o chamado *step in right*. Trata-se da possibilidade da instituição financiadora do projeto assumir o controle (ou a administração temporária) da SPE na hipótese de inadimplemento das obrigações derivadas do financiamento. Isto é: num cenário de inadimplemento do concessionário em relação às obrigações de financiamento que foram contraídas por ele junto à instituição financeira, essa poderá assumir o controle da SPE, com vistas à sua reestruturação financeira. O *step in right* funciona como um mecanismo para acautelar o financiador em relação a esses riscos, assegurando-se a continuidade da SPE e da execução da concessão. O tema foi tratado atrás no item 8.4.

O *step in right* cumpre dois papéis relevantes. Por

um lado, reforça as garantias dos agentes financeiros do projeto de concessão ou PPP, desonerando o custo do financiamento. Minimizar o risco do financiador concorre para a redução dos custos de financiamento, reduzindo os custos de transação no contrato de concessão ou PPP. Logo, e já por isso, é desejável que os contratos de concessão e PPP prevejam o *step in right*, especificando todos os pressupostos e condições para que ele possa ser exercitado pelo agente financiador.

Por outro lado, o *step in right* é apto também a assegurar a continuidade da concessão ou da PPP. Trata-se de uma via para permitir a reestruturação da SPE encarregada da concessão, com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Por isso também o *step in right* acaba transcen-

dendo o interesse do financiador, funcionando como uma garantia para a própria Administração Pública.

Para o exercício do *step in*, a legislação exige que os financiadores ingressantes no controle da SPE atendam os requisitos de regularidade jurídica e fiscal exigidas na licitação, podendo o poder concedente dispensar ou modificar as exigências de qualificação técnica ou de qualificação econômico-financeira. Faz muito sentido a dispensa do atendimento a esses requisitos e condicionantes, uma vez que o *step in right* não significa uma transferência ordinária da concessão por conveniência da concessionária, mas, sim, uma hipótese de cessão de controle – ou da administração temporária - a uma instituição ou empresa que detém a condição de financiadora do projeto. Prende-se com a reestruturação da concessão e da PPP e, neste sentido, tem relevância para o interesse coletivo e da Administração Pública. Além disso, é válido notar que a assunção de controle da SPE será temporária e provisória, destinada apenas a possibilitar a reestruturação financeira da concessão. Isso porque os agentes financiadores não serão, como regra, entidades especializadas na operação de uma concessão ou PPP. A assunção de controle ou da administração temporária, por isso, será sempre excepcional. Em razão disso, é conveniente que os contratos de concessão e de PPP prevejam o *step out*, ou seja: os procedimentos e condições para que o controlador provisório seja sucedido por um operador especializado. O *step out* significará uma nova transferência do controle a um operador especializado, este sim dotado de todas as condições de habilitação para

gerir a concessão por todo o seu prazo remanescente.

Note-se que a legislação não trouxe de modo mais específico os procedimentos, pressupostos e condicionamentos para o exercício do *step in* ou do *step out*. Essa disciplina ficará à conta do contrato de concessão ou de PPP. É muito importante, no entanto, que todos estes condicionamentos estejam detalhadamente descritos no plano do contrato, evitando-se omissões e obscuridades com relação a isso, pois se trata de tema com forte impacto nos custos financeiros da concessão ou da PPP. Novamente se ressalva que garantias como essa concorrem para reduzir o custo de financiamento, gerando-se benefícios para a Administração Pública e para os usuários do serviço.

Será necessário, como já se disse, que a administração pública formalize sua anuência para o exercício desse direito pelo agente financiador. Mas isso não significa que a possibilidade do *step in* esteja condicionada a uma análise discricionária do administrador. As condições e os pressupostos para o exercício desse direito estarão descritos no contrato de concessão ou de PPP, sendo que a autorização e a anuência da Administração dependerão do atendimento àqueles requisitos. Diz-se que a competência administrativa, neste caso, é de natureza vinculada e não discricionária. Isto é: desde que presentes as condições e os pressupostos, não cabe à Administração recusar-se a anuir ou autorizar o exercício da assunção de controle pelo agente financiador.



▶ 11. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

{11.1 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES E PPPS

A legislação nacional autorizou a previsão de modo amigável para solução de divergências contratuais tanto para a concessão como para a PPP, o que remete ao tema da mediação e da arbitragem.

Quando prevista no contrato de concessão ou PPP, a mediação tem sido utilizada como forma de solução de controvérsias pontuais associada a temas específicos, geralmente realizada por meio de perito ou de comissão técnica indicada no contrato. É comum que muitas definições futuras alusivas à execução ou extinção da concessão dependam de decisões consensuais previstas no contrato. Para hipóteses assim, eventual impasse poderá ser superado por meio da mediação, estabelecida em contrato como um mecanismo para superar divergências e permitir que tais definições sejam estabelecidas sem que a controvérsia se estenda para outros foros. Relativamente à posição do poder concedente, será viável a adoção da mediação para a parcela de direitos e obrigações que se insiram no âmbito da disponibilidade de interesses, tal como se passa em relação à arbitragem. Diversamente da arbitragem, no entanto, a decisão de um mediador não substitui a decisão judicial, podendo ser discutida posteriormente em juízo.

A Lei 8.987/95 admitiu também a arbitragem como método para solucionar conflitos derivados da execução da concessão entre concessionário e

poder concedente. Os benefícios da arbitragem comparativamente ao modo convencional de resolução de litígios perante o Poder Judiciário são muitos. A sua maior vantagem reside em dotar de maior celeridade e efetividade o processo, gerando, conseqüentemente, economias importantes para as partes – inclusive, para o poder concedente e para os usuários do serviço público. A especialização dos árbitros é outro aspecto que poderá concorrer para imprimir maior qualidade ao julgamento.

Além disso, a presença de cláusula arbitral nas minutas de contratos de concessão é apta a reduzir os custos de transação ao processo de contratação da concessão, promovendo a desoneração das ofertas que são manifestadas nos processos de licitação.

Logo, é desejável que a arbitragem figure como modo de resolução de conflitos nas minutas de contratos de concessão e PPP. Contudo, ainda há muita resistência pelas Administrações à adoção da arbitragem. O principal óbice jurídico que vem sendo afirmado é a inviabilidade na utilização da hipótese para a discussão de questões ou direitos indisponíveis (em face da restrição estabelecida na própria legislação de arbitragem). E ela torna-se ainda mais eventual ante um alargamento da noção de indisponibilidade que comumente é operada para o exame do problema.

Lembre-se que a concessão é um contrato que se poderia dizer híbrido. Envolve aspectos estatutários ou regulamentares e outros de índole tipicamente contratual. A partir desse contraponto, seria possível afirmar que todas as questões que versam sobre os aspectos contratuais da concessão serão perfeitamente passíveis do compromisso arbitral; diversamente, os temas atinentes à parcela regulamentar ou estatutária teriam de ser controvertidos na esfera do Poder Judiciário.

Na tentativa de melhor delimitar essa divisão temática, seria possível afirmar que a arbitragem será perfeitamente possível e viável para resolver litígios que versem sobre: (i) questões fáticas; (ii) questões de índole técnica, inclusive aquelas que sejam passíveis de avaliação por peritos; (iii) questões derivadas do conteúdo do contrato de concessão que não versem sobre direitos indisponíveis; (iv) controvérsias acerca da matriz de riscos estabelecida em contrato; (v) questões associadas ao atendimento pelo concessionário dos níveis de serviços definidos em contrato; (vi) restabelecimento da equação econômico-financeira da concessão; (vii) cláusulas econômico-financeira do contrato de concessão; (viii) indenizações devidas ao concessionário ou ao poder concedente; (ix) questões associadas à extinção da concessão, especialmente aquelas atinentes à rescisão consensual, excetuadas outras relacionadas com prerrogativas estatais.

Não será viável, por outro lado, submeter à arbitragem discussões acerca do exercício de prerrogativas administrativas, como a intervenção, a encam-

pação e a caducidade, assim como as manifestações administrativas de fiscalização e de alteração no conteúdo da concessão. Bem assim, questões associadas à nulidade da concessão (ou da licitação que lhe deu origem) também não serão passíveis de serem controvertidas pela via da arbitragem.

É claro que essa delimitação temática não é suficiente para orientar, em todos os casos, a definição do cabimento da arbitragem. Afinal, essa definição dependerá dos limites temáticos que caracterizam o litígio no caso concreto. Assim, e por exemplo, a controvérsia sobre a avaliação e a valoração que o poder concedente faz de certo fato (falta do concessionário) com vistas a decretar a intervenção ou a caducidade na concessão não se afigura suscetível de ser julgada por arbitragem. Mas se a discussão versar sobre o desatendimento pelo concessionário de padrões mínimos de serviço estabelecidos no contrato de concessão, como causa referida pelo poder concedente para a decretação da intervenção ou da caducidade, será perfeitamente suscetível ao tribunal arbitral. Afinal, a controvérsia sobre fatos ou avaliações de índole técnica envolvendo conduta do concessionário não é avessa à arbitragem, inclusive pelo não envolvimento de direitos indisponíveis.

Seja como for, o importante é que a cultura da arbitragem seja de uma vez por todas incorporada na experiência brasileira com contratos administrativos. Em tempos de busca por maior eficiência, a substituição do Poder Judiciário pelo Tribunal Arbitral será um importante avanço.

FIGURA 11 - PRINCIPAIS LEIS ESTADUAIS DE PPP*

AMAZONAS

Lei 3.322, de 22 de dezembro de 2008. Cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado do Amazonas, e estabelece outras providências. ("Unidade Gestora do Programa Estadual de Parcerias Publico Privadas").

Lei 3.363, de dezembro de 2008. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, e dá outras providências.

Lei 3.716, de fevereiro de 2012. Altera, na forma que especifica a Lei nº 3322, de 22 de dezembro de 2008, que "cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado do Amazonas, e estabelece outras providências". ("Unidade Gestora do Programa Estadual de Parcerias Publico Privadas").

Lei 3.879, de maio de 2013. Altera, na forma que especifica a Lei nº 3322, de 22 de dezembro de 2008, que "cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado do Amazonas, e estabelece outras providências". ("Unidade Gestora do Programa Estadual de Parcerias Publico Privadas").

Decreto 659, de maio de 2012. Aprova os nomes indicados para comporem o Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado do Amazonas. ("Unidade Gestora do Programa Estadual de Parcerias Publico Privadas").

Decreto 31756, de 11 de novembro de 2011 – Dispõe sobre a aprovação do Regulamento do Conselho Gestor e da Unidade Gestora do programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado do Amazonas. ("Unidade Gestora do Programa Estadual de Parcerias Publico Privadas").

Lei 3902, de 17 de julho de 2013 - Altera dispositivos da Lei nº 3.322, de 22 de dezembro de 2008, e autoriza a transferência de parcela dos recursos financeiros oriundos do fundo de participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) ao Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado do Amazonas.

BAHIA

Lei nº 12.604, de 14 de Dezembro de 2012

Lei nº 12.610, de 27 de Dezembro de 2012 - Autoriza o Poder Executivo a criar o Fundo Garantidor Baiano de Parcerias – FGBP.

Decreto Nº 12.653 de 28/02/2011 - Regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada ou administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.

Decreto nº 9.322, de 31 de janeiro de 2005 - Dispõe sobre a alocação, em depósitos especiais, remunerados, de recursos das disponibilidades financeiras do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT.

Lei Nº 11.477 de 01 de julho de 2009 - Autoriza a transferência de parcela dos recursos financeiros oriundos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), destinados ao Estado da Bahia, à DESENBÁHIA - Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A., para fins de adimplemento das obrigações contraídas pelo Estado da Bahia e entidades da sua administração indireta em contratos de parceria público-privada, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei Estadual nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, e dá outras providências.

Decreto Nº 11.724 de 22 de setembro de 2009

Lei Nº 11.620 de 14 de dezembro de 2009

Portaria SEFAZ Nº 139 de 26 de Maio de 2010 - Define regras para o pagamento das obrigações contraídas pelo Estado da Bahia e suas entidades da Administração Indireta em contratos de Parceria Público-Privadas, nos termos da Lei Estadual nº 11.477, de 01 de julho de 2009.

ESPÍRITO SANTO

Decreto 3.304, de 09 de maio de 2013. Aprova a Resolução 04 do CGP-ES.

Decreto 3.138, de 26 de outubro de 2012. Altera o Decreto 2889/2011.

Decreto 2.889, de 01 de novembro de 2011. Institui o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Decreto 307-S, de 02 de fevereiro de 2001. Altera membro do CGP ES.

Decreto 029-S, de 27 de dezembro de 2010. Dispõe sobre o Regimento Interno da Unidade PPP-ES.

Decreto 868-S, de 26 de agosto de 2009. Designa Presidente e membros do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências.

Lei Complementar 492, de 10 de agosto de 2009. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências.

PIAUI

Lei 5.494, de setembro de 2005. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Piauí – PPP Piauí e dá outras providências.

Lei 5.817, de dezembro de 2008. Altera a Lei 5.494, de 19.09.2005, que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Piauí.

PERNAMBUCO

Lei 12.765, de dezembro de 2005. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parceria Público-Privada, e dá outras providências.

Lei 12.976, de janeiro de 2005. Institui o Fundo Estadual Garantidor das Parcerias Público-Privadas, e dá outras providências.

Decreto 28.844, de janeiro de 2006. Instala o Comitê Gestor do Programa Estadual de Parceria Público-Privada- CGPE de que trata a Lei nº12.765, de 27 de janeiro de 2005, e dá outras providências.

Resolução Normativa RN/CGPE-001/2006, de fevereiro de 2006. Estabelece os procedimentos gerais para registro e aprovação de Estudos de Viabilidade e Projeto Básico para Empreendimentos de Parceria Público-Privada.

Instrução Normativa RN/CGPE-001/2006, de março de 2006. Estabelece conceitos, critérios, procedimentos e competências para a atuação Unidade Operacional de Coordenação de Parcerias Público-Privadas – Unidade PPP.

Decreto 29.348, de junho de 2006. Instala a Comissão Permanente de Licitação – CPL/PPP.

Lei 13.070, de julho de 2006. Inclui os projetos prioritários do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas no PPA.

Lei 12.994, de março de 2006. Introduce alteração na Lei nº12.976, de 28 de dezembro de 2005, e dá outras providências.

Lei 13.282, de agosto de 2007. Altera dispositivos da Lei nº12.765, de 27 de janeiro de 2005, e alteração, e da Lei nº12.976, de 28 de dezembro de 2005, e alteração.

Lei 13.954, de dezembro de 2009. Altera a Lei Estadual nº 12.765, de 28 de janeiro de 2005.

Lei 14.339, de junho de 2011. Modifica a Lei nº12.765, de 27 de janeiro de 2005, e alterações, que dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, e a Lei nº 12.976, de 28 de dezembro de 2005, e alterações, que institui o Fundo Estadual Garantidor das Parcerias Público-Privadas, e dá outras providências.

Lei 14.819, de novembro de 2012. Altera dispositivos da Lei nº12.976, de 28 de dezembro de 2005, que institui o Fundo Estadual Garantidor das Parcerias Público-Privadas – FGPE.

RIO GRANDE DO SUL

Lei 12.234, de janeiro de 2005. Dispõe sobre as normas para licitação e contratação de parcerias publico-privadas, institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul – PPP/RS e dá outras providências.

Resolução 02, de abril de 2013. Estabelece os procedimentos para Manifestação de Interesse, por particulares, na apresentação de anteprojeto e estudos de viabilidade referentes a projetos no âmbito do Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul.

Resolução 01, de setembro de 2008. Estabelece procedimentos gerais para registro, seleção e aprovação de projeto básico e estudos de viabilidade de empreendimentos, visando à sua potencial inclusão no programa de parcerias público-privadas no Estado do Rio Grande do Sul.

RIO DE JANEIRO

Lei 5.068, de julho de 2007. Institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas- PROPAR.

Lei 6.089, de novembro de 2011. Cria o Fundo Fluminense de Parcerias (FFP), altera dispositivos da lei nº5.5068, de 10 de julho de 2007, que institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, e dá outras providências.

Decreto 43.263, de outubro de 2011. Regulamenta o Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas – CG, previsto do art. 6º § 5º, da Lei nº5.068, de julho de 2007, e dá outras providências.

Decreto 43.277, de novembro de 2011. Regulamenta o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos apresentados pela iniciativa privada para inclusão no programa estadual de parcerias público-privadas –PROPAR, e dá outras providências.

RONDÔNIA

Lei 609, de fevereiro de 2001. Institui no âmbito do Estado de Rondônia o Programa de Parcerias Público-Privadas.

CEARÁ

Lei 14.391, de 07 de julho de 2009. Institui normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas, no âmbito da administração pública do Estado do Ceará, e dá outras providências.

Decreto 29.801, de 10 de julho de 2009. Dispõe sobre o Conselho Gestor de Parcerias Público Privadas.

Decreto 30.328, de 27 de setembro de 2010. Institui o Procedimento de Manifestação de Interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão.

Decreto 30.366, de 23 de novembro de 2010. Altera a composição do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas - CGPPP e do Grupo Técnico de Parcerias-GTP.

Portaria nº529/2011

Portaria nº 952/2012

Decreto 30.646, de 14 de setembro de 2011. Altera o decreto nº 30328 de 27 de setembro de 2010 que institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa.

Lei 15.277, de 28 de dezembro de 2012. Autoriza o Poder Executivo a realizar aportes de recursos em favor do parceiro privado nos contratos de parcerias público-privadas no âmbito do Estado do Ceará.

DISTRITO FEDERAL

Lei Distrital 3792

Lei Distrital 4828

GOIÁS

Lei 14.910, de 11 de agosto de 2004. Dispõe sobre a instituição do Programa de Parcerias Público-Privadas, da constituição da Companhia de Investimentos e Parcerias do Estado de Goiás e dá outras providências.

Decreto 7.365, de 09 de junho de 2011. Dispõe sobre a instituição de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI – destinado a orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão no âmbito da administração pública direta e indireta do Poder Executivo.

MINAS GERAIS

Decreto 46.100, de 10/12/2012. Dispõe sobre a carteira de programas estruturadores do Governo do Estado, institui as funções de gerente de programa, gerente de projeto e gerente de processo e designa agentes públicos para o exercício das respectivas funções.

Decreto 46.001, de 04/07/2012. Aprova o plano estadual de parcerias público-privadas, para os anos de 2011 e 2012, com as alterações introduzidas pela deliberação nº 1/2012 do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas.

Decreto 44.565, de 03/07/2007. Institui o procedimento de Manifestação de Interesse em Projeto de Parcerias Público-Privadas, nas modalidades patrocinadas e administrativas, e em projetos de concessão comum e permissão.

Lei 14.868, de 16/12/2003. Dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas.

Lei 14.869, de 16/12/2003. Cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais.

Decreto 43.702, de 16/12/2003. Instala o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGPPP e dá outras providências.

PARAÍBA

Lei 8.684, de 07 de novembro de 2008. Institui o programa de parceria público-privada, dispendo sobre normas específicas para licitação e contratação, no âmbito do Estado da Paraíba, e dá outras providências.

Lei 9.759, de 08 de junho de 2012. Altera dispositivos da Lei 8.684, de 07 de novembro de 2008.

PARANÁ

Decreto n. 5.272, de 16 de julho de 2012. Regulamenta a Lei Estadual nº 17.046, de 11 de janeiro de 2012 e dá outras providências.

Decreto n. 1.997, de 13 de julho de 2011. Institui o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas no âmbito da Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral.

Decreto n. 5.272, de 16 de julho de 2012. Regulamenta a Lei Estadual nº 17.046, de 11 de janeiro de 2012 e dá outras providências.

Decreto n. 6.823, de 21 de dezembro de 2013. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e nas concessões de serviço público, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Estadual.

Decreto n.12.283, de 29 de setembro de 2014. Regulamenta o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas do Paraná – FGP/PR, autorizado pelo art. 25 da Lei Estadual nº 17.046, de 11 de janeiro de 2012, e dá outras providências.

Decreto n. 1.575, de 01 de junho 2015. Regulamenta o artigo 6º da Lei Estadual nº 17.046, de 11 de janeiro de 2012 e dá outras providências.

Lei n. 17.046, de 11 de janeiro de 2012. Dispõe sobre normas para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas do Paraná (Paraná Parcerias).

Lei n. 18.376 de 15 de dezembro de 2014. Alteração da Lei nº 17.046, de 11 de janeiro de 2012, que dispõe sobre normas para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas do Paraná (Paraná Parcerias), e revogação da Lei nº 17.904, de 2 de janeiro de 2014.

TOCANTINS

Lei 2.231, de dezembro de 2009. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Tocantins – PPP e adota outras providências.

Lei 2.588, de maio de 2012. Altera a Lei n.2.231, de 3 de dezembro de 2009, que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Tocantins – PPP-Tocantins.

SANTA CATARINA

Lei 12.930, de fevereiro de 2004. Institui o marco regulatório dos programas de parcerias público-privadas do âmbito do Estado de Santa Catarina, entre outras providências.

Lei 1.932, de junho de 2004. Regulamenta a Lei nº12.930, de 04.02.2004, que institui o marco regulatório dos programas de parcerias público-privadas no âmbito do Estado de Santa Catarina.

Lei 13.335, de fevereiro de 2005. Autoriza o Poder Executivo a constituir empresa para projetos de parcerias Público-Privadas e de concessões.

Lei 13.342, de março de 2005. Dispõe sobre o Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense – PRODEC e do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Catarinense – FADESC.

Decreto 962, de maio de 2012. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação d Interesse da Iniciativa Privada e estabelece outras providências.

SÃO PAULO

Lei 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas.

Decreto 48.867, de agosto de 2004. Regulamenta o Programa de Parceria Público-Privadas.

Decreto 50.826, de maio de 2006. Medidas relativas à alienação dos imóveis mencionados na Lei 11.688.

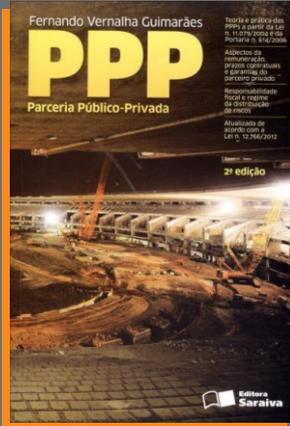
Decreto 51.126, de setembro de 2006. Medidas relativas à alienação dos imóveis mencionados na Lei 11.668.

Decreto 52.152, de setembro de 2007. Comissão de Acompanhamento de Contratos de Parcerias Público-Privadas.

Decreto 57.289, de agosto de 2011. Detalha o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias Público-Privadas.

Decreto n. 61.371, de 21 de julho de 2015. Institui procedimento alusivo à apresentação, à análise e ao aproveitamento de estudos, encaminhados pela iniciativa privada ou por órgão ou entidade da Administração Pública estadual, e dá providências correlatas.

▶ RECOMENDAÇÃO PARA LEITURA DE APROFUNDAMENTO

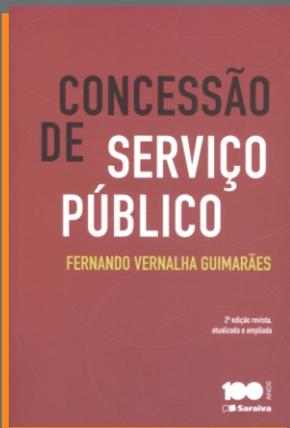


PPP Parceria Público-Privada 2ª Edição

São Paulo, Saraiva, 2013 | Autor: Fernando Vernalha Guimarães

Onde adquirir?

www.saraiva.com.br ou em qualquer livraria jurídica do país

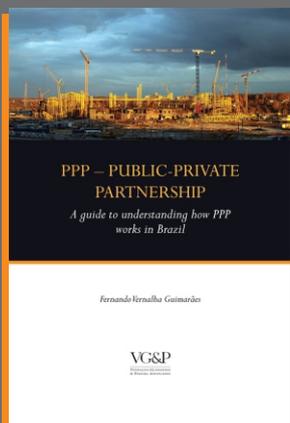


Concessão de serviço público 2ª Edição

São Paulo, Saraiva, 2014 | Autor: Fernando Vernalha Guimarães

Onde adquirir?

www.saraiva.com.br ou em qualquer livraria jurídica do país



PPP – A guide to understanding how PPP works in Brazil

Autor: Fernando Vernalha Guimarães

Onde adquirir?

www.vgpadvogados.com.br/livros - versão online e gratuita

CORREALIZAÇÃO



REALIZAÇÃO



APOIO



CONHEÇA OUTRAS PUBLICAÇÕES CBIC

Acesse o site da CBIC (www.cbic.org.br/publicacoes) e baixe os livros gratuitamente.

INFRAESTRUTURA (OBRAS PÚBLICAS E CONCESSÕES)



PPPs e Concessões - Propostas para Ampliar a Participação de Empresas (2ª Edição)
Ano: 2016



PPPs e Concessões - Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios
Ano: 2016



PPPs e Concessões - Propostas para Ampliar a Aplicação em Estados e Municípios
Ano: 2016



PPPs e Concessões - Guia para Organização de Empresas em Consórcios
Ano: 2016



PAC - Radiografia dos Resultados 2007 a 2015
Ano: 2016



PAC - Avaliação do Potencial de Impacto Econômico
Ano: 2016



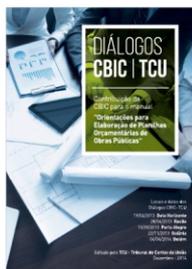
Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs - Volumes I e II
Ano: 2015/2016



Um Debate Sobre Financiamento de Longo Prazo para Infraestrutura: Desafios e Perspectivas
Ano: 2016



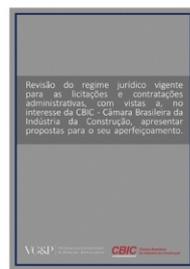
Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia
Ano: 2015



Diálogos CBIC | TCU Contribuição da CBIC para o Manual "Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas"
Ano: 2014



Report International Meeting Infrastructure and PPPs
Ano: 2015



Propostas para Reforma da Lei de Licitações
Ano: 2015

RESPONSABILIDADE SOCIAL E EMPRESARIAL



Guia de Ética e Compliance para Instituições e Empresas do Setor da Construção
Ano: 2016



Código de Conduta Concorrencial
Ano: 2016



Plataforma Liderança Sustentável
Ano: 2016
cbic.org.br/liderancasustentavel

MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE



Manual de Implantação do Conselho de Desenvolvimento da Cidade
Ano: 2014



Guia de Compra Responsável na Construção
Ano: 2015

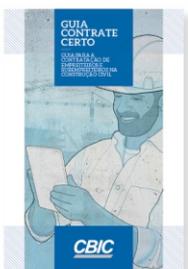


Mapeamento de Incentivos Econômicos para construção Sustentável
Ano: 2015



Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental
Ano: 2015

RELAÇÕES TRABALHISTAS



Guia Contrate Certo - Guia para a Contratação de Empreiteiros e Subempreiteiros na Construção Civil
Ano: 2014



Guia Orientativo de Áreas de Vivência
Ano: 2015



Guia Orientativo de Segurança
Ano: 2015



Guia Orientativo de Incentivo à Formalidade
Ano: 2016

TECNOLOGIA E INOVAÇÃO



Coletânea Implementação do BIM - Volumes I a V
Ano: 2016



Guia Orientativo para Atendimento à Norma NBR 15.575/2013
Ano: 2013



Boas Práticas para Entrega do Empreendimento Desde a sua Concepção
Ano: 2016



Catálogo de Inovação na Construção Civil
Ano: 2016



Catálogo de Normas Técnicas Edificações
Ano: 2016



Análise dos Critérios de Atendimento à Norma de Desempenho ABNT NBR 15.575
Ano: 2016



Guia Nacional para a Elaboração do Manual de Uso, Operação e Manutenção das Edificações
Ano: 2014

MERCADO IMOBILIÁRIO



Perenidade dos Programas Habitacionais - PMCMV: Sua Importância e Impactos de uma Eventual Descontinuidade
Ano: 2016



Melhorias no Sistema de Crédito Imobiliário - O Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo e o Crédito Habitacional
Ano: 2015



I Encontro Nacional sobre Licenciamentos na Construção
Ano: 2014



O Custo da Burocracia no Imóvel
Ano: 2014



correalização



realização

