



**UniCEUB – Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Mestrado em Direito**

ISAMARA SEABRA

**O FINANCIAMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS NO BRASIL**

BRASÍLIA - DF

2012

ISAMARA SEABRA

**O FINANCIAMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito
obrigatório para a obtenção do grau de Mestre
em Direito do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz.

BRASÍLIA -DF

2012

SEABRA, Isamara.

O financiamento das parcerias público-privadas no Brasil. Brasília: o autor, 2012.
185 f.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz.

Introdução; 1. Antecedentes das Parcerias Público-Privadas; 2. O financiamento das Parcerias Público-Privadas: uma análise jurídico-econômica; 3. O financiamento das Parcerias Público-Privadas no Brasil: fontes de recursos e operações; Considerações Finais.

ISAMARA SEABRA

**O FINANCIAMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito
obrigatório para a obtenção do grau de Mestre
em Direito do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz

Brasília-DF, de de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz
Orientador

Prof. Dr^a Neide Teresinha Malard
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Membro Externo

AGRADECIMENTO

À minha família, pelo carinho, apoio e principalmente pela compreensão na minha constante ausência durante a elaboração deste trabalho.

Ao Fernando, pelo apoio sempre incondicional e contribuição inestimável no desenvolvimento da pesquisa.

RESUMO

SEABRA, Isamara. **O financiamento das parcerias público-privadas no Brasil**. Mestrado em Direito e Políticas Públicas. Brasília: UniCEUB, 2012.

As parcerias público-privadas (PPPs) foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro em 2004, pela Lei 11.079/04, objetivando suplementar os recursos escassos, aumentar a eficiência governamental na realização de obras e serviços públicos e aproveitar a maior experiência do setor privado na condução de projetos de investimentos, sobretudo na infraestrutura. Porém, deve ser destacado que os projetos de parcerias demandam, em geral, elevados investimentos, fazendo com que seja necessária a obtenção de recursos para os projetos, pelo parceiro privado, através de financiamentos. O presente trabalho versa sobre a importância dos financiamentos para as parcerias público-privadas e os instrumentos criados pela Lei para dar maior segurança aos seus financiadores, além de destacar as principais fontes de crédito às parcerias no Brasil, dando atenção à atuação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Em suas conclusões, o trabalho mostra que, por diversas razões, as parcerias têm encontrado dificuldades na obtenção de recursos privados. As principais fontes internacionais de recursos para os grandes projetos brasileiros de investimento, Grupo do Banco Mundial e o BID, desde a primeira década deste século, em razão da crise econômica mundial, têm concentrado seus esforços e recursos no fornecimento, quase que exclusivo, de apoio institucional e técnico para a estruturação de projetos de PPP, e não em financiamentos. Por sua vez, as fontes internas de recursos privados para financiamentos no Brasil, como os bancos comerciais, fundos de pensão, fundos de investimento e o mercado de capitais, pouco têm contribuído para o financiamento aos projetos de PPP. A lacuna deixada por essas fontes tem sido preenchida por meio dos bancos públicos brasileiros, em especial os federais, sendo o BNDES o que possui a participação efetiva. Aliás, o Banco tem se destacado tanto no apoio à estruturação dos projetos de PPPs quanto no financiamento dessas. A utilização de recursos públicos para viabilizar os investimentos privados nas PPPs pode ser interpretada como uma contradição a um dos objetivos básicos do instrumento das parcerias público-privadas: suprir a escassez de recursos públicos para viabilizar obras da infraestrutura e serviços públicos. No entanto, essa observação deve ser analisada com cautela, considerando as características peculiares do mercado financeiro brasileiro e, em particular, as condições pelas quais o financiamento às PPPs é concedido: cobrança de juros, exigência de garantias e obrigações especiais. Além disso, a responsabilidade pelo pagamento dos financiamentos é privada, ou seja, o endividamento não é público. No Brasil, tradicionalmente, a ausência de investidores privados atuando na infraestrutura tem sido compensada pela ação direta do Estado por meio dos bancos públicos e seus financiamentos. O governo federal, por meio dos seus bancos públicos, realiza via crédito o fomento com o objetivo de promover o desenvolvimento.

Palavras-Chave: Estado regulador; parceria público-privada; financiamento; bancos públicos e BNDES

ABSTRACT

Public-private partnerships (PPPs) were first introduced in the Brazilian body of laws in 2004, with the law no. 11.079/04, with the objective of supplementing scarce resources, increasing governmental efficiency in executing public investments and using the private sector's experience in conducting investment projects, especially in infrastructure. Though, it is important to outline that partnership projects usually demand high investments, making the obtainance of funding through financing, by the private partner, necessary. This study analyses the importance of financing to the implementation of public-private partnerships and the instruments created by law for that purpose, by diminishing the risks for the financiers, and also outlines the main funding sources for PPPs, with special attention to the case of the Brazilian Economic and Social Development Bank (BNDES). In its conclusions, the work demonstrates that, for a number of reasons, the PPPs tend to find the financing of its projects rather difficult. Main multilateral funding sources of such infrastructure projects in Brazil, as IADB and World Bank, since the first decade of this century, have concentrated their efforts in supporting the projects with institutional and technical knowledge in structuring the projects, rather than in financing them. Internal sources of private funding, as commercial banks, pension funds, investment funds and the capital markets little have contributed for PPP projects. The gap in funding is being filled by Brazilian public banks, especially BNDES, which has excelled in both structuring and financing PPP projects. Using public resources to make private investments in PPPs viable may be viewed as a contradiction to the PPP's basic objectives – supplying the scarcity of public funds for infrastructures and public services projects. However, this assertion should be analyzed with caution, given the specificity of Brazilian capital markets and, especially, the conditions in which the credit for PPPs is given – with interest rates, collaterals and a number of other special obligations. More than that, the responsibility for the debt is entirely private, meaning that the funding is not public. In Brazil, the lack of private investors in infrastructure has been traditionally compensated by direct public investments, through governmental banks and loans. The federal government, using its public banks accomplishes, with credit, its goal of promoting development.

Key-Words: Regulatory State; public-private partnership; funding; State Banks; BNDES.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I:	17
ANTECEDENTES DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	17
Seção 1 – A mudança da atuação do Estado na economia: de interventor a regulador.....	17
1.1 Os paradigmas de atuação do Estado na economia.....	17
1.2 O modelo econômico do Estado interventor	20
1.3 A crise do Estado interventor no mundo e no Brasil.....	22
1.4 O Estado regulador no Brasil: as reformas administrativas, o Plano Real, a privatização e as agências de regulação	24
Seção 2- A nova forma de atuação da Administração Pública brasileira: a atuação regulatória	29
2.1 Características da atuação regulatória do Estado brasileiro	29
2.2 A utilização dos contratos na implementação de políticas públicas e suas características.....	30
Seção 3 – O conceito de parceria público-privada e a experiência internacional	32
3.1 O surgimento das parcerias público-privadas como reflexo do fenômeno da contratualização.....	32
3.2 O conceito de parceria público-privada e as diferentes modalidades de relacionamento do setor público com o privado	33
3.3 A experiência internacional das parcerias público-privadas	37
Seção 4 – Análise das parcerias público-privadas no sistema jurídico brasileiro	44
4.1 Antecedentes às parcerias público-privadas: as concessões	44
4.2 Principais aspectos do instituto das concessões	46
4.3 As parcerias público-privadas consubstanciadas na Lei 11.079/04	49
4.4 Fundamentos das parcerias público-privadas: conceitos e diretrizes da Lei 11.079/04.....	52
4.5 As modalidades de parcerias público-privadas: concessões administrativas e patrocinadas.....	63
CAPÍTULO II - O FINANCIAMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UMA ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA	71
Seção 1 – Aspectos gerais e importância.....	71
1.1 Tipos de financiamento a projetos de investimentos e sua importância para as parcerias público-privadas	72

1.2	O <i>project finance</i> e sua importância para os financiamentos das parcerias público-privadas.....	78
1.3	Repartição e mitigação dos riscos nas parcerias público-privadas e sua influência nos financiamentos aos projetos	79
1.4	A sociedade de propósito específico (SPE) nas parcerias público-privadas e sua importância para o financiamento da sociedade.....	83
	Seção 2 – Os principais instrumentos de proteção aos financiadores das parcerias público-privadas.....	88
2.1	O direito de assunção e transferência do controle da sociedade da parceria pelos financiadores (<i>step in rights</i>)	89
2.2	As garantias de pagamento da contraprestação da Administração Pública e o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas.....	94
2.3	Outros mecanismos de proteção aos financiadores das parcerias público-privadas.....	101
2.4	O instituto da arbitragem e sua importância para os financiamentos das parcerias público-privadas.....	102
	CAPÍTULO III - O FINANCIAMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL: RECURSOS E OPERAÇÕES.....	108
	Seção 1 – Instituições de crédito e as parcerias público-privadas no Brasil	108
1.1	O papel das agências multilaterais de crédito no financiamento das parcerias público-privadas.....	111
1.2	Fontes internas de financiamento às parcerias público-privadas no Brasil	118
	Seção 2- Uma avaliação dos financiamentos concedidos pelas instituições financeiras federais brasileiras às parcerias público-privadas	127
2.1	As parcerias público-privadas contratadas.....	128
2.2	O apoio do Banco do Nordeste – BNB às parcerias público-privadas...	130
2.3	A Caixa Econômica Federal e suas operações de financiamento às PPPs	131
2.4	O BNDES e o apoio às parcerias público-privadas	134
2.5	Uma avaliação da atuação das instituições financeiras federais e seus recursos no financiamento às PPPs.....	153
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
	REFERÊNCIAS	165

INTRODUÇÃO

No último século, o mundo experimentou diferentes formas de intervenção do Estado, na economia e na sociedade. O nível da intervenção sofreu fortes variações,¹ ficando marcado por ciclos, que ora apresentavam aprofundamento, ora redução da atividade interventora². Em especial, chama atenção na história recente do Brasil, a mudança de paradigma da atuação governamental na economia após os anos 1980, quando o Estado deixou de ser essencialmente intervencionista e passou a atuar por meio de um aparato regulatório.

As alterações na forma de atuar do Estado, presentes na história do mundo ocidental, repetiram-se na história brasileira. Aqui, dos anos 1930 ao final da década de 1980, predominou a atuação interventora do Estado nas atividades econômicas, inclusive na produção direta de bens e serviços, diferentemente da política governamental para a área social, que somente se tornou mais ativa a partir da Constituição de 1988.

Ao final dos anos 1980, o modelo de intervenção na economia e na sociedade, que havia contribuído para o crescimento desequilibrado do gasto público, levava ao descontrole o deficit fiscal e acelerara a inflação, dava indicações de seu esgotamento, principalmente a política de atuação empresarial do Estado, cujas empresas instaladas nos mais diversos segmentos da economia haviam perdido eficiência. Neste contexto de crise no setor público, os investimentos na infraestrutura se reduziram, criando gargalos estruturais em toda a economia, e tornando inevitáveis mudanças nas instituições e na política governamental de intervenção no domínio econômico.³

As mudanças no setor público, que começaram no início dos anos 1990, com o programa de privatização de empresas estatais, estenderam-se pelas décadas seguintes. E

¹ A História demonstra que no decorrer do tempo a sociedade muda sua visão de mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais, demandando do Estado mudanças no âmbito da sua intervenção na economia. SADDY, Andre. Fases evolutivas e cronologicamente distintas das formas de intervenção do Estado na economia. **Revista Fórum Administrativo de Direito Público**, ano 9, nº106, p.60-79, dezembro de 2009, Belo Horizonte, p. 62.

² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O Caráter Cíclico da Intervenção Estatal. **Revista de Economia Política**, vol. 9, nº 3, julho-setembro/1989, p. 115-130, p. 121.

³ Idem. Gestão do setor público: estratégia e estruturação para um novo Estado. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 23-25.

assim, aos poucos foram aparecendo as marcas da reforma contemporânea da Administração Pública brasileira, notadamente na forma de implementarem políticas públicas, com a diminuição da atuação governamental direta na economia e a adoção de um papel mais de regulador das atividades econômicas. Ao longo das reformas foram criados novos órgãos e instrumentos de ação do Estado, que passaram a atuar por meio de ações mais direcionadas para a gestão consensual e em parceria com a sociedade civil. Ou seja, na prática, o novo estilo de atuação do Estado pós 1990 significou a intensificação das relações do setor público com o setor privado e a utilização de novas formas contratuais para a implementação de políticas econômicas.⁴

O programa de privatização do Governo Federal dos anos 1990 deu impulso à política de concessões privadas de serviços públicos, consagradas posteriormente em 1995, no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 8.987, de 13.02.1995⁵. Em seguida, para regular os setores concedidos, foram criadas as agências de regulação, mostrando a nova forma de atuar do setor público nos diversos segmentos da infraestrutura.⁶

Posteriormente, em 2004, quase dez anos depois da aprovação da Lei das Concessões, a legislação das parcerias público-privadas objetivou complementar a política das concessões no Brasil, ao abrir as seguintes novas possibilidades à iniciativa privada para atuar na construção de equipamentos na infraestrutura e na prestação de serviços públicos:

- (1) a delegação de empreendimentos e serviços à iniciativa privada, que não tinham como serem viabilizados mediante remuneração exclusiva paga pelos usuários, e sem a necessidade de autorização legislativa⁷;
- (2) a prestação de serviços públicos, por particulares, por períodos maiores que cinco anos, através da realização de investimentos nos quais a Administração Pública fosse a principal usuária, direta ou indiretamente.⁸

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do estado na economia. **Revista de Direito Administrativo** nº 241, julho/setembro de 2005, pp.1-19, pp. 17-19.

⁵ BRASIL, Lei 8.987/95. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Publicada no DOU de 14.2.1995 e republicada no DOU de 28.9.1998.

⁶ MANTEGA, Guido. **O pensamento econômico brasileiro de 60 a 80 - anos rebeldes**. In LOUREIRO, Maria Rita (org.). 50 anos de Ciência Econômica no Brasil (1946-1996). Petrópolis: Vozes, 1997, p. 110-112.

⁷ Seja pela inexistência de demanda suficiente seja pela baixa capacidade contributiva dos usuários dos serviços. A Lei das Concessões, diferentemente da Lei das PPPs, exige autorização legislativa específica para haver contraprestação pública ao parceiro privado (art. 17 da Lei 8987/95).

⁸ A Lei de Licitações (Lei 8.666/93) que institui normas gerais para contratação de serviços e obras no âmbito da administração pública, proíbe a realização de contratos administrativos de serviços públicos por prazo superior a

Assim, ao atribuir, por meio de moderno instrumento maior importância à negociação no âmbito da Administração Pública e ao definir uma conduta mais paritária no relacionamento do setor público com a iniciativa privada⁹, a legislação das parcerias público-privadas (Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004)¹⁰ terminou influenciando a cultura do Direito Administrativo brasileiro.

Em termos concretos, as parcerias público-privadas surgiram como nova aliança entre o setor público e o privado, visando à realização de obras e prestação de serviços públicos na infraestrutura econômica e social do país. Para a Administração Pública, as parcerias foram planejadas para suplementar os recursos escassos e aumentar a eficiência governamental na realização de obras e serviços públicos, pelo aproveitamento dos capitais e da maior experiência do setor privado na condução de projetos de investimentos, sobretudo na infraestrutura.

Na prática, a implantação da nova política no país tem sido marcada pela forte dependência do mercado financeiro, seja porque os projetos das parcerias público-privadas demandam montantes elevados de recursos¹¹, seja porque são implantados por investidores sem capitais próprios suficientes para a realização dos investimentos. Este fato tem transformado os financiadores das PPPs no Brasil em peça-chave para a viabilização dos projetos, uma importância que faz deles a quarta parte da associação existente nas parcerias, que envolve além dos financiadores o parceiro público, o privado e os beneficiários do serviço público prestado.

No entanto, a falta de fontes privadas de recursos para os financiamentos de longo prazo na economia brasileira – período que combina com o retorno dos valores investidos nos empreendimentos da infraestrutura – tem levado o setor financeiro privado a ser pouco participante nos investimentos das PPPs. Assim, diferentemente das experiências em outros

5 anos (art.3º,§6º). Brasil, Lei 8.666/90. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Publicado no DOU de 22.6.1993 e republicado em 6.7.1994 e retificado em 6.7.1994.

⁹ Nesse mesmo sentido, Egon Bockman afirma que as políticas públicas e a atividade de administração pública possuem autonomia e ao mesmo tempo gozam de ampla falta de sincronia. Para ele, na tentativa de se amenizar o problema, a partir da década de 1990, foram editadas leis que permitissem a “contratualização” das políticas públicas. Trata-se da legislação sobre contratos de concessão de serviço público (Leis 8.987/1995 e 9.074/1995) e das parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004). MOREIRA, Egon Bockmann. **Governando por contratos**. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-governando-por-contratos>>. Acesso em 19 dez. 2011.

¹⁰ BRASIL, Lei 11.079/04. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Publicada no DOU de 31.12.2004.

¹¹ A Lei 11.079/04 dispõe que é vedada a celebração de parcerias público-privadas com valor inferior a vinte milhões de reais (art. 2º § 4º).

países, no Brasil, o financiamento às parcerias público-privadas tem apresentado a seguinte importante peculiaridade: o papel de financiador do parceiro privado tem sido desempenhado pelo Estado, a partir de recursos e bancos públicos, com destaque para o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social.

A utilização de recursos públicos para viabilizar os investimentos privados nas Parcerias Público-Privadas pode ser interpretada como uma contradição a um dos objetivos básicos do instrumento das PPPs: suprir a escassez de recursos públicos para viabilizar obras da infraestrutura e serviços públicos.

No entanto, esta observação deve ser analisada com cautela, tendo em conta as características peculiares do mercado financeiro brasileiro e, em particular, as condições pelas quais o financiamento às PPPs são concedidos: com cobrança de juros de mercado, exigência de garantias e obrigações contratuais especiais que estipulam metas financeiras a serem cumpridas pelos tomadores de crédito, ou seja, os financiamentos, apesar de realizados por bancos públicos são feitos sob bases privadas e não atingem a totalidade dos investimentos. Além disso, a responsabilidade pelo pagamento dos financiamentos é privada, isto é, o endividamento não é público.¹²

Esta dissertação busca entender esse contexto de modernização dos institutos tradicionais do Direito Administrativo brasileiro até chegar às parcerias público-privadas. De forma especial, o estudo tenta interpretar a preocupação do legislador ao incorporar à Lei das PPPs diversos aspectos do Direito Privado, relacionados à financiabilidade dos projetos, que parece ser o ponto fundamental para a viabilização dos empreendimentos das parcerias público-privadas no Brasil.

As medidas previstas na Lei 11.079/04, que visam assegurar os financiamentos aos projetos, para que as parcerias público-privadas sejam efetivamente implantadas, como a definição de um elenco de mecanismos jurídicos de proteção aos financiadores e de garantia aos concessionários privados para o recebimento das receitas previstas nos projetos, inclusive a contraprestação pública, são analisados ao longo deste trabalho.

¹² Os críticos das parcerias público-privadas no Brasil dizem que a atuação qualificada do BNDES no financiamento às parcerias transforma as PPPs em parcerias “público-público”. Ver detalhes desta questão no Capítulo III e em RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 441.

Da mesma forma, são analisados alguns conceitos novos, usados internacionalmente no financiamento de projetos, que foram introduzidos pela Lei das PPPs no campo do Direito Administrativo brasileiro, como os mecanismos de garantia da contraprestação devida pelo parceiro público às parcerias, que se estendem aos financiadores, o uso da técnica de financiamento de projetos denominada *project finance* e a regulamentação do direito de intervenção e transferência do controle da sociedade da parceria em dificuldades aos seus financiadores (o *step in rights*), conceitos que estão diretamente relacionados com a questão do financiamento às PPPs.

Se os mecanismos de garantia da contraprestação devida pelo parceiro público às parcerias têm em vista garantir ao parceiro privado o recebimento da contraprestação devida pelo parceiro público nas parcerias, a aplicação do financiamento de projetos na base do *project finance* permite trazer para as parcerias uma técnica especializada de financiamento e captação de recursos para projetos, cuja importância está em limitar a responsabilidade do tomador dos recursos e exigir clara definição e alocação dos riscos do empreendimento entre os diferentes participantes da parceria, facilitando a análise do financiamento.¹³

Por outro lado, o mecanismo para viabilizar a intervenção dos financiadores no projeto, permitindo a transferência do controle acionário da SPE inadimplente à instituição financiadora, tem a intenção de ser mais uma garantia da Lei aos financiamentos concedidos à empresa da parceria.¹⁴

Como acontece em qualquer projeto de investimento, os riscos também estão relacionados ao sucesso das parcerias público-privadas e, por consequência, ao interesse que elas possam despertar junto a investidores e financiadores. A Lei das parcerias tratou dessa questão criando alguns mecanismos destinados a amenizar riscos, como o jurídico, ao permitir o uso da arbitragem na solução de controvérsias entre os parceiros, o que também afeta diretamente o interesse dos financiadores dos empreendimentos.

Da mesma forma, a nova Lei, ao determinar que as parcerias sejam necessariamente organizadas para implantar e gerir o projeto na forma jurídica de uma sociedade de propósito

¹³ Ao determinar o compartilhamento desses riscos, a Lei das PPPs rompeu com a tradição brasileira em matéria de contratos administrativos, em que a repartição dos riscos era tratada de forma sumária e quase sempre fazendo-os recair integralmente sobre o concessionário privado. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project finance**: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 23-25.

¹⁴ A transferência do controle visa promover a reestruturação financeira da SPE da parceria e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. ENEI, José Virgílio Lopes. Op.cit., p. 27.

específico, que possui como único ativo o próprio empreendimento, a isola dos bens alheios à PPP como o de seus patrocinadores e empreendedores.

Apesar dos mecanismos de incentivo aos financiamentos previstos em Lei, o estudo mostra que, por diversas razões, os parceiros privados das PPPs contam com fontes limitadas de recursos. No país, os bancos privados não têm tido grande participação nos financiamentos aos projetos pelas seguintes características das parcerias público-privadas: investimentos de elevado valor, longo prazo de maturação dos projetos, retorno financeiro com muitos componentes de riscos, principalmente riscos políticos, dificuldade para a estruturação dos projetos e falta de garantias reais suficientes para cobrir o valor das operações de crédito. Além disso, esses bancos não possuem recursos suficientes com as características das demandas de financiamento dos projetos das parcerias, em termos de prazo de reembolso e taxas de juros.

Da mesma forma, outras instituições do mercado financeiro e de capitais ainda não oferecem o montante necessário dos recursos de longo prazo para os investimentos nas PPPs, mesmo após a estabilização da economia do país nos anos 1990 e mesmo que seus recursos sejam adequados para aplicação de longo prazo como são as demandas das parcerias.¹⁵

Por sua vez, as principais fontes internacionais de recursos para os grandes projetos de investimento, as agências multilaterais de crédito como o Grupo do Banco Mundial e o BID, que poderiam desempenhar papel relevante no financiamento ao parceiro privado das parcerias brasileiras, não realizam operações financeiras significativas aos empreendimentos de PPP. Desde a primeira década deste século, em razão da crise econômica mundial, essas agências internacionais têm concentrado seus esforços e recursos principalmente no fornecimento de apoio técnico para a estruturação de projetos de parcerias público-privadas nos países membros, e não para concessão de crédito ao parceiro privado.

Assim, nesse contexto de difícil viabilização do crédito de longo prazo no Brasil para a realização dos investimentos nas parcerias público-privadas, os bancos públicos e, em especial, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES - têm sido as instituições dispostas a correr os riscos que envolvem os projetos das PPPs, tendo em vista o

¹⁵ FARIA, Viviana Cardoso de Sá. **O papel do *project finance* no financiamento de projetos de energia elétrica: caso UHE Cana Brava**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Programa de pós-graduação de engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003, p. 67.

seu papel de importante formulador e executor de políticas públicas de desenvolvimento no país.

Na estruturação e implantação de projetos de parcerias público-privadas, os bancos públicos têm trabalhado por meio de parcerias com órgãos do governo e instituições financeiras privadas. Nessas parcerias, a colaboração do BNDES compreende desde a formulação de estudos de viabilidade e de cláusulas contratuais para os financiamentos até o acompanhamento da implantação final dos projetos.

Considerando este contexto de desenvolvimento da política pública das parcerias público-privadas no Brasil, o objetivo principal desta dissertação é o de mostrar a importância dos financiamentos e financiadores e a sistemática de atuação na viabilização das PPPs. Ou seja, o estudo aprofunda especificamente na questão das fontes de financiamento, descrevendo as características do crédito para as parcerias no Brasil.

Tendo em vista esse objetivo, algumas perguntas são abordadas ao longo deste estudo. Por exemplo, quais os problemas enfrentados no Brasil para apoiar financeiramente as parcerias público-privadas? Quais são os financiadores dispostos a correr os riscos de aportar recursos em projetos de PPPs no Brasil e quais são suas características e forma de atuar? Sem os bancos públicos, em especial o BNDES, haveria financiamentos aos projetos das parcerias público-privadas no Brasil? Seria legítimo ao BNDES financiar com subsídios o setor privado para prestar serviços públicos, como acontece atualmente? E realizar o papel de indutor de investimentos nos projetos de PPPs? Em suma, a presença e a importância dos financiamentos do BNDES e seus recursos públicos, viabilizando os projetos das parcerias público-privadas, contrariam as premissas básicas dessa política?

O estudo apoia-se numa perspectiva interdisciplinar de investigação, na integração das áreas econômica e jurídica. Aliás, essas características estão constantemente presentes na elaboração dos projetos das parcerias, como reflexo do conteúdo da Lei 11.079/04, conforme é mostrado ao longo deste trabalho. No entanto, o tratamento ao tema é realizado sob a ótica jurídica.

Em seu desenvolvimento, este estudo está dividido em introdução, conclusão e ademais de constar de três capítulos.

O primeiro trata dos antecedentes às parcerias público-privadas, abordando as mudanças da atuação do Estado na economia, de interventor a regulador/parceiro,

demonstrando como ocorreu a alteração de comportamento do Estado no Brasil, visando contextualizar historicamente o surgimento das PPPs. Na segunda parte do capítulo é discutida a nova forma de atuação da Administração Pública: a inserção do consenso nos seus atos, a busca de parcerias com o setor privado e a utilização de novos instrumentos contratuais. Aí é tratado o surgimento das PPPs como reflexo desse contexto, mostrando as origens do Instituto, os exemplos de programas mundiais relevantes de parcerias público-privadas e a dificuldade de se estabelecer um conceito único para as parcerias público-privadas. Ao final do primeiro capítulo, é examinado o conteúdo da Lei 11.079/04 e seus principais aspectos conceituais.

O segundo capítulo discorre sobre a necessidade e a importância do financiamento às parcerias público-privadas. Nesse sentido, foi necessário estudar os conceitos jurídicos e econômicos envolvidos nos projetos de PPPs que objetivam atrair financiamentos e financiadores.

O terceiro capítulo versa sobre as fontes de financiamento para as parcerias público-privadas no Brasil e os mecanismos de atuação das instituições financeiras nos investimentos já realizados nas parcerias. O estudo aborda também o papel dos bancos públicos federais no Brasil, em especial a importância do BNDES no financiamento aos projetos das PPPs. Aqui é examinada e questionada a missão da Instituição no financiamento da infraestrutura brasileira, buscando demonstrar o relevante papel do Banco na estruturação e financiamento das parcerias público-privadas, as consequências e as críticas a este papel.

Nas conclusões, são deixados alguns questionamentos relevantes em aberto, sobre a situação futura da política das parcerias público-privadas, em especial sobre o financiamento aos seus projetos.

CAPÍTULO I:

ANTECEDENTES DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Seção 1 – A mudança da atuação do Estado na economia: de interventor a regulador

1.1 Os paradigmas de atuação do Estado na economia

Nos últimos séculos, o mundo experimentou diferentes formas de atuação e intervenção do Estado na economia e na sociedade¹⁶, com períodos alternados de expansão e contração da força do Poder Público no domínio econômico. Em especial, chama atenção o paradigma de atuação governamental que teve início na década de 1930 e se estendeu quase até o fim do século XX, quando o Estado foi essencialmente interventor nas atividades econômicas. Após a década de 1970, a atuação da Administração Pública começou a passar por relevantes mudanças, a partir da implantação de novas instituições e do modo regulador de agir sobre atividades econômicas, até então desempenhadas por agentes majoritariamente públicos.

No Brasil, essa fase de intervenção na economia não foi muito diferente do que aconteceu no restante do mundo ocidental. No período de 1930 a 1990, o Estado brasileiro acumulou características fortemente intervencionistas. O domínio das ideias que demandavam mão forte do Poder Público, em muitos aspectos da sociedade, levou o Estado a se transformar inclusive em produtor direto de bens e serviços na economia.

No período intervencionista, aqui, como no resto do mundo, com o uso de recursos públicos, os governos conseguiram realizar muitas obras em diversos setores da infraestrutura, fazendo uso em muitos casos de empresas estatais.

O aprofundamento da atuação governamental nessa fase deixou consequências: levou ao crescimento desequilibrado do gasto público, gerou deficits fiscais descontrolados e, ao

¹⁶ A história demonstra que, no decorrer do tempo, a sociedade muda sua visão de mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais, demandando do Estado mudanças no âmbito da sua intervenção na economia. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, vol.9, nº 3, julho-setembro/1989, p. 115-130 e p. 12.

final, na década de 1980¹⁷, fez acelerar a inflação, deixando, patente seu esgotamento, indicando a necessidade de se buscar alternativas para a forma de atuar do Estado e a falta de recursos. Caso o Estado quisesse pretendesse viabilizar importantes investimentos na economia, um novo modelo se fazia necessário.

Assim, em diversos países, já nos anos 1970, tiveram início diversas reformas no setor público, que visavam criar um novo regime de atuação governamental na economia, mais baseado na participação do setor privado na produção de obras e serviços públicos e na regulação pelo Estado das atividades econômicas, ao invés da intervenção direta na economia, principalmente com a atividade empresarial.

Algumas características dos dois referenciais básicos da atuação do Estado brasileiro ao longo dos séculos XX e XXI, o interventor e o regulador, estão destacadas nos quadros a seguir. Neles, são apresentadas separadamente as principais diferenças nos planos cognitivo, normativo e operacional da forma de atuar do Estado, seguindo o modelo proposto por Pierre Muller.¹⁸

A abordagem se fundamenta nos planos expostos pelo autor, segundo os quais as políticas públicas devem ser analisadas como processos organizados em três níveis, assim dispostos: (1) cognitivo – refere-se ao plano das ideias vigentes em uma comunidade ou país; (2) normativo – compreendem as ações que refletem o plano das ideias; e (3) operacional – são os instrumentos utilizados pelo Estado, para por em prática as ações, que refletem o plano das ideias.¹⁹

Os dois referenciais teóricos apresentados não se sobrepõem exatamente à descrição das diferentes atuações do Estado no Brasil nos dois séculos, XX e XXI, pois, em cada uma das fases da intervenção governamental, não houve ruptura total com o regime da fase anterior, conforme descreveu Paulo Roberto Almeida²⁰. Para esse autor, a partir dos últimos anos da década de 1980, quando se convencionou marcar como o fim do modelo interventor,

¹⁷ A mudança do modelo de atuação do Estado começou mais cedo nos países da Europa e particularmente nos países de língua inglesa, na década de 1980. O Brasil está entre os países retardatários; aqui, o novo modelo de atuação governamental só teve início nos anos 1990. FRÓES, Fernando. **Infraestrutura: privatização, regulação e financiamento**. Belo Horizonte: Una, 1998, p. 34.

¹⁸ MULLER, Pierre. *L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique*. In: *Revue française de science politique*, 50^o année, n° 2, pp.191-193, pp.189-208, année 2000.

¹⁹ Por questão metodológica, este trabalho apenas adota as definições mais representativas dos dois principais referenciais teóricos: o Estado interventor e o regulador.

²⁰ ALMEIDA, Paulo Roberto de. A indiscutível leveza do neoliberalismo no Brasil: uma avaliação econômica e política da era neoliberal. *Revista Espaço Acadêmico*, ano I, n° 10 - março/2002. Disponível em: <www.espacoacademico.com.br>. Acesso em 27. Set. 2011.

o Brasil não adotou estritamente as concepções liberais anteriores ao período intervencionista. Na realidade, após os anos 1980, o Estado brasileiro, apesar de adotar um regime mais liberal, continuou a ostentar alguns vícios intervencionistas e dirigistas que o caracterizou desde o primeiro terço do século XX. Sendo assim, o país não se adéqua exatamente a nenhum modelo pré-fabricado de atuação governamental em políticas de desenvolvimento econômico e social, sendo impreciso afirmar que o Estado brasileiro adotou como atributo único, nas diferentes fases de sua história, a função reguladora ou a intervencionista.²¹

Os dois quadros apresentados a seguir valem para visualizar adequadamente as características representativas da atuação do Estado no Brasil nos dois regimes e dar uma ideia de como foram executadas as políticas públicas nas diferentes situações.

Quadro 1- O Estado Interventor

PLANO COGNITIVO	PLANO OPERACIONAL	PLANO NORMATIVO
O Estado tem como objetivo garantir o desenvolvimento, sendo provedor de bens e serviços e capaz de alocar os recursos necessários em qualquer área da economia. Estado empresário que atua através de suas empresas nos setores considerados importantes da economia. Estado garantidor de direitos sociais como forma de corrigir as distorções do capitalismo. Estado do bem estar social, agindo como agente da promoção social (protetor e defensor) e organizador da economia. Estado como responsável pelo pleno emprego, tendo como sustentação a despesa pública.	Criação de empresas públicas. Criação, concessão e fiscalização de direitos sociais. Aplicação de programas de direção econômica <i>a la</i> Keynes: despesa pública como instrumento de promoção do pleno emprego e a criação de impostos, ou seja, medidas econômicas de intervenção.	Decretos de criação de empresas públicas, como o BNDES, a Petrobrás, dentre outros. Planos de direção econômica, como os PNDs e o Plano Nacional de Desenvolvimento da Nova República (1986 – 1989, Lei 7.486/86).

Fontes: BERCOVICI, Gilberto. **O planejamento e a Constituição de 1988**, in *Constituição Econômica e Desenvolvimento*, São Paulo: Malheiros, 2005. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2002. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**, pp. 182-230. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Elaboração: a autora

²¹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parcerias público-privadas. Aspectos de direito público econômico (Lei 11.079/04)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 50.

Quadro 2 - O Estado Regulador

PLANO COGNITIVO	PLANO OPERACIONAL	PLANO NORMATIVO
Estado deixa de ser empresário, não executa diretamente atividades produtivas.	Medidas de reestruturação patrimonial do Estado.	Programa Nacional de Desestatização.
Estado busca eficiência e resultados na sua organização e atuação.	Medidas de reestruturação administrativa na busca de eficiência e foco nos resultados.	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.
Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica conduzida pelo setor privado.	Medidas de abertura do mercado.	Emenda Constitucional 19/98.
Estado com falta de recursos para realizar as obras necessárias da infraestrutura.	Criação de políticas setoriais para regulação de mercados, centralizadas na figura de agências setoriais.	Emendas Constitucionais de quebra de monopólios: nº 5 (gás), nº 8 (telefonía) e nº 9 (petróleo);
Estado que busca parcerias com o setor privado para realizar investimentos públicos e prestar serviços públicos.	Necessidade de atuar com o setor privado por meio de parcerias.	Leis de criação das agências reguladoras: ANEEL - Lei 9.427/96; ANATEL- lei nº 9.472/97; ANP - Lei 9.478/97, ANTT Lei 10.233/2009.
	Necessidade de atuar com parceiros privados, mesmo em projetos que não apresentem atividade privada; criação da política pública das parcerias público-privadas.	Lei de Concessões e permissões (Leis 8.987/90 e 9.074/95).
		- Criação da Parceria público-privada (Lei 11.079/04)

Fontes: BERCOVICI, Gilberto. **O planejamento e a Constituição de 1988**, in *Constituição Econômica e Desenvolvimento*, São Paulo: Malheiros, 2005. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2002. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**, pp. 182-230. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Elaboração: a autora

1.2 O modelo econômico do Estado interventor

Como comentado anteriormente, em quase todo mundo ocidental, a partir de 1930, o modelo de Estado interventor sucedeu ao do Estado liberal, predominante no século anterior²². No intervencionismo, a Administração Pública se apresentou com um papel central na gestão de recursos na economia, a partir da percepção da incapacidade do governo de obter respostas rápidas e apropriadas, à luz da doutrina liberal clássica, para as demandas econômicas e sociais desencadeadas por diversos acontecimentos específicos daqueles anos²³:

(1) o surgimento de disfunções nos mercados, resultado do fortalecimento da posição de

²² No Estado liberal, pregava-se a mais ampla liberdade individual, o direito inalienável à propriedade, a livre iniciativa e a concorrência e a liberdade contratual, como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e coletivos e gerar progresso social. Não havia lugar para a ação econômica do Estado, que deveria apenas garantir a livre concorrência entre as empresas e o direito à propriedade privada, quando esta fosse ameaçada por convulsões sociais, estabelecer uma adequada ordem jurídica e proteção contra a invasão dos outros Estados. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17 e FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Op.cit, p.160.

²³ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 12.

algumas empresas e da concentração industrial, ocorridas após o primeiro conflito mundial²⁴; (2) o aumento demográfico e a concentração da população nos grandes centros urbanos, provocados pelo desenvolvimento industrial, aparecimento de uma nova classe social e proletariado; (3) a eclosão das crises econômicas que se sucederam à 1ª Guerra Mundial, provocando diversos problemas sociais e econômicos no mundo ocidental, como o desemprego, a inflação e a carestia.²⁵

À época, segundo a visão dominante, esses problemas só seriam solucionados com a presença mais forte do Estado no campo econômico e pelo uso imediato de medidas dirigistas e intervencionistas na economia. Neste contexto, surgiram na maioria dos países as políticas econômicas baseadas no pensamento de Keynes que, através das despesas públicas, possibilitava, sem traumas, a conciliação de medidas e ações governamentais mais diretas na economia com a preservação da iniciativa privada.²⁶

Assim, entre os anos 1930 e 1980, as ideias de Keynes tiveram no centro das políticas econômicas, em quase todo o mundo, formando um contraponto aos princípios da economia liberal do fim do século XIX e início do XX²⁷. O pensamento Keynesiano não apenas se limitou a determinar a política econômica, mas também a abranger a escolha e a definição de técnicas e estratégias de planejamento macroeconômico, sempre atribuindo prioridade aos gastos do orçamento público como meio de impulsionar a atividade econômica e sair da depressão.²⁸

A influência das ideias de Keynes chegou ao Brasil ao final da década de 1940. Aqui, seu pensamento marcou a política de expansão da produção direta de bens e serviços na economia através das empresas públicas, que passaram a atuar de forma monopolista em

²⁴ As novas situações de monopólio resultaram da eliminação das empresas economicamente mais fracas e do super dimensionamento de alguns setores industriais, mobilizados para a produção de armamentos e de aprovisionamentos durante a 1ª Grande Guerra Mundial. VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, pp.11-13.

²⁵ VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op.cit., p. 12.

²⁶ O sistema de ideias de Keynes, denominado de “Keynesianismo”, defende a intervenção do Estado na vida econômica sem atingir totalmente a autonomia da empresa privada e prega dentre outras a adoção de políticas destinadas a solucionar o desemprego pela intervenção estatal, com a diminuição das taxas de juros e o aumento do investimento público. O objetivo das políticas à *la Keynes* era claro: diminuir os efeitos recessivos da crise mundial, estabilizar os preços e estimular as economias, mantendo o sistema baseado na propriedade particular. HUNT, E.K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 384-389. BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2005, p. 417. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia XXI**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 457.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p. 25.

²⁸ AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas como instrumento de uma nova governação pública**. Tese de doutorado. Universidade de Lisboa Faculdade de Direito, 2008, p. 53.

diversos setores considerados estratégicos para o fomento das atividades produtivas e o desenvolvimento econômico.

1.3 A crise do Estado interventor no mundo e no Brasil

Nos anos 1970, ao surgir o fenômeno da *staginflation* nas principais economias do mundo, os postulados Keynesianos, que haviam obtido êxito em debelar a Crise Econômica de 1929, começaram a perder força, afetando a ideia central da política econômica, o aumento das despesas públicas e as ações intervencionistas do Estado.²⁹

Começava assim a crise do Estado intervencionista, que acabou revelada pelos seguintes acontecimentos da época³⁰: (1) o aparecimento de desequilíbrios orçamentários crônicos nos governos e o crescente endividamento público, provocados pelo forte aumento das despesas correntes e dos investimentos na infraestrutura; (2) a atuação ineficiente do Estado – empresário na prestação de serviços e na realização de investimentos na economia; (3) a dificuldade dos governos em oferecer serviços na quantidade e qualidade demandada pela sociedade, inclusive nas atividades próprias do Estado, como saúde, segurança e educação; e (4) a dificuldade de adaptação do Estado ao processo de globalização e de crescimento da competição no comércio mundial.³¹

No Brasil, entre os anos de 1950 e 1990, o governo, ao lado da participação direta na economia, através das empresas estatais, exercitou também uma das principais funções da intervenção indireta, o planejamento. Na esfera federal, a ação governamental foi exercida com o uso de planos nacionais de desenvolvimento, de larga abrangência no uso de variáveis econômicas e de intervenções organizadas em quase todos os setores e regiões da economia.³²

²⁹ O fenômeno da *staginflation*, segundo Stigum e Stigum, é caracterizado pelo aumento da inflação simultaneamente à queda da atividade econômica; nessa situação, políticas de demanda *a la* Keynes são pouco eficazes. STIGUM E STIGUM, **Introdução à macroeconomia**. São Paulo: Atlas: 1978, p. 125.

³⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Cadernos MARE da reforma do Estado, v.1, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, pp. 12-16.

³¹ Essas mudanças provocadas pela globalização enfraqueceram as barreiras criadas pelos Estados nacionais, que viram serem reduzidas sua capacidade de implementar políticas macroeconômicas isoladamente. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op.cit., p. 13.

³² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82.

No período intervencionista, o Plano de Metas de Juscelino Kubitschek (1956-1961) e os Planos Nacionais de Desenvolvimento - PNDs (I PND – 1972/1974, II PND – 1975/1979 e III PND – 1980/1985) - do período dos governos militares, são notáveis exemplos de ações de planejamento para o desenvolvimento. Suas principais características foram não apenas apresentarem amplas formulações normativas para a atuação do Governo Federal, mas também prescrições indicativas para os demais níveis de governo e o setor privado da economia, além de terem a duração coincidente com a dos mandatos dos presidentes da República.³³

O II PND, do Governo Geisel, teve destaque entre os planos econômicos do período militar, por causa de seu amplo programa de investimentos previstos para a economia e para as empresas estatais em particular. O Plano carregou o ambicioso objetivo de transformar a estrutura produtiva brasileira, buscando alcançar um novo padrão de industrialização, com o fortalecimento das indústrias nacionais de base e de bens de capital, e com importantes investimentos públicos nas áreas de energia e transportes.³⁴

Apesar de seus aspectos positivos, o II PND falhou por desconsiderar a difícil conjuntura econômica internacional da época, abalada pela crise do petróleo, e por aumentar significativamente o gasto público mediante investimentos na economia baseados em fontes externas com elevadas taxas de juros. Suas ações não conseguiram reverter a inflação, que já estava em aceleração, e os investimentos previstos, custeados por endividamento externo, levaram o país, anos depois, a apresentar fortes crises externas.³⁵

Ao final do período intervencionista, teve início no país a saga da formulação de sucessivos planos de estabilização econômica, de natureza financeira e monetária, passando a política do governo a oscilar entre a manutenção do modelo desenvolvimentista anterior e a adoção de políticas heterodoxas para estabilizar os preços e a economia, como foi o Plano Cruzado de 1986.³⁶

³³ O Plano de Metas é apontado por Celso Lafer como a primeira iniciativa sistemática de coordenação pública da economia brasileira. LAFER, Celso. **O planejamento no Brasil**: observações sobre o Plano de Metas (1956-1961). In BETTY MINDLIN LAFER (org.). *Planejamento no Brasil*, 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1975, p. 29-50; p. 37. *O planejamento no Brasil - observações sobre o Plano de Metas (1956 a 1961)*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1975, p. 37.

³⁴ LESSA, Carlos. **A estratégia do desenvolvimento, 1974-1976**: sonho e fracasso. 2. ed. Campinas: UNICAMP-IE (Instituto de Economia), 1998, pp. 19-37.

³⁵ *Ibidem*, pp. 19-20.

³⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85.

1.4 O Estado regulador no Brasil: as reformas administrativas, o Plano Real, a privatização e as agências de regulação

A adoção do modelo de Estado regulador no Brasil, no final dos anos 1980, teve como antecedentes o esgotamento do modelo de substituição de importações, a falta de competitividade da indústria brasileira e a crise do setor público e da economia em geral.³⁷

Em particular, o quadro de crise, no setor público, em diversos países, provocou a organização de medidas alternativas, principalmente no âmbito da política econômica, que envolveu a redução da intervenção estatal direta na economia, o abrandamento das regulamentações, a liberação dos preços e a abertura da economia.³⁸

Essas medidas, baseadas no pensamento neoliberal,³⁹ continham várias características: valorizavam as forças do mercado como forma de estabilizar a economia, propunham o fim da estatização da economia com o desmonte do Estado-empresário e buscavam obter um setor público de menor tamanho, financeiramente mais eficiente e com gastos mais equilibrados. Apesar de muito difundidas no mundo ocidental, desde os anos 1980, as ideias neoliberais se mostravam distantes de viabilizar os objetivos do Estado de obtenção do mercado autorregulável, o desenvolvimento equilibrado e a promoção da justiça social, entendida como o respeito aos direitos sociais e à distribuição de renda.⁴⁰

Essa constatação levou, a partir da década de 1980, a maioria dos países ocidentais a darem menos ênfase às ideias do Estado, mínimo dos neoliberais, e mais atenção às reformas que, preservando a capacidade de atuar do Estado na economia, reduzisse o modelo

³⁷ Segundo Bresser, a crise no país dos anos 1980 é explicada pelo crescimento excessivo e distorcido do Estado, pelo esgotamento da estratégia de intervenção e, principalmente, pela posterior imobilização do Estado, envolvido em forte crise fiscal. A crise estava caracterizada no permanente déficit público, na poupança pública negativa e na dívida pública externa e interna crescente, além das taxas elevadas de juros, relacionadas à falta de credibilidade dos governos para obtenção de crédito. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula**. São Paulo: 34, 2003, p. 199.

³⁸ AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas como instrumento de uma nova governação pública**. Tese de doutorado. Universidade de Lisboa Faculdade de Direito, 2008, p. 89.

³⁹ Para Paulo Roberto Almeida: o neoliberalismo não existe, sendo apenas e tão somente um *revival* ou renascimento de uma velha escola de pensamento econômico e de orientações em matéria de políticas econômicas, que se filia ao antigo liberalismo doutrinal. Neoliberal é, no máximo, um conceito que evidencia o retorno aos antigos conceitos do liberalismo, depois de um longo intervalo marcado por práticas e orientações claramente intervencionistas e estatizantes. ALMEIDA, Paulo Roberto. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 87, agosto/2008. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/087/87pra.htm>>. Acesso em 08. Out. 2011. HUNT, E.K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 435. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia XXI**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 591.

⁴⁰ Segundo os neoliberais, ao restabelecer o Estado “mínimo” e o controle da economia pelo mercado, o desenvolvimento estaria de volta quase que automaticamente. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Cadernos MARE da reforma do Estado, v.1, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 16.

intervencionista. Entendia-se que, com o planejamento e a execução de reformas menos radicais, o Estado poderia continuar a complementar o mercado e a corrigir suas falhas, ainda que mantivesse um perfil de intervenção mais modesto do que aquele prevalecente no período do Estado intervencionista.⁴¹

Assim aconteceu com a reforma empreendida no âmbito do Estado brasileiro pós 1990, que buscou alcançar diversos objetivos interdependentes, entre os quais destacam: (a) delimitar o tamanho do Estado; (b) redefinir o papel regulador da Administração Pública; (c) recuperar a governança governamental através da retomada da capacidade financeira e das condições administrativas do governo, visando facilitar a execução das políticas públicas aprovadas; (d) aumentar a capacidade política do governo para intermediar interesses e garantir legitimidades na sociedade.⁴²

Para atingir esses objetivos, as primeiras medidas no âmbito do governo foram privatizantes. Elas visavam aumentar a eficiência do Estado tradicional e evitar o desperdício e a burocratização, presentes nas empresas públicas e no aparato burocrático. A privatização acabou se alargando no âmbito das reformas do governo e ganhou outros sentidos, como medidas que buscam o objetivo de diminuir o tamanho do Estado para conferir-lhe mais eficiência e eficácia de atuação.

As medidas específicas adotadas pela Administração Pública abrangeram desde a desregulação e diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico, a desmonopolização de diversas atividades econômicas, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos à empresa privada e a celebração de contratos de variados tipos pelo governo, visando contar com a colaboração do setor privado, inclusive na terceirização de serviços.⁴³

Outro aspecto importante perseguido pela reforma do Estado foi o aumento da governança, que seria alcançada quando o Estado tivesse condições financeiras e

⁴¹ No entendimento de Bresser Pereira, as reformas propostas a partir dos anos 1980 foram colocadas como condição necessária para que o Estado pudesse realizar não apenas suas tarefas clássicas de fazer valer a propriedade e os contratos, mas também seu papel de garantidor dos direitos sociais e de promotor da competitividade dos países PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Cadernos MARE da reforma do Estado, v.1, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 6.

⁴² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., pp. 18-21.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

administrativas para transformar em realidade as decisões tomadas⁴⁴. Para o governo colocar em prática o novo modelo de atuação, superando a forma burocrática e ineficaz de administrar o Estado, a busca do equilíbrio das contas públicas tornou-se elemento essencial. A partir dele, a Administração Pública poderia criar novo contorno gerencial, passando a ter como foco os resultados das políticas e o cidadão.⁴⁵

Dentre as mudanças propostas pela Administração Pública na década de 1990, destaca-se a denominada “Reforma do Estado”, que envolveu a reforma administrativa da “máquina pública” federal, a privatização das empresas estatais, a abertura da economia ao comércio internacional, a abertura do mercado à livre concorrência com a queda dos monopólios públicos⁴⁶, a adoção de medidas para atrair o investimento estrangeiro e a reforma monetária do Plano Real. No caso específico da privatização, o processo exigiu a criação de novo aparato regulatório, incluindo a criação de agências de regulação, para atuar em diferentes segmentos da infraestrutura. Em seu conjunto, essas medidas levaram o país, a partir de 1994, à estabilização dos preços e à retomada do crescimento.⁴⁷

⁴⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Cadernos MARE da reforma do Estado, v.1, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 27.

⁴⁵ A reforma do Estado para obter o aumento da governabilidade deveria abranger os seguintes aspectos: legitimidade do governo perante a sociedade, adequação das instituições políticas para realizar a intermediação dos interesses dentro do Estado e na sociedade civil, existência de mecanismos de responsabilização dos políticos e burocratas perante a sociedade e a capacidade da sociedade para delimitar suas demandas e do governo para atendê-las. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op.cit., pp. 45-47.

⁴⁶ As seguintes emendas quebraram o monopólio estatal: (1) no setor de gás canalizado, de responsabilidade dos estados, a Emenda Constitucional 5/95 alterou o artigo 25, parágrafo terceiro, retirando a obrigatoriedade da exploração desses setores por entidades estatais; (2) no setor de telecomunicações, a Emenda Constitucional 8/95 alterou o artigo 21, incisos XI e XII da Constituição Federal, acabando com a obrigatoriedade da exploração desse setor pelas empresas estatais e ao mesmo tempo admitindo a autorização e a permissão para a exploração desses serviços; e (3) no setor de petróleo e gás, a Emenda Constitucional 9/95 alterou o artigo 177 da CF, estabelecendo a possibilidade de exploração desses serviços por empresas privadas.

⁴⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. **Privatização no Brasil: Por quê? Até onde? Até quando? A economia brasileira nos anos 90**. Organizadores: GIAMBIAGI, Fábio; MOREIRA, Maurício Mesquita. Rio de Janeiro: BNDES, 1999, p. 16. Vital Moreira destaca ainda que há uma relação inversa entre a atividade econômica do Estado e a sua atividade regulatória: quando o Estado deixa de ser executor direto das atividades econômicas, reduzindo o seu papel, há normalmente um aumento da regulação. MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra, Almedina, 1997, pp. 43-45.

A política econômica no Brasil da década de 1990, quando se adotou a privatização como ponto das ações do governo, terminou por seguir o caminho que havia sido percorrido por diversos outros países em anos anteriores.⁴⁸

O processo de privatização no Brasil teve seu principal marco legal na edição da Lei 8.031/90⁴⁹, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND) e ofereceu para sua administração a experiência do BNDES em avaliação e venda de empresas. O processo apresentou várias fases.

Na primeira, de 1990 a 1992, foram vendidas diversas empresas do setor produtivo controladas pela União. Posteriormente, no Governo Itamar Franco, a segunda fase do PND, a privatização ficou marcada pela intensificação do processo, quando quase todas as empresas estatais federais localizadas no setor industrial foram vendidas ao setor privado⁵⁰. Na fase seguinte, iniciada em 1995, o Programa foi ampliado e passou a atuar na viabilização das concessões de serviços públicos de responsabilidade da esfera federal ao setor privado, inclusive com a quebra de monopólios na infraestrutura e venda das empresas estatais (a TELEBRÁS é o exemplo mais paradigmático dessa política).⁵¹

⁴⁸ Os significados dos termos privatização e desestatização se misturam, não tendo conteúdos precisos; por isso, nesse trabalho, optou-se por adotar a definição da Lei 9.491/97 (altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Publicada no DOU de 10.9.1997 e republicada em 11.09.1997) estabelece as regras do Programa Nacional de Desestatização que estão em vigor até hoje. O art.4º da Lei 9.491/97 dispõe que o termo desestatização abrange todas as formas distintas de redução da atuação direta do Estado na economia, sendo uma dessas a privatização. Privatização significa a alienação de direitos que assegurem ao Poder Público, diretamente ou através de controladas, preponderâncias nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. A desestatização também ocorre quando o Estado transfere a execução de um serviço público de sua titularidade a um agente privado mediante concessão ou permissão.

⁴⁹ Para reorganizar o quadro legal das privatizações, a primeira lei do PND, Lei 8.031/90, alterada diversas vezes, terminou em 1997, revogada e substituída pela Lei 9.491/97, para dar apoio à etapa seguinte da desestatização. O art.1º da Lei 9.491/97 dispõe que o Programa Nacional de Desestatização tem como objetivos: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, contribuir para a redução da dívida pública e saneamento das finanças governamentais, permitir a retomada de investimentos e das atividades nas empresas que viessem a ser transferidas à iniciativa privada, ampliar a competitividade e a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais, contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

⁵⁰ No governo do Presidente Itamar Franco, o valor e o número total de empresas privatizadas superaram os do governo do Presidente Collor. PINHEIRO, Armando e GIAMBIAGI, Fábio. **A privatização no Brasil. Antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil**, pp.13-44 e p.35. In PINHEIRO, Armando Castelar e FUKASAKU, Kuchero (orgs.). *A Privatização no Brasil: o caso dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, pp. 24-25.

⁵¹ FERREIRA, Paulo Cesar. **Investimentos Públicos e Infraestrutura no Brasil**. Estudo apresentado na conferência “Restrições Macroeconômicas para a Transformação Produtiva com Equidade no Brasil”. Brasília, abril, 1995, p. 5.

O Plano Real, por sua vez, a partir de sua implantação em 1994, transformou-se no centro da política econômica do país. O Plano alterou o padrão monetário e trouxe inúmeras modificações nas relações financeiras do estado com o setor privado e entre os agentes do setor privado.⁵²

Já a reforma administrativa do período veio a partir da formulação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE e aprovado em 1995 pela Câmara de Reforma do Estado⁵³. Na Reforma, adotou-se o controle das ações do governo por resultado, com a definição de metas para cada órgão, além de diversos procedimentos mais céleres para as ações governamentais. Posteriormente, a Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998,⁵⁴ trouxe outras contribuições para a reforma do Estado, ao introduzir medidas de obediência ao princípio da eficiência na organização e atuação da Administração Pública.

Ainda no bojo das medidas inovadoras para o setor público pós 1990, foram instituídos novos órgãos na Administração Pública indireta, inspirados no modelo norte-americano⁵⁵, as chamadas agências reguladoras. Esses órgãos, cuja criação decorreu da necessidade de se adotarem, no âmbito da Administração Pública Federal, instituições que exercessem o controle da execução dos contratos de concessão e permissão e fiscalizassem os serviços públicos e suas concessionárias e atuassem nos diversos segmentos da infraestrutura, sendo exigido dessas certa margem de independência em relação aos três poderes do Estado.⁵⁶

⁵² LARA RESENDE, Andre. **O Plano Real**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 201.

⁵³ O Plano objetivava transformar a burocrática, rígida e ineficiente Administração Pública brasileira em uma estrutura mais gerencial, flexível e eficiente, voltada principalmente para o atendimento ao cidadão. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de Controle**. Cadernos MARE da reforma do Estado, v.1, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, pp. 45-47.

⁵⁴ BRASIL. Emenda Constitucional nº 19. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal e dá outras providências. Publicado no DOU de 5.6.1998.

⁵⁵ As agências reguladoras norte americanas possuem poder de regular, delegado pelo Congresso, maior que o de regulamentar podendo, assim, baixar normas inovadoras na ordem jurídica. Atualmente, as agências reguladoras norte americanas têm sofrido limitações ao poder regulador por leis que exigem que os processos administrativos de elaboração de normas sejam pautados pela publicidade e participação do cidadão. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Concessão e parceria público-privada. Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 181 e 193-195.

⁵⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 239-241.

Seção 2- A nova forma de atuação da Administração Pública brasileira: a atuação regulatória

2.1 Características da atuação regulatória do Estado brasileiro

Segundo Di Pietro⁵⁷, a melhor definição para a conduta atual do Estado Brasileiro é de atuação regulatória ou subsidiária. Ela ocorre quando o Estado exerce atividades essenciais típicas do Poder Público, além de outras, sociais e econômicas, que o particular não consegue desempenhar a contento no regime de livre iniciativa e competição. Ou seja, o Estado brasileiro adota como regime de atuação na economia a livre iniciativa, mas ao mesmo tempo admite diversas formas de intervenção.⁵⁸

No Brasil, a opção pelo Estado regulador está presente no artigo 174 da Constituição, que concebe o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, outorgando-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. O artigo ressalta que o planejamento é determinante para o setor público, e apenas indicativo para o setor privado.

O exercício do papel de regulador pelo Estado não é simples. Nele, o Estado deve abandonar o perfil unilateral de decisão em favor de maior interlocução com a sociedade, com o Estado passando a ser mediador ativo de interesses para obter equilíbrio nas relações com o setor privado. Para isso, deve preencher alguns requisitos: (1) sob o prisma político, a atividade regulatória deve ser permeável à participação da sociedade e suscetível a controles por mecanismos não institucionais; (2) sob o prisma jurídico, emerge a necessidade de edição de normas voltadas para as especificidades do setor regulado; (3) sob o prisma organizacional, o Estado regulador necessita adotar um novo perfil de atuação para a Administração Pública, que contenha órgãos e instrumentos específicos de ação direcionados para realizar a gestão consensual com o administrado.⁵⁹

O movimento de aproximação dos setores público e privado foi acelerado na década de 1990, a partir do consenso de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública deveriam

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53.

⁵⁸ Bandeira de Mello adverte que, ao contrário de entregar ao mercado a organização da vida econômica e social, a Constituição, embora assegure a liberdade à iniciativa privada, declara que cumpre ao Estado assegurar que a ordem econômica respeite os compromissos e os valores estampados nos objetivos e fundamentos da República (arts. 1º e 3º da Constituição Federal), além de princípios encontrados em outros dispositivos. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 728-729.

⁵⁹ MARINS, Vinícius. **Parcerias público-privadas, intervencionismo consensual e análise econômica do direito**: a visão do direito econômico. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2006, p. 102.

se fundamentar na qualidade da interação entre os distintos níveis de governo e entre estes e as organizações empresariais e a sociedade civil.⁶⁰

Com efeito, o Estado buscou novas maneiras de contar com a colaboração privada, ao constatar que os modelos autoritários de execução da função administrativa afugentavam a colaboração dos particulares de que necessita. Para aproximar-se do setor privado, o Estado teve que adotar novos modelos que privilegiassem a negociação, ao invés da imperatividade e da unilateralidade, adaptando os novos relacionamentos com instituições de fora da esfera governamental, notadamente entidades da sociedade civil e empresas privadas, que demandam consenso na organização de acordos.⁶¹

Observando a importância que o consensualismo adquiriu no âmbito das decisões da Administração Pública contemporânea no Brasil, destaca-se que as atividades de consenso e negociação entre Poder Público e particulares passaram a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração, esta não mais detendo exclusividade no estabelecimento do interesse público.⁶²

2.2 A utilização dos contratos na implementação de políticas públicas e suas características

Na atuação da Administração Pública consensual, sobressai-se a formação de vínculos com a sociedade por meio da utilização de contratos para execução de suas ações⁶³, como aconteceu no Brasil, quando o Estado introduziu as políticas públicas das concessões e das parcerias público-privadas e garantiu estabilidade aos instrumentos, ao estabelecer contratos de longa duração com os particulares.⁶⁴

⁶⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Século XXI**: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Trabalho apresentado no XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Manaus, 2008, pp. 124-143 e p. 131.

⁶¹ Diogo de Figueiredo destaca ainda que os dois maiores entraves ao desenvolvimento econômico são a insegurança jurídica e a falta de atração para os investimentos privados. As mutações do direito administrativo, dentre elas, a adoção de processos consensuais como as parcerias público privadas ajudarão a combater esses empecilhos. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 374.

⁶² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211. A mesma opinião também foi destacada por Cassese, ao comentar a nova característica da Administração Pública. Cassese afirmou: “passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação”. CASSESE, Sabino. **La Arena Pública**, 2003, p. 157 *apud* OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHWANKA, Cristiane. Op. cit., p. 135.

⁶³ BOCKMAN, Egon. **Governando por contratos**. Disponível em: <www.pppbrasil.com.br/portal/artigo/governandoporcontratos>. Acesso em 19. Mar. 2012.

⁶⁴ Jean Pierre Gaudin destaca que a expressão “*government by contract*” evocaria a necessidade de o Estado de continuamente estabelecer vínculos com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações. GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences

No movimento de contratualização, o Estado abdica da posição de superioridade em relação ao particular e adota uma relação de igualdade, ao renunciar alguns dos seus privilégios de “*jus-administrativistas*”. A mudança de postura tem por objetivo aumentar a credibilidade nas relações contratuais do Estado com a sociedade civil e as empresas privadas, evitando o afastamento de interessados na produção de serviços e obras públicas e o seu encarecimento, em empreendimentos dos quais a sociedade necessita. Este fato é importante porque as prerrogativas do Poder Público sempre causam temor à iniciativa privada, especialmente de verem seus direitos e garantias reduzidos pela mão autoritária do Estado. Quando menos, esse temor gera custos, que inviabilizam ou elevam o custo das transações entre a Administração Pública e o particular.⁶⁵

Na nova ótica de atuação do Estado, somente devem prevalecer, nos relacionamentos da Administração Pública, as prerrogativas e os privilégios que sejam absolutamente indispensáveis para o enfrentamento de questões excepcionais e de extrema necessidade. O uso dessas prerrogativas e privilégios deve ser devidamente motivado, além de demandar consulta prévia a todos os interessados. Ao atenuar as cláusulas exorbitantes nos contratos, a sociedade e os particulares deixam de ser meramente súditos para se tornarem sócios e parceiros do Estado, e este passa a ser apenas um contratante no mercado, com a ressalva que as mudanças na maneira de relacionar do Estado com o setor privado de forma alguma elimina ou mitiga o poder de a Administração Pública impor ao seu parceiro medidas de conduta e controle para a fiscalização, solução de conflitos e repressão de posturas indesejáveis.⁶⁶

Hoje, a ação indireta do Estado no domínio econômico realiza-se principalmente mediante processos contratuais⁶⁷, combinando o direcionamento estatal com elementos da

Politiques, 1999, pp. 28-29 *apud* OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Trabalho apresentado no XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Manaus, 2008, pp. 124 -143 e p.132.

⁶⁵ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 22-23.

⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 241, julho/setembro, 2005, pp. 1-19 e p. 19.

⁶⁷ Vale notar a tipologia usada por Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão para os contratos econômicos: a) contratos - programa são contratos realizados entre a Administração Pública e empresas privadas, cujo objetivo principal é permitir a execução do plano, mas podem em alguns casos perseguir outros objetivos não relacionados ao plano. Diferenciam-se dos outros contratos econômicos por conter um amplo programa com atividades e ações a desenvolver em certo tempo e com resultados a serem obtidos e não simplesmente um conjunto de ações ou projetos; b) contratos de desenvolvimento são contratos em que o Estado celebra com os particulares, comprometendo-se a fornecer estímulos e auxílios de várias ordens tendo como contrapartida, por parte das empresas, iniciativas de organização e de investimento que se enquadrem nas linhas da política nacional ou regional definidas para as diversas atividades; as ações se baseiam em um equilíbrio de prestações;

disciplina dos mercados, de modo a suprir lacunas e corrigir falhas de ambas as formas de gerenciamento da economia.⁶⁸

Nesse contexto, o Estado, para a realização de suas ações, passou a se utilizar cada vez mais de instrumentos contratuais mais ajustados à sua necessidade, como a parceria público-privada.

Seção 3 – O conceito de parceria público-privada e a experiência internacional

3.1 O surgimento das parcerias público-privadas como reflexo do fenômeno da contratualização

A nova realidade da Administração Pública, a de Estado regulador, exigiu a adoção de aparatos administrativos de atuação adequados, sendo um deles o instituto da parceria público-privada (PPP). As parcerias público-privadas constituem um instrumento da Administração Pública concertada, com maior caráter sinalagmático, típico dos contratos do Direito Privado e com largo espectro de negociação de suas cláusulas contratuais.⁶⁹

Em termos concretos, as parcerias público-privadas consistem na aliança dos setores públicos e privado para realizar obras, principalmente na infraestrutura, e para prestar serviços públicos. Por meio das parcerias, o Estado busca suprir sua escassez de recursos e aumentar a eficiência na produção de obras e serviços públicos, aproveitando-se dos capitais e da maior experiência do setor privado na condução de projetos de investimento.

As parcerias público-privadas permitem uma ampliação sensível do objeto dos contratos públicos, pois, nas parcerias, o ente estatal passa a adquirir, do próprio mercado, serviços não previstos em suas atividades normais, que envolvem a gestão de obras e serviços

c) contratos de viabilização são os que se propõem a alcançar metas de equilíbrio econômico-financeiro, produtividade e rentabilidade das empresas em dificuldade; visam indiretamente realizar objetivos econômicos sociais; d) contratos fiscais são concessões fiscais que o Estado faz e, em contrapartida, o particular realiza um projeto de investimento considerado de interesse geral. SANTOS, Antônio Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda. MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pp. 230-236.

⁶⁸ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito econômico dos contratos**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2006, pp. 43-45.

⁶⁹ Vinícius Marins observa bem que as PPPs não são meros contratos administrativos, elas se aproximam dos contratos econômicos da tradição europeia, destacando-se pela cultura do diálogo, espaço para trocas e concessões mútuas entre os parceiros visando um balanceamento dos interesses envolvidos, pela presença das negociações preliminares, pela diminuição representativa das imposições unilaterais da administração pública e pela maior interdependência entre o parceiro público e privado. MARINS, Vinícius. **Parcerias público-privadas, intervencionismo consensual e análise econômica do direito: a visão do direito econômico**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2006, p. 125.

de interesse público⁷⁰. Dessa forma, as parcerias público-privadas devem ser enxergadas como parte do conjunto de mudanças que miram disciplinar as relações entre o Estado e o mercado, constituindo, nessa visão, um contrato econômico utilizado como instrumento para a consecução de uma política pública, que visa assegurar adequado comportamento dos particulares às necessidades de investimentos públicos em infraestrutura e serviços públicos.⁷¹

3.2 O conceito de parceria público-privada e as diferentes modalidades de relacionamento do setor público com o privado

Com a crise do Estado intervencionista dos anos 1970, a maioria dos países ocidentais foi obrigada a adotar políticas fiscais contracionistas, que impediram os governos a dar continuidade ao financiamento dos grandes investimentos públicos, o que afetou diretamente os projetos da infraestrutura. As parcerias público-privadas surgiram a partir daí como uma possibilidade de tornar viável, com o uso de recursos privados, projetos para a infraestrutura e a prestação de serviços públicos. Ou seja, a formação das parcerias público-privadas foi determinada pela escassez de recursos públicos para realização de políticas públicas, notadamente para os investimentos na infraestrutura dos países e para a crescente demanda por parte da sociedade por serviços públicos mais eficientes e de melhor qualidade.

Nos países com finanças públicas equilibradas, a justificativa para a utilização do instrumento das parcerias foi a necessidade de obter serviços públicos mais eficientes e de melhor qualidade, através da utilização de instrumentos mais ágeis, como os usualmente empregados pelo setor privado⁷². Na Europa, a formação da União Europeia e a necessidade de equiparação da renda dos países membros, que demandou grandes obras de infraestrutura nas unidades menos desenvolvidas, deram um impulso adicional ao emprego das parcerias

⁷⁰ Muito esclarecedor sobre o tema o artigo “Governando por Contratos” de Egon Bockman. Segundo o autor, as políticas públicas e a atividade de administração pública possuem autonomia e ao mesmo tempo gozam de ampla falta de sincronia. A partir da década de 1990, foram editadas leis que permitissem a “contratualização” das políticas públicas. Trata-se da legislação sobre contratos de concessão de serviço público (Lei 8.987/1995 e Lei 9.074/1995) e das parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004). Essas leis são instrumentos que permitem a instalação de políticas públicas consistentes. Por meio de um projeto, o concessionário assegura-se a prestação de um serviço – ou a construção e manutenção de obras conjugadas com serviços – durante 15, 20 ou até 35 anos. Com o contrato, cria-se uma espécie de proteção à política pública que garanta a sua estabilidade ao longo do tempo e resista às futuras intempéries. Dessa forma, projetos que visem ao desenvolvimento nacional poderão ser executados, mantidos e respeitados durante longo tempo. MOREIRA, Egon Bockmann. **Governando por contratos**. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-governando-por-contratos>>. Acesso em 19. Dez. 2011.

⁷¹ PINTO, Marcos Barbosa. A Função Econômica das PPPs. **Revista de Direito Administrativo Econômico**. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia nº 2, maio-julho, 2005, pp.1-2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Fev. 2011.

⁷² PEIXINHO, Manoel Messias (coordenador) e outros. **Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 2.

público-privadas, tornando-as um dos principais instrumentos de política pública naqueles países.⁷³

O conceito de parceria público-privada varia de acordo com o país onde o instrumento é aplicado, seguindo a legislação e a cultura de cada um deles⁷⁴. Pode incluir desde um restrito conjunto de modalidades de projetos até toda a gama de parcerias, da privatização à terceirização e a associação público-privada mediante divisão de ganhos. Na realidade, os programas de parcerias público-privadas alcançam objetivos de políticas públicas específicos em cada país, havendo assim uma variedade de experiências distintas. As parcerias são, dessa forma, conceitos genéricos que só podem ser reduzidos à síntese mediante um exame acurado, localizado no tempo e no espaço.⁷⁵

No Reino Unido, existem duas acepções para a expressão “*public private partnership*” ou parceria público-privada. Em sentido amplo, equivale a todo conjunto de arranjos contratuais entre o setor público e o privado. Em sentido restrito, as parcerias público-privadas britânicas aproximam-se da figura das concessões brasileiras e recebem o nome de *Private Finance Initiative-PFI*.⁷⁶

Nos países com grande experiência em parcerias público-privadas, como os europeus⁷⁷, além da Austrália e o Canadá, entre outros, o termo também possui uma concepção ampla e engloba vários acordos e arranjos contratuais entre a Administração

⁷³ OLIVEIRA, Fernão Justen. **Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico** (Lei 11.079/04). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 83.

⁷⁴ PASIN, Jorge Antonio Bozoti e BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova Definição de Parceria Público-Privada e sua Aplicabilidade na Gestão de Infraestrutura Pública. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro, v.10, nº 20, pp.173-196, dezembro de 2003, p.1.

⁷⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

⁷⁶ SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **A concessão de empreendimentos e contratualização da gestão pública no Brasil: a nova abrangência do regime de concessões no direito administrativo e o marco legal das parcerias público privadas**. Dissertação de mestrado apresentada a Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2009, p. 26.

⁷⁷ Não há um conceito definido de PPP no âmbito da União Europeia. É uma expressão que se refere, em geral, a formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objetivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infraestrutura ou a prestação de um serviço, geralmente público. Com a integração dos países da União Europeia, entendeu-se que a falta de clareza no Direito comunitário a respeito do tema constituiria um entrave ao desenvolvimento das PPPs. Para que isso não ocorresse, foi elaborado pela Comissão Europeia, em 2004, o chamado “livro Verde” sobre as parcerias público-privadas e o direito da Comunidade Europeia em matéria de contratos públicos e concessões. O livro Verde estabelece os princípios e as diretrizes sobre as PPPs no âmbito comunitário. Segundo o dispositivo 8º do livro: “o direito comunitário não prevê um regime específico que englobe as PPPs. Contudo, qualquer ato, seja contratual, seja unilateral, pelo qual uma entidade pública confia a prestação de uma atividade econômica a um terceiro deve ser examinado à luz das regras e dos princípios do Tratado, nomeadamente em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços (artigos 43 e 49 do Tratado da CE).” Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em material de contratos públicos e concessões. COMISSÃO EUROPEIA, COM 2004/0324. Disponível em: <www.europa.eu.int/scadplus/leg/pt>. Acesso em 19. Dez. 2011.

Pública e a iniciativa privada, destinados à promoção de obras e serviços públicos e a obtenção de resultados que poucos poderiam ser alcançados sem a atuação conjunta.⁷⁸

Como tentativa de estabelecer uma designação genérica de parceria público-privada, adotada na maioria dos países, pode-se dizer que as parcerias possuem dois sentidos⁷⁹: (1) a mais ampla, define PPP como todas as formas de relacionamento contratual de longo prazo entre a Administração Pública e o setor privado; (2) a mais restrita, conceitua parcerias público-privadas como forma de relacionamento da Administração Pública com o setor privado, semelhante às concessões no Brasil. Segundo este conceito, na parceria, o setor privado pode ser remunerado pela produção de serviços públicos, por meio de tarifas cobradas dos usuários e complementadas por subsídios integrais ou parciais do setor público.

No primeiro sentido, mais amplo, podem ser enumeradas várias espécies de relacionamento público-privado, dentre as quais se destacam⁸⁰:

a) *Joint Venture*

É o acordo de cooperação firmado entre os setores público e privado em que as partes buscam um objetivo comum na expectativa de ganho ou benefício⁸¹. Pelo acordo, o setor público e o privado atuam em conjunto em projetos de interesse mútuo, unindo-se para a consecução de determinado empreendimento, não implicando a perda de identidade e de individualidade das pessoas jurídicas envolvidas.⁸²

b) *BOO – Build Own Operate* – construir/possuir/operar

⁷⁸ Coutinho aponta as seguintes características genéricas, apontadas como comuns à maior parte das diferentes experiências internacionais: (a) empregadas em uma gama de setores e com grande aporte de capital privado; (b) baseadas em arranjos de longo prazo - superiores a dez anos; (c) capazes de transferir ao setor privado o risco de desempenho e prestação de serviços públicos; (d) remunerados serviços na medida em que são prestados; (e) alocação de riscos. COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 47-48.

⁷⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada – fundamentos econômicos - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26.

⁸⁰ Mauricio Portugal destaca que é comum no Direito estrangeiro a combinação de letras para a formação de siglas que tentam expressar as responsabilidades transferidas para o setor privado. RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. Op.cit., p. 28.

⁸¹ FERRAZ, Daniel Amin. **Joint venture e contratos internacionais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 121.

⁸² Nas *joint ventures*, os setores público e privado participam conjuntamente, porém o setor privado tem controle dos procedimentos e decisões relevantes. O setor público tem apenas um papel de apoio. COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais**, pp. 47-48. In: SUNDFELD, Carlos Ari(org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

Nesse tipo de parceria, o controle e a propriedade do empreendimento são transferidos total ou parcialmente ao setor privado; trata-se também de uma forma de privatização. Com a transferência da propriedade para o setor privado, cabe ao Estado a função mais normativa e de regulação.⁸³

c) *Leasing* ou Arrendamento

Ocorre quando as receitas geradas por um ativo do setor público são transferidas para o setor privado em troca do pagamento de aluguel e da obrigação de manter e operar o ativo e arcar com o risco comercial.⁸⁴

d) *BOT* – construir/operar/transferir

O setor privado se responsabiliza pela concepção, financiamento, construção e operação do projeto; depois transfere de volta ao setor público o controle do equipamento construído. A vantagem desse tipo de parceria é a combinação de responsabilidade por funções em uma única entidade, permitindo o aproveitamento de sinergias.⁸⁵

Em um segundo sentido do que seja uma parceria público-privada, destaca-se o arranjo *DBFO* – Desenhar, Financiar, Construir e Operar, cuja estrutura legal e operacional assemelha-se ao conceito das concessões brasileiras. Assim, por meio do contrato de *DBFO*, a Administração Pública permite que o parceiro privado financie, construa e opere um ativo, sendo o mesmo remunerado pelas receitas associadas ao ativo, cobradas parcial ou totalmente do Estado. A propriedade de todos os ativos novos ou já existentes ainda continua com o setor

⁸³ SAVOIA, José Roberto Pereira. SHINOHARA, Daniel Yoshio. **Parcerias público-privadas no Brasil**. São Paulo: Manole, 2008, p. 15. PEIXINHO, Manoel Messias, pp.1-51. **As parcerias público-privadas no direito estrangeiro e no Brasil**: instrumentos de concretização de políticas públicas e de direitos fundamentais. In PEIXINHO, Manoel Messias (coord). Marco Regulatório das Parcerias Público Privadas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Yuris, 2010, p. 7.

⁸⁴ As transações de arrendamento diferem dos contratos de operação e administração por transferirem para o parceiro privado o risco comercial. Porém, a responsabilidade pelo planejamento, investimento e financiamento globais e programas de expansão continua sendo do setor público. A estrutura do arrendamento não é comum no Brasil, especialmente, porque, de uma forma geral o provimento de infraestrutura é definido como serviço público o que restringe os mecanismos contratuais utilizados para delegação à iniciativa privada. A liberdade de fixar os valores a serem cobrados dos usuários, característica dos arrendamentos, não pode ser aplicada aos serviços públicos. RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômicos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 28. SAVOIA, José Roberto Pereira. SHINOHARA, Daniel Yoshio. Op.cit., p. 15. PEIXINHO, Manoel Messias. Op.cit., p. 7.

⁸⁵ Nessa modalidade, o setor público abdica da maior parte do controle que geralmente possui em projetos alternativos tradicionais. Por isso há a necessidade de uma especificação clara e precisa dos padrões pelos quais se deseja que as instalações sejam projetadas, construídas e mantidas. AZÚA, Daniel Real de. **Project Finance. Uma modalidade de financiamento internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 57. SAVOIA, José Roberto Pereira. SHINOHARA, Daniel Yoshio. **Parcerias público-privadas no Brasil**. São Paulo: Manole, 2008, p. 16. **European Comission. Guidelines for sucessful Public-Private Partenerships. Europpean Comission**, 2003, pp. 22-24.

público, devendo o parceiro privado zelar por eles de forma apropriada durante o período do contrato⁸⁶. No direito brasileiro, foi adotada esta segunda concepção para designar as parcerias público-privadas quando, por meio da Lei 11.079/04, este tipo de arranjo entrou no ordenamento jurídico.⁸⁷

3.3 A experiência internacional das parcerias público-privadas

Os motivos que levaram à criação das parcerias público-privadas brasileiras não diferem muito dos capturados da experiência de outros países que adotaram as parcerias, como o Reino Unido, Chile e Portugal.

A experiência do Reino Unido destaca-se por ser pioneira na utilização do instituto e pela semelhança com o Brasil no que diz respeito à trajetória de reforma do Estado, percorrida nas décadas de 1980 e 1990. Chile e Portugal, países de tradição jurídica ibérica, possuem experiências diferentes no emprego de parcerias público-privadas no setor de transportes rodoviários que podem contribuir para a análise do instituto das PPPs brasileiras. O programa de parcerias foi bem delineado no Chile, e o de Portugal apresentou sérios problemas de estruturação.

Com base no novo padrão de relacionamento entre a Administração Pública e a iniciativa privada, foi criado, na Grã-Bretanha, no início da década de 1990, o programa denominado *Private Finance Initiative* (PFI), ou iniciativas de financiamento privado. Teve como objetivo principal tentar contornar as dificuldades fiscais do Estado diante da crescente demanda da população e do aumento da deterioração da qualidade do serviço público⁸⁸.

⁸⁶ RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. Op.cit., p. 28. SAVOIA, José Roberto Pereira. SHINOHARA, Daniel Yoshio. Op.cit., p. 16.

⁸⁷ Para Ribeiro e Prado, a definição de PPP dada pela Lei 11.079/04 é ainda mais restrita que a segunda aceção descrita, já que denomina PPP apenas dois tipos de concessão: administrativas e patrocinadas. RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. Op.cit., p. 29. No mesmo sentido, Sundfeld afirma: “a Lei das PPPs não é uma lei geral de parcerias e sim, uma lei sobre dois tipos de parcerias: a concessão patrocinada e a administrativa.” SUNDVELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**, pp.15-44. In Parcerias Público Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

⁸⁸ Vital Moreira, ao comentar a origem e as particularidades da PFI inglesa, relata que a PFI, em relação ao Direito Administrativo europeu continental, não passa de uma nova modalidade da concessão de obras ou de serviços públicos, porém existe uma novidade substancial nas PFIs: na aplicação a obras e serviços públicos gratuitos (ou quase gratuitos) como hospitais e escolas, o esquema é tradicionalmente o mesmo das concessões clássicas, com a diferença que o serviço público não é pago pelos usuários (ou só em pequena parte o é), a amortização e remuneração do capital privado têm de estar assegurados pela própria Administração Pública mediante pagamentos regulares feitos pelo Estado durante o período do contrato. MOREIRA, Vital. **A tentação da Private Finance Initiative-PFI** in MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital. A mão visível: mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 187-188 *apud* MARINS, Vinícius. Parcerias público-privadas, intervencionismo consensual e análise econômica do direito: a visão do direito econômico. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2006, p. 127.

Assim, no PFI, foi retirada a responsabilidade da Administração Pública pelo financiamento do empreendimento, permitindo que o Estado realocasse seus recursos em outros projetos. Incorporou-se também a filosofia segundo a qual o setor privado deveria assumir o risco do projeto, sem garantia contra eventuais prejuízos, uma vez comprovada a existência de relação custo/benefício positiva no empreendimento.⁸⁹

Com o PFI, o setor privado começou a realizar os serviços de forma unificada, englobando não só a prestação dos serviços, mas também assumindo a responsabilidade pelo desenho, construção e financiamento dos empreendimentos das parcerias.⁹⁰

Quando o partido trabalhista de Tony Blair assumiu o poder no Reino Unido, em 1997, o PFI sofreu uma sensível reavaliação. Dentre os motivos da revisão, estava a falta de coordenação inicial do Programa, a priorização insuficiente dos projetos e o desenvolvimento de muitos deles ao mesmo tempo e de forma muito rápida, o que demandava elevados montantes de recursos fiscais e levava os orçamentos públicos a desequilíbrios.⁹¹

Na reformulação do Programa, entre outros objetivos, buscou-se equilibrar melhor a participação privada e a pública, de modo que o particular não fosse mais o único responsável pelo projeto, e que a Administração Pública assumisse parcela dos riscos oriundos do empreendimento.

As parcerias público-privadas do Governo britânico englobaram uma solução para o problema da situação fiscal do Estado, mas também uma verdadeira ferramenta de “gestão” para os serviços públicos, por meio de contratos com a iniciativa privada aplicáveis a todos os órgãos do governo, ou seja, uma ferramenta que admitiu outros modelos, além do típico modelo *DBFO* (*design-build-finance-operate*), e que utilizou-se de uma gama variada de figuras e estruturas, passíveis de traduzirem um leque diversificado de categorias, tipos e modelos de parceria.⁹²

⁸⁹ SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **A concessão de empreendimentos e contratualização da gestão Pública no Brasil:** a nova abrangência do regime de concessões no direito administrativo e o marco legal das parcerias público privadas. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2009, pp. 16-21.

⁹⁰ Ibidem, p. 19.

⁹¹ MARINS, Vinícius. Op.cit., p. 129.

⁹² SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **A concessão de empreendimentos e contratualização da gestão pública no Brasil:** a nova abrangência do regime de concessões no direito administrativo e o marco legal das parcerias público privadas. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2009, p. 23.

O Reino Unido já acumula duas décadas de experiências em parcerias público-privadas. Os defensores das parcerias apregoam que o uso do modelo tem conferido maior eficiência e custos mais baixos para o setor público e maior equilíbrio entre as partes, com a transferência dos riscos para o parceiro que melhor pode administrá-los. Defendem também, em comparação com outras formas de contratação, que as políticas das parcerias público-privadas trouxeram uma melhora na qualidade dos serviços prestados.⁹³

Algumas práticas adotadas pelo Reino Unido, que levaram as parcerias ao sucesso, podem servir de lição para o Brasil. São elas: o compromisso político inequívoco para a atração dos investimentos, a correta repartição de riscos entre as partes, a importância de se recorrer a conhecimentos especializados no assunto (assessoria externa para desenvolver os projetos) e a priorização de projetos com maior retorno socioeconômico.⁹⁴

Há sérias controvérsias sobre o real êxito das PPPs no Reino Unido, sob o aspecto do número de projetos que realmente obtiveram sucesso e quanto ao aspecto da economia de recursos públicos e aumento da eficiência. Em 2003, as estimativas da *Internacional Finance Services of London* eram no sentido de que as PFIs permitiram uma economia relevante quando comparadas a projetos implementados de forma convencional.⁹⁵

Porém, segundo um dos críticos às PPPs, Simon Zadek, do Instituto de Contabilidade e Ética Social do Reino Unido, o relatório intitulado *Building Better Partnerships* produzido pelo *Institute for Policy and Private Research (IPPR)* concluiu que, com poucas exceções, há mínimas provas de que as parcerias público-privadas britânicas conseguiram aumentar a eficiência administrativa do governo, poucas provas de redução de custos e significativas provas de aumento nos preços finais dos serviços públicos realizados.⁹⁶

⁹³ INTERNACIONAL FINANCE SERVICES LONDON, 2003. *Public-Private Partnerships. Experiences of Reino Unido for Internacional Markets*. Disponível em: <www.ifsl.org.uk>. Acesso em: 11. Maio 2011. Como defendem, Stephen e Vaillancourt, a PPP representou uma dupla oportunidade: por um lado, tornou possível uma mudança no processo de financiamento das infraestruturas, colocando a ênfase na montagem financeira dos projetos na ótica da geração de receitas e, por outro, encorajou o envolvimento do capital privado no investimento de serviços públicos, mobilizando recursos adicionais aos já afetos pelo setor público. LINDER, Stephen. VAILLANCOURT, Pauline. *Mapping the Terrain of the Public-Private Policy Partnership*. In VAILLANCOURT Roseneau, Pauline(org.) *Public-Private Policy Partnership*: Cambridge, MIT Press, 2000, pp. 67 e ss.

⁹⁴ INTERNACIONAL FINANCE SERVICES LONDON, 2003. *Public-Private Partnerships. Experiences of Reino Unido for Internacional Markets*. Disponível em: <www.ifsl.org.uk>. Acesso em: 11. Maio 2011.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ COMISSION ON PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. *Building Better Partnerships*. Disponível em: <<http://www.ippr.org/publication/55/1234/building-better-partnerships>>. Acesso em: 20. Jun. 2011, p. 3.

Além disso, o relatório concluiu que as parcerias não resultaram em melhoria da qualidade do serviço prestado, e quando o fez, foi com brutal aumento de preços para o consumidor. Zadek chama a atenção ainda para o fato que o Governo britânico estará preso a compromissos de bilhões de libras esterlinas ao longo dos próximos 40 anos, advindos das parcerias.⁹⁷

Depois do relatório *Building Better Partnerships*, em 2011, um sinal vermelho acendeu para o programa das parcerias no Reino Unido, com a publicação, pelo governo, de relatório contendo apontamentos sobre as PFIs no país, e com a abertura de consulta pública para apresentação de propostas de reforma do programa e desenvolvimento de novos modelos de utilização do investimento privado em construção, manutenção, operação e prestação de serviços públicos.

No relatório, intitulado de *Reform of the Private Finance Initiative*, fala-se da necessidade de se assegurar que os projetos de PFI obtenham melhor relação custo/benefício para os investimentos públicos e resultem em menores custos para os usuários dos serviços fornecidos pelos projetos⁹⁸. O relatório propõe a inclusão nos projetos ainda não licitados de mecanismos de compartilhamento dos ganhos de produtividade entre o parceiro privado e o setor público, melhoria da capacidade de gestão dos servidores públicos em relação à gestão da licitação e de projetos e determina que o Tribunal de Contas do Reino Unido (*National Audit Office*) realize um estudo independente a respeito da análise comparativa entre as parcerias e outros métodos tradicionais de contratação cabíveis.⁹⁹

A partir daí, o governo britânico pretendeu estabelecer um novo programa de parcerias, para fazer uso de forma mais eficaz da capacidade inovadora do setor privado,

⁹⁷ Ibidem, p. 6.

⁹⁸ As análises contempladas no referido relatório questionam o programa nos seguintes pontos: (1) existência de casos de PFIs que não implicaram menor uso de recursos públicos devido à alocação incorreta de riscos entre as partes, resultando em preços mais altos e ineficiências na prestação dos serviços; (2) falta de demonstrações concretas no sentido de que os PFIs foram mais eficientes do que formas alternativas de viabilizar os projetos; (3) falta de demonstração plena do argumento de que os PFIs apresentam maior segurança no que diz respeito ao orçamento e ao cronograma do projeto; (4) longo tempo de maturação dos projetos; (5) falta de flexibilidade dos contratos para incorporar situações novas, que tendem a surgir em arranjos de longo prazo; (6) falta de competitividade nas licitações, pois o PFI envolve processos longos, complexos e caros, de modo que apenas as empresas que podem se arriscar a perder milhões de libras com propostas, que podem não ser as vencedoras, apresentam interesse por tais contratos. PEREIRA, Bruno. **Parcerias público-privadas: o que o Brasil pode aprender com o Reino Unido?** Disponível em: <www.pppbrasil.org.br>. Acesso em: 17. Dez. 2011.

⁹⁹ Segundo o relatório: “we need to ensure that this investment is cost effective and that the taxpayer is getting maximum value for money. The Private Finance Initiative (PFI) has been used to deliver around 700 new facilities across a range of sectors in the UK since its inception in 1992 but the Government shares some of the commonly identified concerns that PFI contracts can be too costly, inflexible and opaque.” HM TREASURY. *Reform of the Private finance Initiative. December 2011.* Disponível em: <www.hm-treasury.gov.uk>. Acesso em 17. Dez. 2011.

buscando aumentar a flexibilidade dos contratos para acomodar as necessidades do serviço público, surgidas ao longo do tempo, garantir um processo mais acelerado de aquisições e maior equilíbrio na repartição dos riscos entre as partes e obter uma maior transparência nos projetos.

Em Portugal, a opção pelas parcerias público-privadas foi a maneira encontrada pelo Estado para enfrentar a falta de capacidade de investimento público em infraestrutura, necessária para comportar o crescimento econômico e satisfazer as demandas por investimentos no país que passou a fazer parte da União Europeia.¹⁰⁰

A legislação portuguesa define parcerias público-privadas como contratos ou a união de contratos pelos quais os parceiros privados se obrigam, de forma duradoura perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade, que objetive a satisfação de uma necessidade coletiva, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração são no todo ou em parte do parceiro privado¹⁰¹. Ou seja, nos termos do diploma legal português, não é qualquer parceria entre o setor público e o privado que constituirá uma PPP, e sim, o contrato que conjugue o investimento privado e sua sucessiva exploração.¹⁰²

Portugal já foi um dos países mais atuantes no desenvolvimento de projetos no formato de parcerias público-privadas. Por isso, traz lições importantes, especialmente no setor de concessão de estradas, em que mostra a importância do investimento institucional em planejamento, capacitação e gestão de contratos, como condição de funcionamento adequado das parcerias.¹⁰³

A experiência portuguesa de parcerias público-privadas no setor rodoviário começou em 1997, por meio do Decreto-Lei 267, e serviu de alerta aos demais países que buscavam desenvolver programas de PPP. Foram implantadas, em diversas rodovias, concessões do tipo

¹⁰⁰ O regime das PPPs, em Portugal, foi regulamentado pelo Decreto-Lei 86/2003. A norma sofreu várias alterações, por meio do Decreto-Lei 141/2006, introduzindo a simplificação e melhor acautelamento do interesse público, principalmente no que concerne à eficácia da partilha de riscos e dos benefícios alcançados nos projetos de PPP. Em alguns setores, como o de transportes, existe regulamentação específica produzida, inclusive em data anterior ao Decreto-Lei 86/2003, visando contemplar as especificidades individuais dos projetos. PORTUGAL. Decreto-Lei 86/2003. Diário da República, 1-série-A, nº 97 de 26 de Abril de 2003.

¹⁰¹ PORTUGAL. Art.2º do Decreto-lei 86/2003.

¹⁰² COSTA E SILVA, Simon Riemann. **Parcerias público-privadas em Portugal** in SOUZA, Maria Campos de (coord) Parcerias público-privadas. Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 177-200.

¹⁰³ PEIXINHO, Manoel Messias. **As parcerias público-privadas no direito estrangeiro e no Brasil:** instrumentos de concretização de políticas públicas e de direitos fundamentais, p. 37. In PEIXINHO, Manoel Messias (coord.). Marco regulatório das parcerias público privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, pp. 1-51.

SCUT, ou sem cobrança para o usuário, também chamadas de rodovias com pedágio sombra (*shadow toll*) - um sistema aplicado nos casos em que o volume do tráfego nas rodovias não conferia retorno econômico suficiente ao investimento. Nestes casos, a viabilidade das rodovias seria garantida pelo Estado com o pagamento ao concessionário de uma remuneração com base nos veículos que utilizassem a rodovia.¹⁰⁴

Adoção do modelo SCUT implicou sérios problemas e fizeram as parcerias do setor entrarem em crise pelas seguintes razões: (1) o lançamento de projetos de forma independente, sem estabelecimento de prioridades e planejamento, ocasionando excessivo impacto orçamentário (aumento de 175% acima do estimado no orçamento) e provocando desequilíbrio fiscal, acrescido de encargos financeiros insustentáveis; (2) a adoção do modelo do pedágio sombra revelou-se injusta, pois algumas localidades atravessadas pelas rodovias SCUT apresentavam níveis elevados de desenvolvimento e de tráfego e, portanto, de subsídios, enquanto que outras autoestradas com pedágio cortavam áreas menos desenvolvidas, com menor tráfego e menos subsídios; (3) a falta de consenso político para garantir a execução dos projetos e incentivar o investimento privado, em face do longo prazo de duração dos contratos, que excedem, na maioria das vezes, a legislatura; (4) a falta de rigoroso estudo das vantagens e desvantagens dos projetos e desconsideração dos riscos, principalmente os ambientais; (5) a falta de repartição adequada dos riscos, gerando desequilíbrios nos contratos.¹⁰⁵

Quando da revisão do modelo das parcerias público-privadas das rodovias portuguesas, foi introduzida a cobrança de pedágios nas estradas de acordo com o princípio “utilizador-pagador”, uma tarifa paga em bases anuais pela utilização da rodovia, pois pareceu ser o modelo que mais respeitaria os critérios de equidade, justiça e racionalidade. Além disso, adotou-se a obrigatoriedade de constar no orçamento do projeto a previsão anual das despesas totais e a apresentação de um estudo rigoroso com a avaliação da efetiva economia, eficiência e eficácia de cada projeto de PPP, quando comparado a outros modelos tradicionais de contratação pública.¹⁰⁶

¹⁰⁴ COSTA E SILVA, Simon Riemann. Op.cit., pp. 177-200 e p. 185.

¹⁰⁵ PEIXINHO, Manoel Messias. Op.cit., pp. 1-51 e pp. 36-37 e MARINS, Vinícius. **Parcerias público-privadas, intervencionismo consensual e análise econômica do direito: a visão do direito econômico**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2006, pp.133-135. SAVOIA, José Roberto Pereira. SHINOHARA, Daniel Yoshio. **Parcerias público-privadas no Brasil**. Baueri: Manole, 2008, p. 13.

¹⁰⁶ PEIXINHO, Manoel Messias. **As parcerias público-privadas no direito estrangeiro e no Brasil: instrumentos de concretização de políticas públicas e de direitos fundamentais**, p. 37. In PEIXINHO, Manoel

Na América Latina, o primeiro país a implantar um programa de parceria público-privada foi o Chile, na década de 1990, quando o Ministério de Obras Públicas - MOP incentivou o setor privado a participar dos investimentos de que o país necessitava por meio do sistema de concessões, objetivando superar os deficit da infraestrutura.¹⁰⁷

A experiência do Chile com parcerias público-privadas ficou sendo a mais conhecida, além de considerada uma das bem sucedidas na América Latina, tornando-se um paradigma para outros países latino-americanos.¹⁰⁸

Dentre os motivos que levaram o modelo chileno a apresentar resultados positivos estão¹⁰⁹: (1) seu quadro institucional sólido e com grande consenso político em torno da institucionalização e perenização das parcerias; (2) a natureza bem definida dos contratos, com divisão clara dos riscos e obrigações das partes; (3) a supervisão dos projetos pelo Ministério de Obras Públicas; (4) o mecanismo eficiente de resolução de conflitos e correção dos rumos no decorrer do tempo, com a adoção de maior cuidado na fixação dos indicadores de qualidade nos contratos.¹¹⁰

Messias (coord.). Marco regulatório das parcerias público privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, pp. 1-51.

¹⁰⁷ No início da década de 1990, o Chile deparava com um deficit em infraestrutura de US\$ de 11 bilhões. In MARINS, Vinícius. **Parcerias público-privadas, intervencionismo consensual e análise econômica do direito**: a visão do direito econômico. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2006, p. 135.

¹⁰⁸ A experiência com PPPs no Chile é considerada bem sucedida por ter conseguido suprir uma significativa lacuna no estoque de infraestrutura. O FUMIN, Fundo Multilateral de Investimentos do BID, criou o *infrascopes*, uma ferramenta interativa que traz a avaliação de 19 países da América Latina e Caribe quanto à sua capacidade relativa de desenvolver e implementar PPPs. Em 2010, o *infrascopes* colocou o Chile no primeiro lugar dos países da América Latina que aplicam o sistema de PPPs e que possuem um ambiente mais favorável ao desenvolvimento de PPPs. Em relação ao transporte rodoviário, foram implantados pelo governo chileno, de 1994 a 2009, mais de 36 projetos, que envolveram recursos da ordem de US\$ 5,5 bilhões, aplicados em mais de 2.000 km de rodovias Disponível em: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35434873>>. Acesso em 12. Jun. 2011.

¹⁰⁹ Até o final de 2007, o total de investimentos acumulados na área de infraestrutura foi de aproximadamente 11,3 bilhões de dólares. Quase 90% dos investimentos neste programa foram em concessões de rodovias. In FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Public-Private Partnership. Prepared by the fiscal Affairs Department, March 12, 2004. Appendix I.*

¹¹⁰ O Chile viveu uma primeira experiência de PPPs mal sucedida, mas que serviu de base para a correção de rumos. A concessionária da estrada e do túnel “El Melón” ganhou a licitação oferecendo uma tarifa alta ao usuário e um elevado pagamento ao governo pelo uso de infraestrutura preexistente, provocando desvio de tráfego para uma rodovia alternativa. Depois dessa experiência, o critério foi alterado e os licitantes passaram a competir oferecendo a menor tarifa de pedágio nos limites de uma faixa/banda prefixada pelo MOP. COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias público-privadas**: relatos de algumas experiências internacionais, in SUNDFELD, Carlos Ari (org.) Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 69-70.

O tipo contratual utilizado nas parcerias chilenas foi a concessão, sendo o seu marco regulatório o Decreto, com força de lei, nº 164/91¹¹¹ e o Decreto Supremo do Ministério de Obras Públicas - MOP 900/96¹¹², atualizados e sistematizados, em 2010, pela Lei 20.410.¹¹³

A Lei chilena permite que a solução de divergências envolva as duas partes, a concessionária e o MOP. Caso não cheguem a um acordo, as partes podem apelar para a Comissão Conciliadora que tenta conciliar e, finalmente, arbitrar os conflitos.

A fiscalização das parcerias é realizada pela Unidade da Coordenação Geral de Concessões, criada como departamento interno do MOP, em 1991, para por em prática o programa de concessões em seus procedimentos licitatórios e para a supervisão de administração dos contratos de concessão. Hoje, a Coordenação funciona mais como uma espécie de agência reguladora independente, pouco sujeita à ingerência política de outras instâncias do governo, especialmente em assuntos de ordem técnica e cotidiana, relacionados às concessões que monitora.¹¹⁴

Com efeito, a experiência do Reino Unido, do Chile e de Portugal contribuiu para a formação do modelo brasileiro de PPP e podem orientar o País na execução dos projetos de parceria. Porém, cabe destacar que, de fato, o instituto das PPPs no Brasil foi embasado nas experiências obtidas nas concessões, conforme se poderá observar na próxima seção.

Seção 4 – Análise das parcerias público-privadas no sistema jurídico brasileiro

4.1 Antecedentes às parcerias público-privadas: as concessões

O instituto concessório existe no Brasil desde o Império, porém foi a partir da década de 1990 que esse se transformou em importante instrumento de política administrativa e de enxugamento do Estado. Na realidade, após o Programa de Privatização, a concessão, como

¹¹¹ CHILE. *Decreto com Fuerza de Ley nº 164 del julio del 1991. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley nº 591, de 1982, del ministerio de obras publicas, y de las normas relativas a la ejecucion, reparacion, conservacion y explotacion de obras publicas fiscales por el sistema de concesion, contenidas en la ley nº 15.840 y el decreto con fuerza de ley nº 206, de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo nº 294, de 1984, del ministerio de obras publicas. Publicación 04 de setembre de 1991.*

¹¹² CHILE. *Decreto Supremo MOP 900 del 31 de octubre del 1996. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del dfl mop nº 164, de 1991, ley de concesiones de obras publicas. Publicación 18 del diciembre del 1996.*

¹¹³ CHILE. *Ley nº 20.410 de 4 del diciembre del 2009. Modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica. Publicación 20 del enero de 2010.*

¹¹⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Op.cit., p. 72.

outorga de um serviço público de responsabilidade do Estado a uma pessoa diversa da Administração Pública (um ente privado) para sua realização, passou a ser um instrumento central na vida administrativa do país.

As concessões, após a privatização, passaram a ser utilizadas como forma de diminuir o aparelhamento do Estado. Esse fato está claro ao se observar que a Lei 9.491/97 (altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização) expressamente previu a concessão como forma de desestatização, que poderia acontecer com a outorga de uma concessão isolada ou a venda de uma estatal junto com a concessão da qual a empresa estatal era titular.¹¹⁵

Em 1995, em cumprimento ao mandamento constitucional consubstanciado no art.175, foi editada a Lei Geral das Concessões (Lei 8.987/95), a primeira lei nacional que disciplinara o sistema de concessões de forma abrangente¹¹⁶, posteriormente complementada pela Lei 9.074, de 07.07.1995.¹¹⁷

Muitos serviços, antes concedidos com exclusividade às empresas estatais, depois da privatização, passaram a ser realizados de forma concorrencial, visando alcançar maior eficiência e menor tarifa nos serviços prestados. Na Lei 8.987/95 (art.2º, incisos II e III), duas modalidades de concessão foram previstas: a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida de obra pública.¹¹⁸

Em 2004, iniciou-se uma nova fase do instituto concessório, ao disciplinar as parcerias público-privadas, designadas pela Lei 11.079/04 como concessões administrativas e patrocinadas¹¹⁹, confirmando que as PPPs corresponderiam a espécies de concessões, inclusive com a previsão de aplicação subsidiária das disposições da Lei 8.987/95.¹²⁰

¹¹⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As parcerias na administração pública**. Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo, v. I, ago, 2006, p. 450.

¹¹⁶ As Constituições de 1934 (art.137), de 1946 (art.152) e de 1967 (art.160) e a Emenda Constitucional 1/69 (art.167) previam a edição de lei sobre o regime de prestação de serviço público, sob a forma de concessão, mas tal lei nunca foi promulgada. Idem. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Parceria público - privada*. São Paulo: Malheiros, jul, 2005, p. 177.

¹¹⁷ BRASIL. Lei 9.074/95. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Publicado no DOU de 8.7.1995 - Edição extra e republicada no DOU de 28.9.1998.

¹¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas** in *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27 *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 571.

¹¹⁹ Além das concessões de serviço público, podem ser citadas outras modalidades de concessão no Direito brasileiro: concessão de uso de bem público (conf. art.7º do Decreto-Lei nº 271/67), de direito real de uso, de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia elétrica. Uma análise mais detida dos

4.2 Principais aspectos do instituto das concessões

As concessões, no Brasil, são uma figura antiga no âmbito das relações entre a Administração Pública e terceiros, e constituem o primeiro instrumento de descentralização administrativa adotado pelo Estado brasileiro.¹²¹

Por meio das concessões, as atividades econômicas, qualificadas como serviço público¹²² e seus investimentos, passíveis de exploração lucrativa, passam a ser delegadas a agentes privados mediante contrato administrativo. Concordando com essa visão, Alexandre Aragão apresenta a seguinte definição abrangente do instituto da concessão:

Concessão de um serviço público é a delegação, contratual e remunerada (por tarifa ou outra fonte de receita ligada à própria exploração do serviço), da execução de um serviço, que é público, para que o particular, por sua conta e risco, possa explorá-lo de acordo com as disposições legais e contratuais, por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público.¹²³

O autor acrescenta ainda que, na concessão, o direito que é outorgado deriva e faz parte de um direito da Administração Pública. Por isso, os serviços públicos não perdem a titularidade estatal exclusiva, existindo sim a mera delegação de sua gestão e execução. Findo

outros tipos concessórios como as concessões de bem público ou as de direito real de uso, ver em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 561-567 e p. 284. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 105-106.

¹²⁰ BRASIL. Lei 11.079/04. Art.3º§ 1º e 2º.

¹²¹ Bandeira de Mello chama a atenção para um aspecto do novo sistema, que, na concessão, alguém aceita prestar um serviço público sob as condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob a garantia contratual de haver equilíbrio econômico – financeiro do contrato, e o concessionário é remunerado pela própria exploração do serviço mediante tarifas. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 658-659.

¹²² Para Renato Alessi, serviços públicos constituem relações jurídicas que só existem nas prestações *uti singuli*, pois, nos serviços *uti universi*, não é possível a identificação dos beneficiários do serviço e em que proporção se beneficiariam, dificultando a cobrança individualizada. ALESSI, Renato. **Le Prestazioni Administrative Rese ai Privati**. Giuffrè: Milano, 1946 *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 173. Para Sundfeld, serviço público pode ser entendido como uma atividade por meio da qual é ofertada uma utilidade destinada à coletividade, fruível singularmente. As utilidades passíveis de serem objeto de concessão devem ser fruíveis, singulares e fornecidas diretamente aos usuários, os chamados serviços públicos *uti singuli*. Somente os serviços públicos *uti singuli* podem ser objeto da concessão comum, por permitir a cobrança direta de tarifas dos usuários. Diferentemente, os serviços *uti universi* são destinados à coletividade como um todo, e tomados indiretamente pelos cidadãos. Esses serviços, mesmo quando dotados de natureza comercial ou industrial, não ensejam relação contratual direta com seus usuários, o que inviabiliza a remuneração do prestador da atividade pelo tomador do serviço e a possibilidade de serem delegadas por concessão comum, como ocorre com os serviços de pavimentação de ruas, a iluminação pública, a iluminação dos faróis de navegação, etc. São exemplos claros de serviços públicos os serviços domiciliares de energia e o uso de linha telefônica. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coords). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 42.

¹²³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 566.

o prazo da concessão, os bens vinculados ao serviço público retornam ao poder concedente sem qualquer indenização, salvo em relação aos bens que não tiverem sido amortizados.¹²⁴

Partindo das principais características das concessões, é possível capturar alguns dos elementos que compõem a identidade das parcerias público-privadas, segundo a Lei 8.987/95. As concessões regem-se pelos seguintes princípios: (1) igualdade dos usuários, (2) mutabilidade das cláusulas; (3) continuidade dos serviços; (4) prestação de serviço adequado.¹²⁵

O princípio da igualdade do serviço público remete ao princípio da isonomia, previsto na Constituição de 1988, que obriga a prestação do serviço ser igual para todos os cidadãos que se encontrem na mesma situação, devendo ser justificada qualquer diferença de tratamento.¹²⁶

Por princípio da mutabilidade, entende-se a possibilidade de alteração unilateral, devidamente motivada pelo poder concedente, das cláusulas contratuais da concessão, visando o atendimento ao interesse público, e não cabendo ao concessionário ou ao usuário opor-se às alterações¹²⁷. Porém, se a alteração unilateral afetar o equilíbrio econômico - financeiro do contrato, esse deverá ser recomposto, concomitantemente à alteração ocorrida (art. 9º, §4º da Lei 8.987/95).¹²⁸

O equilíbrio econômico-financeiro é um ponto central nas concessões, em razão do longo período de duração dessas. Hoje, entende-se que este é um direito do contratado, mesmo se não estiver previsto no contrato de concessão ou em lei específica.¹²⁹

¹²⁴ *Ibidem*, p. 570.

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Concessão e parceria público-privada. Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público - privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 124.

¹²⁶ *Idem*. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 103.

¹²⁷ As concessões são regidas por dois tipos básicos de normas: as cláusulas regulamentares ou de serviço e as cláusulas econômicas ou financeiras. As regulamentares constam de lei, decreto ou do próprio contrato e disciplinam o modo e a forma de atender aos objetivos da administração. Elas são alteráveis unilateralmente pela Administração. As cláusulas econômicas ou financeiras correspondem a uma equação econômica financeira que não pode ser alterada. Caso a Administração Pública cause este desequilíbrio, este deve ser revisto imediatamente. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Op.cit.*, pp. 633-634.

¹²⁸ Embora a Lei de Concessões não estipule um limite para as alterações unilaterais nos contratos, cabe a aplicação do art. 65 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), que prevê o limite de 25% do valor inicial, já atualizado, do contrato. *Ibidem*, pp. 633-634.

¹²⁹ O desequilíbrio pode ser causado por áleas extraordinárias ou áleas ordinárias. As áleas extraordinárias são acontecimentos imprevisíveis, inevitáveis e não imputáveis ao contratado. Nesse caso, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser imediatamente restabelecido. As áleas extraordinárias são divididas em duas: (a) fato da administração - alterações administrativas unilaterais, ações ou omissões da Administração que atingem concretamente o contrato (exemplo, a não entrega do local da obra); (b) fato do príncipe - determinações gerais

Os fatos previsíveis ou aqueles considerados “risco do negócio”, salvo disposição legal ou expressa, não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹³⁰. Essa aplicação é abordada com mais detalhe na discussão dos tipos de concessão existentes nas parcerias.

O princípio da continuidade implica a impossibilidade de haver interrupção da prestação do serviço, exceto por razões técnicas de segurança das instalações, considerando-se o interesse coletivo (art. 6º, § 3º, I e II da Lei 8.987/95)¹³¹. No entanto, a aplicação estrita do art. 39 da Lei de Concessões, a interrupção das atividades da empresa, somente após decisão judicial, levaria a situações extremas, que poderiam colocar em perigo a existência da própria concessionária, devido ao longo tempo que leva uma ação ordinária.¹³²

Além dos princípios já abordados, a Lei 8.987/95 preceitua que os serviços públicos prestados no regime de concessão devem ser adequados. Para a Lei, serviços adequados são aqueles que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação, além de modicidade das tarifas.¹³³

Por força do princípio da generalidade, os serviços públicos devem ser prestados a toda sociedade. A atualidade nas concessões compreende a modernidade das técnicas, dos

que atingem apenas reflexamente o contrato (exemplo, as variações tributárias provocadas pelo ente titular do poder concedido, e o congelamento de tarifas pelo poder concedente); (c) áleas econômicas - acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível, inevitável e considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. Álea econômica dá margem à aplicação da teoria da imprevisão: se as condições da época em que foi celebrado o contrato mudaram o contrato deve ser revisto. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Concessão e parceria público-privada. Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público - privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 97 a 108 e ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 637-650.

¹³⁰ Por risco do negócio se entende aqueles que o empresário, no exercício da sua atividade empresarial, pode correr normalmente como resultado da própria flutuação do mercado. Já as circunstâncias econômicas, embora imprevisíveis, mas que se insiram na normalidade e que não causem desequilíbrio econômico financeiro, não ensejam alteração de tarifa. O equilíbrio econômico-financeiro não abrange a imutabilidade da tarifa; esta pode ser alterada, desde que seja para o restabelecimento do equilíbrio. JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 157 *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Op.cit.*, p. 640.

¹³¹ Inclui-se também como motivo de interrupção válida a paralisação em decorrência de caso fortuito ou força maior (art.39,§1º, III da Lei 8.987/95). No caso de outros fatos causados à concessão pela Administração Pública, cabe ao concessionário pleitear a rescisão do contrato, não podendo interromper os serviços até a decisão judicial transitada em julgado (art.39 da Lei 8.987/95). JUSTEN FILHO, Marçal. **Serviço público no direito brasileiro**, pp. 375 - 407 *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, v. I, 2006, pp. 309-310.

¹³² Além disso, haveria violação de alguns princípios constitucionais, como o direito à propriedade privada, à livre iniciativa e à vedação da exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário, não apenas as lesões aos direitos como também as ameaças de lesão (impossibilidade de outorga de medidas liminares para a paralisação dos serviços no caso de risco de danos irreparáveis). ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 660.

¹³³ Nesse sentido conferir o art.6º da Lei 8.789/95.

equipamentos e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e a expansão com qualidade do serviço público, pela concessionária¹³⁴. Por tarifa módica entende-se a possibilidade de ser suportada pelos usuários, ou seja, que os serviços públicos sejam acessíveis aos usuários, pois, por definição, levam a satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da sociedade.¹³⁵

4.3 As parcerias público-privadas consubstanciadas na Lei 11.079/04

A introdução das parcerias público-privadas no ordenamento jurídico brasileiro, entendida como as novas modalidades de concessão, patrocinada e administrativa, criadas pela Lei 11.079/04, teve as mesmas razões que provocaram a adoção do modelo das parcerias no âmbito de outros países: a falta de recursos públicos para investimentos em infraestrutura, a necessidade de aumentar a eficiência e a qualidade nos projetos do setor público e atrair o setor privado para financiar e implantar os investimentos nesses segmentos da economia.¹³⁶

Porém, algumas razões que levaram a adoção das parcerias público-privadas no Brasil estão relacionadas com a existência de lacunas no sistema jurídico brasileiro das concessões anterior a 2004. São elas: (1) a ausência de regulamentação para os projetos de investimentos em serviços públicos não autosustentáveis e (2) a autorização para a utilização da estrutura econômica das concessões de serviço público, por um prazo maior que cinco anos, nos serviços antes submetidos ao regime previsto na Lei 8.666/93, a Lei de Licitações no âmbito do setor público.

Mas para Bastide, a criação das PPPs no Direito brasileiro buscou atender muito mais a uma demanda específica dos interesses empresariais envolvidos do que ser a instauração de um elemento novo na seara do Direito Administrativo.

Para o autor, o desenvolvimento de toda uma conformação jurídica específica para regulá-las reside em questões mercadológicas. Ao se consagrar no ordenamento jurídico

¹³⁴ CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, v. I, 2006, pp. 310.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Concessão e parceria público-privada. Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público - privada e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 95-96.

¹³⁶ Da Exposição de Motivos 355/2003 do projeto de Lei das Parcerias Público-Privadas, podem ser extraídos alguns pontos relevantes que objetivaram a criação da lei, tais como: 1) ser alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país a serem supridas, mediante colaboração positiva dos setores público e privado; 2) ser elaborada com o objetivo de adaptar o atual marco legal de contratação (Lei 8.666/93) e de concessão de serviços públicos (Leis 8.987/95 e 9.074/95), permitindo algumas alterações que potencializem o sistema de parceria, o financiamento privado dos projetos e o compartilhamento de riscos.

brasileiro uma forma de colaboração com a qual os investidores estrangeiros estão mais acostumados, pretende-se tornar mais palatáveis os investimentos de vulto na infraestrutura pública nacional.¹³⁷

Sundfeld se manifesta de forma diferente a respeito da necessidade de criação da Lei de PPPs. Para o autor, a Lei das Concessões (Lei 8.987/95), apontada como antecedente das parcerias público-privadas, não se apresentara como solução adequada para delegação à iniciativa privada de empreendimentos que não tinham condições de se viabilizar mediante remuneração parcial ou total de seus usuários, seja pela inexistência de demanda suficiente para os serviços, seja pela baixa capacidade contributiva de seus usuários.¹³⁸

Na realidade, a Lei das Concessões já possibilitava que os concessionários obtivessem, além das tarifas cobradas dos usuários, valores adicionais pagos pela Administração Pública. Faltava, porém, para viabilização prática, a criação de um adequado sistema de garantias que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do poder concedente e um aparato jurídico que estruturasse e simplificasse a cobrança dos valores adicionais a serem aportados pela Administração Pública nas concessões. Foi, com esse sentido, que a nova Lei das Parcerias Público-Privadas criou a concessão patrocinada no país.¹³⁹

A Lei das Concessões também não permitia a prestação de serviços públicos inteiramente suportados pela Administração Pública, os chamados serviços públicos não econômicos, como os serviços públicos administrativos em geral, serviços de infraestrutura penitenciárias, policial, educacional, sanitária, judiciária, entre outros, ou partes ou etapas dos próprios serviços públicos econômicos, compostas por atividades administrativas.¹⁴⁰

De fato, a Lei de Licitações (Lei 8.666 de 21 de junho de 1993), responsável pelas normas gerais para contratação de serviços e obras no âmbito da Administração Pública, proibia a realização de contratos administrativos de serviços públicos por prazo superior a 5

¹³⁷ Bastide ainda acrescenta sobre a criação das PPPs: “trata-se, portanto, de um ‘disfarce’ que a velha concessão passa a utilizar, para fazer crer ao investidor estrangeiro que todos os riscos que eram por ele suportados, sejam eles cambiais, contratuais ou políticos, foram afastados, fazendo do Brasil um local de investimento seguro e da Administração Pública um parceiro confiável. A pergunta que fica como conclusão é a seguinte: é esse recurso suficiente para ensejar a confiabilidade necessária aos investimentos?”. HORBACH, Carlos Bastide. **Parceria público-privada: aspectos gerais**, p. 43. In: CASTRO, José Augusto Dias de. TIMM, Luciano Benetti (org.). Estudo sobre parcerias público privadas. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público privadas**. In SUNFELD, Carlos Ari (org.) Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25.

¹³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público privadas**. In SUNFELD, Carlos Ari (org.) Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26.

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 21-22.

anos¹⁴¹, inviabilizando contratos que, por demandarem grande volume de investimentos, possuíam longos prazos de amortização. Assim, com o objetivo de viabilizar a contratação de serviços públicos administrativos, totalmente sustentados pela Administração Pública, a Lei das Parcerias Público-Privadas criou a concessão administrativa.¹⁴²

Pode-se então entender que a legislação de 2004 não constitui uma lei geral sobre parcerias público-privadas, e sim, uma lei sobre duas espécies de concessão: a administrativa e a patrocinada.¹⁴³

Vale ainda apontar que a Lei de 2004, ao designar parcerias público-privadas como contratos de concessão nas modalidades administrativa ou patrocinada, pretendeu prevenir possíveis arguições de inconstitucionalidade, baseadas no argumento que o art.175 da Constituição Federal somente permite que as delegações de serviço público sejam realizadas por concessão ou permissão.¹⁴⁴

A Lei 11.079/04, ao abandonar a pretensão de um conceito amplo de parcerias público-privadas e ao adotar um sentido restrito para elas, reduziu sua complexidade, fazendo com que muitas dúvidas e desconfiças hermenêuticas que pairavam sobre o projeto de lei, e que poderiam incidir sobre uma nova Lei, fossem eliminadas. Assim, a escolha das denominações para as novas concessões contribuiu para facilitar a aprovação da nova

¹⁴¹ O art.57, *caput* e inc. II Lei 8.666/90 (Lei de Licitações) dispõe que o prazo máximo de contratação para serviços contínuos é de um ano prorrogável até o limite de 5 anos.

¹⁴² SUNDFELD, Carlos Ari. Op.cit., pp. 20-23.

¹⁴³ A doutrina em geral se manifesta no mesmo sentido: Ribeiro e Prado entendem que a Lei das PPPs optou por excluir a concessão comum do âmbito do conceito legal da PPP. Para a lei, as PPPs são apenas concessões patrocinadas ou administrativas. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47. Para Dinorá Grotti, o conceito da Lei das Concessões foi ampliado, não havendo revogação daquela, e sim, previsão de novas modalidades de concessão: a patrocinada e a administrativa. Confirma esse entendimento, o fato que a própria Lei 11.079/04 prevê aplicação complementar da Lei das Concessões. As concessões comuns e as PPPs são espécies do gênero do contrato administrativo de concessão. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público. Parceria público-privada**. São Paulo: Malheiros, 2005. Para Di Pietro, as PPPs são constituídas de arranjos contratuais mais abrangentes do que os previstos na Lei de Concessões, ou seja, abrangem contratos de concessão com o objeto de prestação de serviço público ou de outros serviços que a Administração Pública é usuária, direta ou indiretamente, e nos quais é prevista para o parceiro privado, além da remuneração por tarifas, a remuneração pelo parceiro público ou apenas a remuneração do parceiro público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Concessão e parceria público-privada. Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. Para Luiz Alberto Blanchet, apesar de todas as peculiaridades da lei das PPPs, suas modalidades são na verdade, concessões. BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas – comentários à Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 23.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

legislação.¹⁴⁵

Segundo a legislação aprovada, o modelo das parcerias público-privadas não pode ser utilizado em qualquer caso de obra de infraestrutura e prestação de serviços públicos. Assim, estabeleceu os seguintes parâmetros para a utilização do novo instrumento em obras públicas: (1) não ser objeto único do contrato a execução de obra pública, o fornecimento de mão de obra e o fornecimento e a instalação de equipamentos de forma isolada (inciso III do § 4º do art.2º); (2) serem os investimentos de valor superior a R\$ 20 milhões, um dispositivo para evitar o uso indiscriminado do instrumento (art.2º, §4º, inc.II da lei 11.079/04); (3) terem os contratos de prestação do serviço um período superior a cinco e no máximo trinta, e cinco anos, prazos longos que se destinam a estabelecer relações firmes e duradouras na contratação de obras e serviços com o setor privado, como devem ser as PPPs (art. 5º, inc. I da lei 11.079/04).¹⁴⁶

Da mesma forma, estão excluídos do regime das parcerias público-privadas, conforme definição da Lei 11.079/04, os contratos de obra pública e os contratos de concessão comum, que continuarão regidos pela Lei de Licitações (Lei 8.666/93) e pela Lei das Concessões (Lei 8.987/95), respectivamente¹⁴⁷. No entanto, a experiência adquirida, após 1995, com as leis regulatórias das concessões (Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95) justificou a aplicação subsidiária dessas à Lei das Parcerias Público-Privadas.¹⁴⁸

4.4 Fundamentos das parcerias público-privadas: conceitos e diretrizes da Lei 11.079/04

Em um contexto de dificuldades para estipular regras peremptórias para as ocorrências e os efeitos jurídicos da nova Lei, o legislador, na Lei 11.079/04 (art. 4º), optou por definir normas gerais que apontassem para objetivos e aspirações, que fossem levados em

¹⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público privadas**. In SUNFELD, Carlos Ari (org.) Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 24-26.

¹⁴⁶ A Lei das Concessões não estabelece prazo máximo para os contratos de concessão comum. Algumas leis para setores específicos da economia estabelecem prazo máximo para as concessões setoriais que disciplinam (por exemplo, a Lei 9.074/95, art.4º, § 3º, determina um prazo máximo de 30 anos para contratos de concessão de transmissão e distribuição de energia elétrica).

¹⁴⁷ BRASIL. Lei 11.079/04. Art. 3º, §§2º e 3º.

¹⁴⁸ O *caput* do art. 3º da Lei 11.079/04 dispõe que às concessões administrativas aplica-lhes, adicionalmente, o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e o art. 31 da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995. Por sua vez, o parágrafo primeiro dispõe que às concessões patrocinadas aplica-lhes, subsidiariamente, o disposto na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e as leis que lhe são correlatas (por exemplo, a Lei 9.074/95). Os dispositivos citados demonstram a aplicação complementar da Lei 8.987/95.

consideração pelos seus aplicadores¹⁴⁹. Assim, as diretrizes apontadas nos itens a seguir foram adotadas no texto da Lei.¹⁵⁰

a) As parcerias público-privadas e a eficiência

Na visão do legislador, as parcerias devem atender as metas e objetivos delineados pela Administração Pública, assegurando que os serviços sejam prestados à coletividade com qualidade (eficiência qualitativa) e com o menor custo possível (eficiência quantitativa), propiciando aplicação adequada dos recursos públicos. Conclui-se que a contratação no formato de parceria público-privada só se justifica quando os ganhos globais de eficiência superarem os custos incorridos na sua estruturação, acompanhamento, fiscalização e regulação.¹⁵¹

Para tanto, a metodologia de verificação utilizada deve analisar se os recursos aplicados em determinada parceria realmente criam valor maior em comparação com as demais formas alternativas de contratação e parcerias existentes. Para isso, deve-se considerar tanto os aspectos quantitativos quanto os qualitativos em uma sistemática de avaliação que, na experiência internacional, é chamada de *Value for Money-VfM* (valor do dinheiro aplicado, tradução literal).¹⁵²

Borges e Neves entendem que *Value for Money* é a mensuração da diferença apurada entre o valor que teria a obra se realizada pelo Estado e o valor da obra se realizada pelo particular¹⁵³. *VfM* representa o valor adicionado, criado pelo recurso empregado em uma

¹⁴⁹ As diretrizes devem ser aplicadas não só na contratação, mas também durante todo o contrato. O rol fixado no art. 4º demonstra valores importantes das parcerias, mas sem, no entanto, desprezar nem retirar a obrigatoriedade de outras diretrizes legais ou constitucionais do Direito brasileiro.

¹⁵⁰ Para Eros Grau, as diretrizes são pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados e que podem se referir aos aspectos econômicos, sociais ou políticos. O autor assemelha as diretrizes às normas - objetivos que se amparam nas metas do governo e na conveniência econômica e política. A pesquisa dos fins da norma desenvolve-se, no contexto funcional, de acordo com os objetivos para os quais o sistema está voltado. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 158 e 166-167. Já Vanice Lírio do Valle destaca que a lei na verdade se refere a princípios ainda que o nome dado seja de diretriz. VALLE, Vanice Lírio do. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no art.4º da Lei 11.079/04. **A&C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: ano 5, nº 19, pp. b 201-220, jan/mar de 2005, p. 203.

¹⁵¹ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

¹⁵² RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 89.

¹⁵³ BORGES, Luis Xavier Ferreira e NEVES, César das. Parcerias Público-Privadas: riscos e mitigações em operações estruturadas de infraestrutura. Rio de Janeiro: **Revista do BNDES**, v. 12, n. 23, pp.73-118, jun. 2005, p.78.

parceria público-privada, em detrimento de outra forma de contratação e prestação do serviço no âmbito do setor público^{154/155}

O *Value for Money* nem sempre tem uma dimensão financeira, podendo o processo ser de escolha da forma de realizar o investimento presidido por outros valores não traduzíveis monetariamente, desde que contenha a economicidade como parâmetro para avaliar a ação governamental¹⁵⁶. O conceito de valor adicionado vai muito além da mensuração em valores absolutos e envolve a ideia de custo – benefício, em que, lado a lado, estão na análise, tanto os custos financeiros quanto outros impactos relacionados à satisfação do interesse público, estes nem sempre mensuráveis.¹⁵⁷

A utilização do *VfM* mostra que a eficiência dos projetos das parcerias somente pode ser mensurada caso a caso. Além disso, não se pode afirmar que a parceria público-privada é sempre a melhor solução para todas as situações e para todos os projetos definidos como de PPP. Em alguns casos, a execução direta do serviço por parte da Administração Pública é a melhor opção, em outras situações a concessão comum é mais vantajosa. Enfim, pode-se afirmar que a adoção do formato das parcerias público-privadas somente encontra justificativa

¹⁵⁴ SAVOIA, José Roberto Pereira. SHINOHARA, Daniel Yoshio. **Parcerias público-privadas no Brasil**. Barueri: Manole, 2008, p. 30. Os autores ainda explicam que a comparação dos custos associados à contratação por PPP, comparada aos custos de realização do projeto inteiramente pelo governo, é denominada *Public Sector Comparator (PSC)*. Esse indicador deve ser tal que as propostas privadas possam ser comparadas de maneira justa, que reflita não apenas os custos de contratação e prestação de serviços diretos e facilmente identificáveis, mas também os riscos e os respectivos custos que podem surgir sob a gestão do setor público e que inexistam (ou pelo menos são mais bem administrados) sob a gestão do setor privado, p.31. Segundo Ribeiro e Prado, há grande dificuldade de se aplicar o *PSC* no Brasil, pois não há, na maior parte das vezes, estrutura técnica e operacional adequada do poder público para realizar esse tipo de análise. Para eles, o mais adequado para o contexto brasileiro é o desenvolvimento de referências e critérios setoriais para a mensuração e definição de quando não é conveniente a realização da PPP. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. Op.cit, pp. 92-93.

¹⁵⁵ O conceito de *Value for Money* possui outras interpretações: O Tesouro Britânico define o *VfM* como a combinação ótima entre o custo do projeto ao longo da concessão e a qualidade do serviço prestado em relação ao atendimento aos usuários, não representando sempre e necessariamente o menor custo. *HM TREASURY. Value for Money Assessment Guidance*. Novembro de 2003, p. 11. Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_vfm_index.htm>. Acesso em 21. Nov. 2011. Por sua vez, a Comissão Europeia define *VfM* como as vantagens socioeconômicas que justificam a aplicação de uma parceria público-privada em detrimento de outra forma de contratação tradicional. *EUROPEAN COMMISSION. Guideline for succesful Public Private Partnerships*. European Comission, 2003, pp. 59-68.

¹⁵⁶ MARINS, Vinícius. **Parcerias público-privadas, intervencionismo consensual e análise econômica do direito**: a visão do direito econômico. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006, p. 156.

¹⁵⁷ A opção pelas PPPs nem sempre decorre de escassez de recursos financeiros públicos, mas da busca, pela Administração Pública, de serviços de melhor qualidade, em todos os sentidos, tais como a celeridade na consecução do objeto contratado e a distribuição adequada de riscos entre os parceiros. A título de exemplo, imagine-se que o aumento de ganhos e a redução de prejuízos poderão ser significativos, caso o Estado opte pela contratação de parceiro privado para a construção e exploração de rodovia que possibilite em, no máximo 5 (cinco) anos, o escoamento da produção de determinada região para fins de exportação, ao invés de construí-la diretamente, no prazo mínimo de 10 (dez) anos.

nas situações em que for demonstrado que a parceria é o melhor meio para a satisfação concreta dos interesses públicos.

- b) O respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução

O respeito aos beneficiários das parcerias público-privadas é assegurado pela Lei 11.079 de 2004. O primeiro dispositivo da Lei nesse sentido é a exigência para a abertura do processo licitatório de submissão da minuta de edital e do contrato à consulta pública, visando receber sugestões e ouvir a população a ser afetada ou envolvida com o novo projeto¹⁵⁸. A consulta deve ser realizada por canais comuns e acessíveis à população interessada. E somente será satisfatória se efetivamente proporcionar a máxima legitimidade social à contratação da parceria, o que só ocorrerá quando usados instrumentos de comunicação que a população tenha fácil acesso.¹⁵⁹

Outra medida da Lei 11.079/04, que visa assegurar o respeito aos interesses e direitos dos agentes envolvidos, refere-se à criação de órgão gestor das parcerias para exercer as funções de controle no âmbito do Governo Federal. O legislador centralizou nesse órgão as atividades de controle e fiscalização relacionadas aos aspectos de transparência, publicidade dos atos, eficiência, limitação orçamentária, repartição de riscos entre os parceiros, sendo também dele a competência para dizer sobre a qualidade e a viabilidade de determinada parceria.¹⁶⁰

¹⁵⁸ O art.10, inciso VI, da Lei 11.079/04 estabelece que a consulta deva ser feita mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias, para cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parcerias público-privadas. Aspectos de direito público econômico (Lei 11.079/04)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 172.

¹⁶⁰ O órgão gestor, denominado de Comitê Gestor das Parcerias (CGP) pela Lei 11.079/04, é regulado pelo Decreto 5.385 de 04.03.2005 (Institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP e dá outras providências. Publicado no DOU de 7.3.2005). É composto de representantes do Ministério do Planejamento, Ministério da Fazenda e Casa Civil. Cabe ao CGP, nos termos do art. 5º do Decreto 5.385/2005, definir os serviços prioritários para execução no regime de PPP e os critérios para subsidiar a análise sobre conveniência e oportunidade de contratação sob o regime PPP; disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos de PPP e aprovar suas alterações, inclusive os relativos à aplicação do art. 31 da Lei 9.074/95 e art. 21 da Lei 8.987/95; autorizar a abertura de procedimentos licitatórios; aprovar os editais, os contratos e suas alterações; apreciar e aprovar os relatórios semestrais de execução de contratos de PPP, enviados pelos Ministérios, Agências Reguladoras, em suas áreas de competência; elaborar e enviar ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União relatório anual de desempenho de contratos de PPP; disponibilizar, por meio da internet, as informações nele constantes, ressalvadas aquelas classificadas como sigilosas; aprovar o Plano de Parcerias Público-Privadas – PLP; acompanhar e avaliar a sua execução, propor a edição de normas sobre a apresentação de projetos de PPP; estabelecer os procedimentos e requisitos dos projetos de PPP e dos respectivos editais de licitação, submetidos à sua análise pelos ministérios e agências reguladoras; estabelecer modelos de editais de

O órgão gestor das parcerias público-privadas deve enviar, segundo a nova legislação, relatórios anuais de desempenho dos contratos das parcerias ao Tribunal de Contas da União e disponibilizá-los ao público para fins de controle social, por meio de rede pública de transmissão de dados, possibilitando, por conseguinte, a apresentação de denúncias àquele Tribunal, nos termos já previstos no artigo 74, §2º, da Constituição Federal.¹⁶¹

Além das medidas previstas para assegurar o respeito aos interesses e direitos dos agentes envolvidos, as parcerias público-privadas estão ainda sujeitas à aplicação subsidiária ou complementar das citadas leis regulatórias da concessão, sujeitando às condições de regularidades, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia e modicidade das tarifas, previstas naquele instituto.¹⁶²

- c) A indelegabilidade das funções de regulação jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado no âmbito das parcerias público-privadas.

Essa diretriz tem por objetivo traçar linha divisória entre as funções exclusivamente estatais e as delegáveis a particulares por meio da parceria. Quanto às atividades exclusivas de Estado, a Lei das PPPs em nada contradiz a linha criada pela Constituição e desdobrada na legislação infraconstitucional, que separa as atividades atribuídas à Administração Pública daquelas reservadas aos particulares. A intenção da diretriz foi evitar que os regulamentos ou contratos que decorressem da Lei das Parcerias Público-Privadas transpassassem essa linha.¹⁶³

Em relação à indelegabilidade da função regulatória, a diretriz pretende indicar que a Administração Pública deve tomar especial cuidado na elaboração dos contratos para que o parceiro privado não termine regulando indiretamente a prestação de serviço, ou seja, deve cuidar para que a atividade do parceiro privado constitua apenas a execução de decisões da Administração Pública.¹⁶⁴

licitação e de contratos de PPP, bem como os requisitos técnicos mínimos para sua aprovação; estabelecer os procedimentos básicos para acompanhamento e avaliação periódicos dos contratos de PPP; elaborar seu regimento interno e expedir resoluções necessárias ao exercício de sua competência.

¹⁶¹ O referido dispositivo da Lei 11.079/04 é o art.14. Já a Constituição Federal no artigo 74, § 2º, dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

¹⁶² BRASIL. Lei 11.079/04. Art.4º, inciso IV; Lei 11.079/04. Art. 10 c/c o Lei 9.074/95. Art. 3º, inciso IV.

¹⁶³ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei das PPPs - fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 96.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 97.

Já a impossibilidade de delegação do poder de polícia do Estado é um tema que desperta controvérsias na doutrina, uma vez que, para alguns autores¹⁶⁵, tal regra comporta exceções, como a delegação das atividades meio, preparatórias ou acessórias ao exercício do poder de polícia. Blanchet, por exemplo, afirma que, ao atribuir ao particular o exercício de uma obra ou serviço público, a Administração Pública lhe confere não só o direito de agir como ente público, mas também lhe dá o dever de zelar pela execução da atividade, transferindo-lhe, portanto, parcela do poder de polícia necessária para o regular cumprimento do contrato.¹⁶⁶

Sundfeld¹⁶⁷, no entanto, entende que apenas a parcela do poder de polícia que não incluir coação ou poder de autoridade pode ser delegada a entes privados. Essa parcela envolve toda a gama de atividades acessórias e instrumentais necessárias à efetivação do poder de polícia, tais como a “aferição de metrologia de produtos” ou a “avaliação pericial” por técnicos, a fim de detectar alguma irregularidade, cuja coação ou poder da autoridade estatal só serão efetivamente exercidos após a atuação intermediária do particular delegado.¹⁶⁸

d) A responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias

A Lei ainda ressalta como diretriz a importância da responsabilidade fiscal, tanto na celebração quanto na execução dos contratos. Além da diretriz geral a ser observada, a Lei tratou da questão da responsabilidade fiscal em vários dispositivos, mostrando a pretensão do legislador de haver uma ação planejada e transparente, finalisticamente orientada à prevenção de riscos e à correção de desvios, capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, pois, nas parcerias, o governo assume compromissos financeiros e de longo prazo com o parceiro privado.

¹⁶⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 27. SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: _____ (coord.) **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38. RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo Malheiros, 2007, p. 97.

¹⁶⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. Op.cit., p. 27.

¹⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Op.cit., p. 38.

¹⁶⁸ GUIMARÃES, Fernanda Vernalha. **As Parcerias Público-Privadas e a Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 390-391. Prado e Ribeiro, ainda apontam, como exemplos da possibilidade de delegação do poder de polícia, atividades que são instrumento para o poder de polícia, como o monitoramento e eventual documentação por meio de fotografia dos veículos que estiveram praticando atos ilícitos. Porém, a emissão da multa deve ficar a cargo do Poder Público. RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo Malheiros, 2007, p. 97.

Aliás, a principal preocupação dos legisladores consistiu na possibilidade de haver geração de compromissos financeiros por parte do Estado, assumidos e não compatibilizados corretamente, em face da possibilidade futura de pagamento ser efetuado por administrações seguintes ¹⁶⁹. Caso não houver o pagamento no futuro, as parcerias público-privadas podem ser usadas como meio de burla aos controles do limite do estoque da dívida pública e do montante das despesas de capital e correntes dos entes públicos.¹⁷⁰

A determinação da aplicação da responsabilidade na celebração de parcerias possui relação direta com a filosofia da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000)¹⁷¹. Por isso, a Lei das PPPs (art. 10) foi pródiga em determinar várias exigências para a realização das parcerias, sendo previstos para a abertura do processo licitatório pela autoridade competente os seguintes itens:

(1) estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da contratação, em que deverão ser explicitados a finalidade do projeto, os seus impactos no desenvolvimento econômico, regional ou nacional e a análise comparativa do projeto com opções funcionalmente equivalentes de contratação¹⁷²;

¹⁶⁹ PAIVA, Sílvia Maria Caldeira e ROCHA, C. Alexandre A. **Parceria público-privada: o papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11.079/04**. Texto para discussão nº 25. Brasília: maio/2005, p. 21.

¹⁷⁰ Na execução orçamentária do governo, as despesas de capital incluem os investimentos (gastos realizados com itens que possuem a duração de mais de um período fiscal, como a construção de prédios, sua reforma e a compra de equipamentos). O estoque da dívida pública compreende a dívida por conta de contratos firmados pelo governo, com nacionais e estrangeiros, e por emissão de títulos públicos pelo Tesouro, além de dívidas com fornecedores. Essas dívidas podem ser em moeda nacional ou estrangeira. Por outro lado, a precisa definição de despesas correntes pode ser encontrada no artigo 12 da Lei 4.320/64 (Lei Orçamentária), segundo o qual, classificam-se em Despesas de Custeio e Transferências Correntes, sendo que, Despesas de Custeio consistem nas dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis. Transferências Correntes são as dotações para despesas as quais não correspondam contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

¹⁷¹ BRASIL. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Publicada no DOU de 5.5.2000. A Lei de Responsabilidade Fiscal (A Lei Complementar 101/00 estabelece uma série de mecanismos de controle e limites tanto para a criação de novas despesas, através do fluxo de recursos - arts. 15 e 17, para o endividamento do setor público, inclusive de suas empresas estatais - controle do estoque da dívida). Além disso, o art. 4º, inciso IV, da Lei das PPPs faz interseção com a definição de responsabilidade fiscal dada pelo art.1º,§1º, da Lei Complementar 101/00. Segundo o dispositivo, a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliárias, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.

¹⁷² RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 259.

(2) estudo técnico que demonstre a obrigatoriedade de cumprimento das metas fiscais durante os anos de duração do contrato da parceria, sendo que, na realização do estudo, devem ser aplicadas as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal;

(3) realização de estudo técnico sobre o impacto no limite de endividamento do ente público que irá realizá-la;

(4) exigência que o projeto - objeto do contrato - esteja inserido no plano plurianual em vigor¹⁷³, visando garantir que o projeto esteja nas prioridades de médio prazo do governo e que seja parte do planejamento estruturado dos anos que virão;

(5) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro para os exercícios em que o contrato da PPP estará em vigor;

(6) declaração do ordenador da despesa, da compatibilidade da parceria com a lei orçamentária anual e com a lei de diretrizes orçamentárias.¹⁷⁴

No âmbito da União, a legislação também determinou a necessidade para a realização de parcerias público-privadas, que o Comitê Gestor da Parcerias autorize a abertura das licitações e aprove os respectivos editais de seleção dos parceiros privados¹⁷⁵. Nesse aspecto, ressalta a vinculação direta das funções do referido órgão gestor à questão da responsabilidade fiscal.

A Lei 11.079/04 fixou, no âmbito da União, como limite à realização das parcerias, que a soma das despesas de caráter continuado¹⁷⁶, derivadas do conjunto das parcerias já contratadas em anos anteriores, não exceda a 1% (um por cento) da receita líquida do exercício corrente¹⁷⁷. Além disso, para a contratação das parcerias, as despesas anuais dos

¹⁷³ O Plano Plurianual de Investimentos é transformado em lei e estabelece metas e programas prioritários do governo para os quatro anos seguintes à sua aprovação.

¹⁷⁴ A exigência repete de forma idêntica o art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que exige a compatibilidade entre a despesa a ser criada, lei orçamentária e os princípios, metas e regras previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

¹⁷⁵ O art. 14, § 3º, incs. I e II, da Lei das PPPs determina que, no âmbito federal, a deliberação sobre a contratação de PPP cabe ao órgão gestor das parcerias, dependendo para isso de expediente instruído com pronunciamento prévio e fundamentado do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto e do Ministério da Fazenda quanto à viabilidade da concessão da garantia à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 (limite global anual para as despesas de caráter continuado com contratos de PPP no âmbito federal).

¹⁷⁶ A Lei de Responsabilidade Fiscal define despesas de caráter continuado como a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios (art.17 da Lei Complementar 101/00).

¹⁷⁷ O art.2º, inc.IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal define receita corrente líquida como o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências

contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes não podem exceder a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios (art.22 da Lei 11.079/04).

Em relação aos estados, Distrito Federal e municípios, o art. 28 e parágrafos da Lei das PPPs repetem as mesmas condições e limitações jurídico-orçamentárias aplicadas à União, determinadas pelo art. 22 da Lei das Parcerias. Há, porém, apenas uma diferença: o teto limite para estados, Distrito Federal e municípios é de 5%(cinco por cento)¹⁷⁸.

A estipulação de um limite maior objetivou otimizar a realização de parcerias público-privadas pelos entes da federação.¹⁷⁹

A determinação da aplicabilidade da diretriz da responsabilidade fiscal, também na execução do contrato, significa dizer que os parâmetros que orientaram, na fase de sua concepção, o juízo de conveniência e oportunidade de sua celebração, devem manter-se ao longo do período do contrato. Assim, tão importantes quanto os esforços iniciais de planejamento e de cumprimento das metas de responsabilidade fiscal determinadas pela Lei 11.079/04 para a contratação de parcerias são aqueles do acompanhamento de sua execução. A aplicação do modelo negocial concebido na fase preparatória da licitação para o plano da realidade é que demonstra o acerto da modelagem adotada ou suas falhas.¹⁸⁰

Quanto à aplicação das diretrizes na execução das parcerias público-privadas, cabe ainda a menção do problema das revisões contratuais e dos mecanismos para a realização do reequilíbrio econômico financeiro.

correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: (a) na União, os valores transferidos aos Estados e municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; (b) nos Estados, as parcelas entregues aos municípios por determinação constitucional; (c) na União, nos estados e nos municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

¹⁷⁸ Em 2004, quando a Lei das PPPs foi promulgada, o art.28 estipulava o limite de 1% sobre a receita corrente líquida. Posteriormente, em 2009, a Lei 12.024 alterou a Lei das PPPs aumentando o limite para 3%. Em 2012, o limite foi novamente aumentado para 5% pela Medida Provisória nº 575 (Publicada no DOU de 08.08.2012).

¹⁷⁹ Toshio Mukai critica esta disposição normativa observando que não é possível deduzir dela o marco temporal inicial para a contagem do referido prazo de 10 anos. Critica ainda a falta de clareza da norma que impede saber se a limitação legal só vale para os dez anos subsequentes, mesmo nas hipóteses em que já haja contratos de parceria firmados com prazo de vigência acima de dez anos. MUKAI, Toshio *et al.* **Parcerias público-privadas – comentários à Lei Federal 11.079/04, às leis estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e à lei municipal de Vitória/ES**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 38.

¹⁸⁰ VALLE, Vanice Lúrio do. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no art. 4º da Lei 11.079/04. **A&C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, nº 19, pp. 201-220, jan/mar de 2005 e p. 203.

No caso dos contratos de parcerias, a realização de revisões contratuais podem implicar não só mudanças nas tarifas, nos planos de investimento e no prazo da concessão, mas também na contraprestação da Administração Pública. Nessa etapa, todos os cuidados e controles adotados durante a contratação da parceria podem ter sido em vão, por conta de descuido nas revisões periódicas dos benefícios, tarifas e subsídios previstos para as PPPs.

Para que isso não ocorra, devem ser fixadas, de antemão, no contrato, as condições em que a contraprestação pública pode ser utilizada para recompor o equilíbrio do contrato. Pode-se concluir que uma gestão fiscal responsável das parcerias público-privadas é a mútua associação do planejamento, transparência, repartição objetiva de riscos e da busca pela eficiência da gestão, de forma a prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.¹⁸¹

e) A transparência dos procedimentos e das decisões nas parcerias público-privadas.

Segundo a legislação, todo o processo de contratação e execução de uma parceria deve ser pautado pela transparência de procedimentos e decisões. A diretriz refere-se principalmente aos princípios da publicidade e motivação dos atos da Administração Pública disposto no artigo 37 da Constituição Federal. O pronunciamento prévio e fundamentado da autoridade competente sobre a conveniência e oportunidade do projeto e dos investimentos e sobre a opção de uso da parceria público-privada é exigido para a abertura da licitação.¹⁸²

Quanto ao grau de publicidade das informações e dos conhecimentos produzidos pelos estudos necessários à implementação de um projeto de parceria, deve haver especial cuidado para que não sejam fornecidas informações que possam balizar os preços dos parceiros privados, colocando-os mais altos ou gerar conluios nos certames licitatórios, de forma a prejudicar o poder público e os usuários.¹⁸³

f) A repartição objetiva de riscos entre as partes

Uma das mais importantes diretrizes da Lei das PPPs, apontada como uma das razões para a formulação da mesma, é o compartilhamento de riscos entre os parceiros públicos e

¹⁸¹ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 100.

¹⁸² BRASIL. Lei 11.079 de 2004. Art. 10, inciso I, alínea a.

¹⁸³ Ribeiro e Prado apontam ainda a tendência no plano internacional de não se fornecer ao público os relatórios que estabeleçam as premissas e os resultados da avaliação financeira do projeto e o modelo econômico-financeiro utilizado. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 102-103.

privados¹⁸⁴, assegurado o princípio de que a alocação dos riscos que envolve uma parceria deve ser feita para a parte mais capacitada a administrá-lo, de modo a se alcançar a situação mais eficiente e o sucesso no empreendimento.¹⁸⁵

Os riscos, sua repartição e mitigação, devem ser especificados em contrato, (art. 5º, inc. III, da Lei 11.079/04)¹⁸⁶. Trata-se, portanto, de mudança de paradigma em relação à Lei das Concessões de 1995, que atribui todos os riscos do empreendimento ao particular. Representa também um rompimento com a tradição brasileira em matéria de contratos administrativos, que, em geral, tratava de forma sumária a questão da repartição de riscos.

g) A sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos das parcerias.

Essa diretriz apresenta uma sobreposição à diretriz do inciso I do artigo 4º da Lei 11.079/04, que trata da eficiência no cumprimento dos atos estatais e no aproveitamento dos recursos da sociedade, pois, na avaliação da eficiência da contratação da parceria, devem ser consideradas as vantagens sócio-econômicas que dela decorrem.

A determinação prevista neste inciso, de que os projetos devem ser autosustentáveis, enfatiza que os projetos das parcerias público-privada devem ser acompanhados de estudos de viabilidade financeira, que demonstrem que os esses não irão absorver mais recursos do que gerar dividendos. Devem também avaliar a capacidade da Administração Pública de cumprir, a médio e longo prazo, as obrigações que são assumidas no projeto.

A autosustentabilidade dos projetos é relativamente mais simples de provar do que a verificação se o investimento traz vantagens socioeconômicas, pois os parâmetros econômicos são mais fáceis de definir, e sempre haverá comprovações posteriores.

As vantagens socioeconômicas variam de contrato para contrato, não havendo um modelo padrão para os contratos na modalidade de parceria público-privada. Além disso, as melhorias nas condições socioeconômicas de uma população afetada por um empreendimento

¹⁸⁴ Um maior detalhamento dessa diretriz será apresentado no capítulo II.

¹⁸⁵ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.

¹⁸⁶ O art. 5º, inc.III, da lei 11.079/04 estabelece que as cláusulas dos contratos das parcerias devem prever a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

são de mais complexa detecção, pois não se trata apenas de fatores econômicos mensuráveis e concretos.¹⁸⁷

Além dessas diretrizes, cabem ainda algumas observações quanto ao processo licitatório definido para as parcerias público-privadas. A Lei 11.079/04 adotou algumas inovações nesse processo a fim de simplificá-lo e agilizá-lo, tais como: (1) a adoção do regime de *pass ou fail* (passa ou perde), permitindo que antes do julgamento seja realizada uma etapa de aferição da capacidade técnica mínima do licitante (art.12, inc.I); (2) a previsão no edital de uma fase de saneamento de falhas formais na documentação apresentada pelos licitantes (art.12, inc. IV); (3) a previsão no edital da inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, referendando o modelo de inversão previsto na Lei do Pregão (Lei Federal 10.520 de 17 de julho de 2002).¹⁸⁸

A Lei das Parcerias Público-Privadas ainda inovou quanto ao regime de execução, ao criar a possibilidade de ficar a cargo do concessionário a elaboração dos projetos básico e executivo, exigindo-se apenas a adequada definição do objeto no edital.¹⁸⁹

4.5 As modalidades de parcerias público-privadas: concessões administrativas e patrocinadas

Os contratos de parceria público-privada, segundo a Lei 11.079/04, admitem duas modalidades: a concessão patrocinada e a administrativa.

A modalidade patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/95, quando essa envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art.2º, § 1º). A modalidade administrativa corresponde ao contrato de prestação de serviços em que a

¹⁸⁷ CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das parcerias público-privadas: PPPs**. 2. ed. Rio de Janeiro. GZ, 2010, p. 50. A forma mais apropriada de mensurar as vantagens socioeconômicas potenciais de determinado projeto é coletar as informações a partir de análise de mercado, consulta a projetos anteriores, inclusive de outros países e dados históricos, além de analisar o projeto como um todo para verificar a interdependência entre os componentes do projeto e dos contratos associados, que virão a ser celebrados em decorrência da realização da PPP (como os contratos de financiamento). RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110.

¹⁸⁸ BRASIL. Lei Federal 10.520/02. Publicada no DOU de 18.07.2002 e retificada em 30.07.2002. Art. 13. A adoção da inversão das fases tem como objetivo simplificar o certame. Normalmente a fase de habilitação ocorre antes da fase de julgamento, com a inversão de fases o poder público só analisará a qualificação e regularidade do licitante que tiver oferecido a melhor proposta, agilizando assim o processo licitatório.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei 11.079/04, Art.14.

Administração Pública é a usuária direta ou indireta desses, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento de instalações e bens (art.2º,§2º).¹⁹⁰

a) A concessão patrocinada

Pela lei das parcerias público-privadas, são objetos de concessão patrocinada os serviços e obras públicas, cuja exploração econômica por parte do concessionário não lhe seja suficiente para garantir retorno financeiro. Trata-se de situação que resulta, por exemplo, de demanda insuficiente e de pouco interesse comercial, capaz de motivar a prestação de determinado serviço público por conta e risco de concessionário privado, a menos que seja fixada uma tarifa em patamar insustentável para os usuários suportarem a atividade isoladamente.

Apesar de sua baixa rentabilidade financeira, são projetos que apresentam externalidades positivas ou ganhos de difícil mensuração, mesmo não sendo autosustentáveis, a exemplo da construção de uma estrada de pouco tráfego, mas importante para o desenvolvimento de uma região isolada.¹⁹¹

Nesses casos, a contraprestação financeira prestada pelo setor público, adicional às tarifas cobradas dos usuários, garante o interesse do parceiro privado na execução do serviço. E viabiliza o investimento de forma comercial com a cobrança módica de tarifa aos usuários¹⁹². Aplica-se subsidiariamente a essa modalidade de parceria as Leis Concessórias (Leis 8.789/95 e 9.074/95), conforme determina o art.3º, §1º, da Lei das PPPs.

Para essa modalidade de parceria, não há necessidade de autorização legislativa para celebrar o contrato com o parceiro privado, a não ser que a contraprestação paga pela Administração Pública ultrapasse a 70%(setenta por cento) da remuneração total a ser recebida pelo parceiro privado, quando então se faz necessária a aprovação do projeto por lei

¹⁹⁰ Não haverá concessão patrocinada ou administrativa se o único objeto do contrato for “o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamento ou a execução de obra pública” (art. 2º, § 4º, inciso III). É vedada a contratação de concessão administrativa e, também, de concessão patrocinada, quando o único objeto do contrato for “o fornecimento de mão de obra”.

¹⁹¹ Para Alexandre Aragão, o objeto das concessões patrocinadas é, por excelência, os serviços públicos econômicos, atividades econômicas *lato sensu*- titularizadas com exclusividade pelo Estado suscetíveis de exploração pela iniciativa privada apenas mediante delegação, já que são passíveis de exploração mediante pagamento de tarifas pelos usuários, ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 672.

¹⁹² Di Pietro admite a hipótese de uso das PPPs, mesmo que o projeto seja a princípio autossustentável, quando o interesse público aconselhar. O poder público pode acreditar que a tarifa deva ser mantida em nível inferior àquela que tornaria o projeto rentável, objetivando torná-la mais acessível à comunidade. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 165.

específica (art.10,§3º).Como se verifica, a Lei das PPPs inovou em relação à legislação das concessões, pois essa sempre exige autorização legislativa específica para a implantação da contraprestação pública ao parceiro privado (art.17 da Lei 8.987/95 e art. 35 da Lei 9.074/95).

Ao comentar o artigo 10 da Lei das PPPs, Bandeira de Mello afirmou que, ao se admitir que a contraprestação da Administração Pública alcance a 70% (setenta por cento)ou mais, desde que haja autorização legislativa, pressupõe-se não haver carência de recursos públicos. Este fato seria uma contradição à justificativa para que fosse criado o instituto das parcerias público-privadas, a existência de carência de recursos públicos para viabilizar projetos importantes da infraestrutura e de serviços públicos.¹⁹³

Além da tarifa cobrada aos usuários e da contraprestação financeira pública, as concessões patrocinadas podem ser remuneradas por receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, favorecendo, assim, a obtenção de modicidade da tarifa final cobrada aos usuários e a redução da contraprestação financeira da Administração Pública (art.11 da Lei 8.987/95).¹⁹⁴

Nessa modalidade de parceria, a contraprestação da Administração Pública pode ser considerada como nítido subsídio do Estado¹⁹⁵, que objetiva a produção de benefícios à população mediante a prestação de utilidades concretas, convergindo assim com as políticas econômicas definidas pela Constituição Federal, como a universalização do serviço público. Dessa forma, usa-se a contraprestação financeira do Estado para garantir que as tarifas sejam mantidas em níveis acessíveis, possibilitando maior abrangência do serviço e atingindo de forma mais elástica os interesses da coletividade.¹⁹⁶

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **As parcerias público-privadas (PPPs)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/depeso/asparceriaspublicoprivadas>>. Acesso em 10 jul. 2012.

¹⁹⁴ O art.11 da Lei 8.987/95 dispõe: “no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”.

¹⁹⁵ Para Carlos Ari, as concessões patrocinadas não são novas no nosso sistema jurídico, já poderiam ser realizadas com as leis concessórias (Lei 8.987/95 e 9.074/95). No entanto, a criação do instituto viabilizou garantias de adimplemento pelo parceiro público e conferiu maior rigidez fiscal na assunção de obrigações de pagamento de longo prazo pelo parceiro público. SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23. Para Alexandre Aragão, a criação das concessões patrocinadas não foi em vão, pois “sob a égide apenas da Lei nº 8.987/95, as discussões eram tantas que muitos agentes públicos e privados não tinham segurança suficiente para celebrar delegações de serviços públicos com essa modelagem, com alguma espécie de apoio financeiro direto do Poder Público”. ARAGÃO, Alexandre. As Parcerias Público-Privadas no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo Brasileiro**. Número 2. maio/junho/julho de 2005. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso 1º nov. 2011.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p.

b) A concessão administrativa

As concessões administrativas são contratos em que não há a cobrança de tarifas aos usuários. Essas concessões ocorrem, geralmente, em situações em que o Estado, de forma discricionária e fundamentada, decide não cobrar tarifas ou quando a cobrança é proibida por normas legais (como nos casos de cobrança pela saúde ou pela educação pública - artigos 196 e 206, IV, da Constituição Federal), ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado.¹⁹⁷

Alexandre Aragão destaca algumas atividades que podem ser objeto dessa concessão: (1) os serviços públicos econômicos em relação aos quais o Estado decida não cobrar tarifa alguma dos usuários, como em uma rodovia em uma região muito pobre; (2) serviços públicos sociais, como a educação, a saúde, a cultura e o lazer em geral; (3) atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, como na hotelaria em presídios, a colocação de “pardais eletrônicos” em vias públicas, a prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente, entre outros; (4) atividades internas da Administração Pública, em que o próprio Estado, aí incluindo os seus servidores, é o único beneficiário do serviço, como na construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para os servidores públicos e a construção e operação de um centro de estudos sobre a gestão administrativa.¹⁹⁸

Pode-se afirmar que, no âmbito das concessões administrativas, está também a delegação sob o regime de concessão dos serviços indivisíveis e com usuários indetermináveis e, portanto, inviáveis de tarifação (*uti universe*), sendo essencial para a sua caracterização a delegação do serviço aos particulares e sua prestação de forma contínua.

93.

¹⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2011, p. 12.

¹⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2011, p. 13. Toshio Mukai cita ainda outros exemplos que podem ser objeto de concessão administrativa: contratação de empresa privada possuidora de um aterro sanitário que possa ser utilizado pela comunidade mediante remuneração paga pela administração pública local; empresa privada contratada para realizar a coleta diária de lixo. MUKAI, Toshio *et al.* **Parcerias Público-Privadas – comentários à Lei Federal 11.079/04, às leis estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à lei municipal de Vitória/ES**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 328.

Esses serviços não poderiam ser delegados no âmbito da Lei 8.987/95, que só previa como objeto de concessão os serviços específicos e divisíveis (*uti singuli*).¹⁹⁹

As concessões administrativas possuem um sentido diverso daquilo tradicionalmente utilizado no Direito brasileiro, em que sempre há cobrança de tarifas dos usuários nas delegações, resultado da forte influência do Direito europeu. Por isso, despertam na doutrina amplos debates quanto a sua real natureza.

Para Bandeira de Mello, essa modalidade de parceria não é concessão, e sim prestação de serviços com regime diferenciado, e muito mais vantajoso para o contratado, relativamente ao regime geral dos contratos do setor público. Para o autor, o elemento caracterizador das concessões tradicionais ou comuns ocorre no fato de a prestação acontecer por conta e risco do concessionário, o que não ocorre nas concessões administrativas, pois, nestas, o parceiro público remunera integralmente o parceiro privado, não havendo risco comercial para o parceiro privado.

Além disso, Bandeira de Mello entende que a remuneração das concessões administrativas não corresponde a uma tarifa, e sim uma remuneração contratual como qualquer outra, o que inviabiliza o enquadramento da parceria como concessão. O autor sustenta: “não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe-de-mágica, esta qualidade”.²⁰⁰

Com outro ponto de vista, Di Pietro ressalta que, apesar de a concessão administrativa se assemelhar ao contrato de empreitada, regido pela Lei 8.666/90, com ele não se confunde, pois não pode ser uma parceria público-privada o contrato cujo objeto seja exclusivamente o de fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamento ou a execução de obra pública, como nos contratos de empreitada, por causa da proibição que consta do art. 2º, § 4º, III da Lei 11.079/04. Na concessão administrativa, após a construção de determinado

¹⁹⁹ Cabe destacar que a lei conferiu uma margem discricionária ampla para incluir quaisquer serviços em um contrato de concessão administrativa. Não há sequer um rol pré-definido de prestações atribuíveis a esse tipo de concessão. Nesse sentido, vale apontar o entendimento de Marco Aurélio Barcelos quanto à abrangência desse tipo de concessão: “deve ser adotado uma noção residual relacionada ao conceito de serviço público, ou seja, o que não for serviço público econômico (já que para tanto se aplica o modelo das concessões comuns e patrocinadas) e o que também não constituir atividade exclusiva do Estado será, em princípio, contratualizável por meio dessa modalidade de parceria”. SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Concessão de empreendimentos e contratualização da gestão pública no Brasil**: a nova abrangência do regime de concessões no direito administrativo e o marco legal das parcerias público privadas. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2009, p. 73.

²⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 719-720.

equipamento, deverá haver a prestação de determinado serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta.²⁰¹

Para Carlos Ari Sundfeld, a concessão administrativa viabilizou um novo arranjo para a obtenção de serviços pelo Estado, um novo contrato administrativo que antes era impossível, e que exige do concessionário a realização de investimentos para criação, ampliação ou recuperação de uma infraestrutura, não se tratando, portanto, de um simples contrato de prestação de serviços.²⁰²

Adotando um posicionamento conciliador dos entendimentos acima destacados, Alexandre Aragão entende que as concessões administrativas se encontram no meio do caminho, entre a delegação e a terceirização. Para ele, as delegações de atividades administrativas não necessariamente de serviços públicos e não são meras terceirizações, pois pressupõem a construção, expansão, reforma ou manutenção de infraestruturas, por intermédio das quais também prestarão serviços, sendo assegurada ao parceiro privado autonomia empresarial para desenvolver a atividade.²⁰³

O concessionário é remunerado por contraprestação do poder concedente e por receitas alternativas. Porém, essa remuneração deve, mesmo que não seja uma participação financeira, ter relação direta com a quantidade e/ou qualidade das utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, e não uma remuneração fixa, indiferente à quantidade e qualidade dos serviços prestados, o que faria a Administração Pública assumir todos os riscos²⁰⁴, a exemplo do que acontece com a terceirização e o contrato de empreitada da Lei 8.666/93.²⁰⁵

As concessões administrativas cujo objeto é o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será a usuária direta dos serviços, não se confundem com a prestação de serviços, pois essa se refere a valores abaixo de R\$ 20 milhões e com a vigência contratual

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.153.

²⁰² Carlos Ari classifica as concessões administrativas em duas espécies: concessão de serviços públicos e concessão de serviços ao Estado. A concessão administrativa de serviços públicos é aquela que, tendo como objeto os serviços públicos a que se refere o art.175 da Constituição Federal, os serviços sejam prestados diretamente aos administrados, sem cobrança de tarifas, na qual a Administração Pública é a usuária indireta. SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In:_____, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

²⁰³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

²⁰⁴ BRASIL. Lei nº 11.079/04. Arts. 4º, VI, e 5º, III.

²⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In:_____, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

inferior a cinco anos . Além disso, nas concessões administrativas, a prestação de serviço é realizada conjuntamente a ampliação, criação ou modernização da infraestrutura necessária à esses serviços, por um período de mais de cinco anos.²⁰⁶

Quanto a contraprestação do setor público, a Lei das Parcerias não exige que seja em pecúnia. Pode haver contraprestação pecuniária e contraprestação não pecuniária, por exemplo direitos sobre bens públicos dominicais e outros direitos em face da administração. A única forma que descaracterizaria a concessão administrativa seria a remuneração por tarifa paga pelos usuários.²⁰⁷

Por precaução, a Lei de Parceria Público-Privada estabelece, nas duas modalidades, a vinculação o pagamento da contraprestação à entrega pelo concessionário do objeto do contrato total ou parcial e ao cumprimento de índices de desempenho que podem ser inseridos no contrato²⁰⁸.

A inovação da Lei 11.079/04, de vincular a remuneração do concessionário ao cumprimento de metas e padrões de qualidade e disponibilidade fixadas previamente no contrato, foi realizada também com o objetivo de aumentar os incentivos econômicos para que o particular preste o serviço conforme previsto contratualmente, inclusive nos níveis de qualidade esperados pela Administração Pública. Aliás, trata-se de uma das vantagens esperadas pela Administração Pública com as parcerias público-privadas, a melhor aplicação dos recursos públicos.

Em ambas modalidades de concessão, aplica-se série de disposições inovadoras introduzidas pela Lei 11.079/04, que tiveram a intenção de conferir maior segurança jurídica à implementação desses projetos com características de concessões patrocinadas, dentre elas a possibilidade de o governo prestar garantias ao parceiro privado (art.8º da Lei 11.079/04²⁰⁹) e

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 38.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁰⁸ O art. 7º da Lei 11.079/04 dispõe que a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. O art.6º, parágrafo único, dispõe que “o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”.

²⁰⁹ O art. 8º da Lei 11.079/04 dispõe que: “as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não

aos financiadores do projeto (art.5º, §2º, da Lei 11.079/04).

Por último, cabe ainda acrescentar que a Lei 11.079/04 é uma lei nacional, que fixa normas gerais sobre as parcerias público-privadas. Está baseada na competência privativa da União para editar normas gerais de contratação e licitação administrativa (art.22, inc.XXVII da Constituição Federal), podendo ser complementada por leis das demais esferas da Administração Pública²¹⁰. Nesse sentido, alguns Estados promulgaram suas leis dispendo sobre as parcerias, após a Lei 11.079/04. Outros Estados promulgaram normas que antecederam à Lei Federal 11.079/04, podendo ser citados os casos dos Estados de Minas Gerais (Lei 14.869/93), pioneiramente, de São Paulo (Lei 11.688/04), do Rio Grande do Sul (Lei 12.234/05), de Goiás (Lei 14.910/04) e de Santa Catarina (Lei 12.930/04).

As leis estaduais promulgadas antes da Lei 11.079/04 adotaram, em geral, um conceito de parceria público-privada com maior abrangência do que o adotado na lei federal. Em muitos casos, o conceito adotado é o da primeira versão do projeto da lei federal, que era muito mais amplo. Em razão disso, podem ocorrer alguns conflitos entre as leis estaduais e a lei federal. Nestes casos, a regra adotada para solução dos conflitos é buscar a preservação das normas estaduais, salvo em relação aos dispositivos que contrariarem a Lei 11.079/04, a Lei das Parcerias Público-Privadas.²¹¹

Tendo como base, a importância e a necessidade de financiamento nas parcerias público-privadas, o próximo capítulo analisa como acontece a estruturação jurídico-econômica desses empreendimentos, em preparação ao capítulo que estuda o seu financiamento no Brasil.

sejam controladas pelo Poder Público V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade VI – outros mecanismos admitidos em lei”.

²¹⁰ HORBACH, Carlos Bastide. **Parceria público-privada. Aspectos gerais.** in: estudos sobre parcerias público-privadas. Orgs. José Augusto Dias de Castro e Luciano Timm. São Paulo: IOB, Thompson, 2006, p. 33.

²¹¹ Alexandre Aragão aponta que há vários questionamentos sobre a aplicabilidade das normas federais aos estados e municípios. Segundo ele, os críticos entendem que as normas estabelecem detalhes de prazo e de valor que não se coadunariam com a natureza de normas gerais. Arguem, sobretudo, que o valor de R\$ 20 milhões é elevado para muitos municípios. O autor entende que as críticas são desarrazoadas, pois as normas se relacionam com o objetivo geral das parcerias público-privadas serem utilizadas seletivamente apenas para grandes projetos, além de ter que considerar os elevados riscos fiscais que acarretam, e que com um número menor de parcerias público-privadas o controle tornar-se-ia mais fácil. Ele acrescenta ainda que a Lei 11.079/04, no sentido de evitar discussões devidas em grande parte à dificuldade de se determinar objetivamente o caráter genérico ou específico das normas, especificou em suas normas, sobretudo de Direito Administrativo organizacional (ex., órgão gestor, fundo garantidor), que elas se dirigem apenas à União. ARAGÃO, Alexandre. As Parcerias Público-Privadas no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo Brasileiro.** nº 2, maio/junho/julho de 2005. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso 1º nov. 2011, p. 18.

CAPÍTULO II - O FINANCIAMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UMA ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA

Seção 1 – Aspectos gerais e importância

A importância do financiamento para as parcerias público-privadas tem transformado os seus financiadores em peça-chave para a viabilização dos projetos e fazem deles a quarta e importante parte da associação existente nas parcerias, que envolve, além dos financiadores, o parceiro público, o privado e os beneficiários do serviço público prestado.

Como qualquer projeto empresarial, os investimentos das parcerias público-privadas necessitam obter condições adequadas de financiamento que habilitem o concessionário a cumprir as condições contratadas para edificar e conduzir o empreendimento. Por isso, uma vez vencido o processo licitatório, as atenções do parceiro privado se voltam para a captação dos recursos financeiros necessários ao projeto de sua responsabilidade.

Em geral, os empreendimentos desenvolvidos nas parcerias público-privadas estão localizados nos diversos segmentos da infraestrutura do país, possuindo investimentos de escala elevada.

Os projetos das parcerias público-privadas quase sempre correspondem a um novo investimento (projeto *green field*, na linguagem financeira). Dessa forma, não contam com fontes internas de recursos, derivadas de lucros gerados em anos anteriores, e os investimentos ficam na dependência dos recursos captados fora do empreendimento, dando origem à importante etapa para implantação dos projetos das parcerias, o seu financiamento.²¹²

No Brasil, como em outros países onde já existe experiência em montar projetos de concessões e de parcerias público-privadas, o financiamento na forma de contratação de mútuo, com fim específico ou vinculado, é o principal meio utilizado na captação de recursos

²¹² Os recursos de fontes de fora do projeto são classificados em dois tipos: (1) os recursos próprios provenientes da venda de ações (acontece nas sociedades anônimas) ou de quotas (nas sociedades limitadas). Esses valores são aportados ao empreendimento pelos patrocinadores de uma PPP ou são captados no mercado de capitais, de pessoas físicas e jurídicas interessadas em participar diretamente do projeto; (2) os recursos de terceiros na forma de empréstimos e créditos, provenientes de bancos e outras instituições financeiras. FRÖES, Fernando. **O financiamento de projetos e o project finance**. IBMEC. 2011, p. 23. Texto Mimeografado.

para esses projetos, sendo os bancos públicos, aqui, o principal fornecedor dos créditos (os detalhes dessa situação são discutidos no capítulo III).²¹³

No mútuo, com fim específico ou vinculado, o mutuário tem o dever de atribuir previamente uma destinação específica aos recursos aportados, seja empregando-os na aquisição de bens e serviços, seja na condução de determinado investimento ou persecução de uma atividade acordada em contrato. Em outras palavras, o financiamento vinculado recebido pela empresa da parceria se destina exclusivamente à realização do objeto para a qual foi concebida.²¹⁴

Em função da importância dos financiamentos para as parcerias público-privadas, a legislação refletiu a preocupação da Administração Pública de estabelecer regras de regulação e proteção aos direitos dos investidores e financiadores desses projetos, com o objetivo de incentivar financiamentos e a presença da iniciativa privada e de seus investimentos.

1.1 Tipos de financiamento a projetos de investimentos e sua importância para as parcerias público-privadas

Existem três formas básicas de estruturar financiamentos a projetos de investimento, incluindo os relacionados à infraestrutura dos países: (1) o financiamento tradicional ao setor público e seus projetos, também denominado *development finance*; (2) o sistema tradicional de financiamento a empresas e seus projetos, o *corporate finance*, segundo a linguagem financeira; (3) a modalidade de financiamento relacionada especificamente a projetos ou *project finance*, que se baseia, quase que unicamente, na análise dos méritos e riscos do projeto a ser financiado²¹⁵. Esta forma de estruturação de financiamento é a empregada nos projetos das concessões e parcerias público-privadas, como será demonstrado adiante.

Nos financiamentos organizados na base de *development finance*, conhecido também como o “velho modelo de financiamento ao setor público e a seus projetos na infraestrutura”, o Estado majoritariamente provê os recursos e assume os riscos dos investimentos²¹⁶. Esses quase sempre são realizados por empresas estatais concessionárias de serviços públicos ou

²¹³ ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

²¹⁴ Este financiamento equipara-se à modalidade mercantil de mútuo com destinação, mútuo de escopo ou mútuo para fim preciso; a inobservância da cláusula de escopo daria ensejo à rescisão do contrato. MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. 42, pp. 15-16.

²¹⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. Op.cit., p. 63.

²¹⁶ FROES, Fernando. **Infraestrutura: privatização, regulação e financiamento**. Belo Horizonte: Una, 1998, p. 447.

diretamente pela própria Administração Pública e envolvem, na maioria das vezes, a utilização de recursos financeiros provenientes de instituições financeiras multilaterais de crédito.²¹⁷

Nesses financiamentos, o lucro dos projetos ou das empresas financiadas é visto como questão secundária, e a análise para a concessão do crédito não obedece a critérios apenas financeiros, mas atende também a interesses estratégicos ou a importância social e econômica dos projetos para o país.²¹⁸

Em geral, neste tipo de financiamento, a Administração Pública aporta, de imediato, recursos próprios ao projeto, em complementação aos empréstimos captados, sob a denominação de contrapartida aos recursos fornecidos pelos financiadores, sendo todo o investimento pago pelo setor público, que também assume o risco do projeto, como já mencionado.²¹⁹

No financiamento tradicional a empresas ou *corporate finance*, o estudo para a concessão do crédito é focado na análise da capacidade de pagamento da empresa tomadora dos recursos no mercado financeiro. Nessas operações, não há previsão de os recursos captados serem necessariamente aplicados em determinado investimento, pois, uma vez disponibilizados para a empresa, eles podem ser absorvidos em qualquer outra atividade desenvolvida por ela²²⁰. Nesses casos, a decisão de financiar a empresa é tomada pela instituição financeira, após examinar o risco de crédito da sociedade²²¹, avaliar o seu

²¹⁷ No Brasil, nas décadas de 1980 e 1990, o governo, por meio de políticas que restringiam o crédito interno às estatais, praticamente obrigou que os investimentos dessas empresas fossem financiados por recursos captados internacionalmente. Tal política tinha como objetivo ajudar o equilíbrio do fluxo de divisas para o país. FROES, Fernando. **Infraestrutura: privatização, regulação e financiamento**. Belo Horizonte: Una, 1998, p. 452.

²¹⁸ FROES, Fernando. **Infraestrutura: privatização, regulação e financiamento**. Belo Horizonte: Una, 1998, pp. 449-450.

²¹⁹ Para viabilizar as operações de crédito externo, é necessária a autorização específica do Senado Federal, cabendo ao Ministério da Fazenda verificar o cumprimento dos limites e as condições relativas à realização de operações financeiras de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente (art.32 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

²²⁰ Borges e Viviana explicam que o *development finance*, diferentemente do *corporate finance*, é um modo muito utilizado para financiar projetos do setor público, principalmente os investimentos da infraestrutura. Essa modalidade foi e ainda é praticada em todo mundo. No *corporate finance*, o foco da análise do financiador é a empresa e não um projeto de investimento em si. As operações financeiras, com base no *corporate finance*, são geralmente realizadas para uma empresa existente há algum tempo, que possua histórico de resultados operacionais. Nesse caso, é mais factível para os financiadores projetar, com base em dados históricos, quais serão os resultados futuros da empresa, em termos de lucro e de capacidade de pagamento do financiamento a ser concedido. BORGES, Luiz Ferreira Xavier Borges e FARIA, Viviana Cardoso de Sá. *Project Finance: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: **Revista do BNDES**, v. 9, n. 18, pp. 241-280, dez. 2002, p. 275.

²²¹ ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

patrimônio, o seu nível de endividamento, seu histórico de crédito e suas perspectivas econômica, financeira e patrimonial, ou seja, o foco da análise é a empresa.²²²

Diferentemente dos financiamentos à Administração Pública e às empresas em geral, nos financiamentos do tipo *project finance*, os empréstimos são realizados em favor de uma unidade econômica individualizada, criada especificamente para realizar um projeto específico, a denominada sociedade de propósito específico ou SPE (ver item 1.4 desta seção).

Nessa técnica de financiamento, largamente usada na concessão de crédito às parcerias público-privadas, os mutuantes aceitam a capacidade de geração futura de caixa do projeto como fonte principal de pagamento do empréstimo²²³. E o financiamento se transforma em uma colaboração entre as partes em prol da captação dos recursos necessários à execução de determinado projeto, que abrange não só o contrato de mútuo, mas também a integralização do capital da sociedade por investidores, além do uso de outros instrumentos de crédito para a obtenção dos recursos adicionais necessários.²²⁴

A estruturação de uma operação de financiamentos na base de *project finance* para os projetos da infraestrutura é complexa e envolve grande esforço de negociação para realização de acordos, não só entre os sócios e financiadores como também entre fornecedores, clientes,

²²² Vale a observação que um financiamento sob a forma de *corporate finance* é realizado com empresas que podem possuir vários projetos que se misturam, não havendo segregação de risco por projeto. Como não existe necessariamente a vinculação do financiamento a determinado projeto da empresa, há sempre o risco dela envolver-se em outras atividades, e seus resultados financeiros se afastem da situação inicialmente avaliada para concessão do crédito, o que gera incerteza para os financiadores. Além disso, no *corporate finance*, os empreendedores têm total liberdade de gerir o seu negócio e devem assumir o risco se qualquer problema ocorrer na empresa, o que faz dos financiadores simples observadores do processo de investimento. Esse método de financiamento possui as seguintes características: (1) os credores geralmente assumem total direito de regresso junto ao empreendedor ou patrocinador do projeto; (2) os riscos do financiamento podem ser amparados por ativos do patrocinador (até mesmo de outras empresas, se ele as possuir) e pelos bens da empresa recebedora do financiamento; (3) os riscos podem ser transferidos a terceiros através de contratação de seguros ou de garantias alheias; (4) os financiamentos podem ser rapidamente montados, desde que a empresa tenha informações adequadas sobre suas operações passadas, que permitam projetar os lucros futuros; (5) os credores também se valem de toda a carteira de ativos do patrocinador do empreendimento a ser financiado, visando garantir o pagamento do serviço da dívida; (6) há, em geral, só um contrato de financiamento, que cobre as fases de implantação e de operação do projeto, sendo o credor e o devedor únicos na operação realizada entre eles; (7) os financiamentos quando têm cobertura total de garantias fornecidas pelos empreendedores, pela empresa do projeto ou por terceiros são denominados no jargão do mercado financeiro de *full recourse finance*. SEIXAS, Renato. *Project Finance* em empreendimentos de pequeno e médio porte. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Ano 10, nº 10, v. 37, pp. 30-47. Jul./Set. 2007, p. 32.

²²³ Finnerty define *project finance* como “a captação de recursos para financiar determinado projeto de investimento, cujo capital seja economicamente segregável através de uma empresa denominada sociedade de propósito específico ou sociedade veículo do empreendimento”. FINNERTY, Jonh D. **Project finance**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p. 355.

²²⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

empresas seguradoras, órgãos do governo, dentre outros. Como resultado, as negociações geram uma rede de compartilhamento de riscos e garantias, visando o êxito do projeto, sendo tudo expresso em diversos instrumentos jurídicos, seguindo o princípio de buscar garantir retorno financeiro para o empreendimento, reduzir o risco do financiamento e aumentar a eficiência dos investimentos.²²⁵

No *project finance*, por meio de arranjos contratuais, usando os recebíveis a serem gerados pelo empreendimento e o compartilhamento dos riscos, os financiadores garantem o recebimento de seus créditos. Na maioria das vezes, os projetos financiados são novos, sem história, porém nada impede a utilização dessa técnica no financiamento da expansão ou ampliação de empreendimentos existentes, em empresas já operando, nos chamados projetos *brown fields*.²²⁶

As relações contratuais entre as partes envolvidas no empreendimento são o cerne dessa modalidade de financiamento a projetos²²⁷. A rede de contratos coligados, criada no empreendimento, permite a alocação dos riscos do investimento entre os diferentes participantes, facilitando substituir as garantias usuais dos financiamentos (carta de fiança, hipoteca, aval, carta de crédito etc.) por obrigações de *performance*, seguros e vinculação de recebíveis, mais adaptadas a esse tipo de engenharia financeira.²²⁸

²²⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

²²⁶ A diferença de ser ou não um novo empreendimento é fundamental quando se está avaliando os riscos de determinado projeto. Projeto novo significa projeto com maior risco. No Brasil, há inúmeros exemplos da aplicação do *project finance* em financiamentos à infraestrutura em projetos *brown fields*, como nos projetos petrolíferos na Bacia de Campos ou das refinarias de petróleo, da Petrobras. BONOMI, Cláudio Augusto; MALVESSE, Oscar. **Project Finance no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 21 - 23.

²²⁷ A participação de um número maior de agentes constitui uma vantagem para diluir os riscos entre eles. Por outro lado, a tentativa de compatibilizar os diferentes interesses dos agentes envolvidos pode se tornar uma desvantagem, devido à complexa estrutura contratual necessária nesse tipo de operação. Geralmente, esse tipo de estrutura consome mais tempo que a modalidade de financiamento corporativo. A grande complexidade dessa estrutura eleva os custos de transação em razão das despesas legais envolvidas na elaboração do projeto, pesquisa e gerenciamento de informações e questões fiscais, preparação de documentação e o grande investimento de tempo de gerência. Quanto mais desconhecido o cenário do projeto, maior será o tempo de pesquisa e a busca por instrumentos de mitigação. Em *project finance*, o risco não coberto por garantias reais, imposto ao mutuante, é maior do que em um empréstimo convencional. Por isso que o mutuante, na posição de financiador do projeto, exige não só uma taxa de juros superior àquelas praticadas nos financiamentos convencionais, como também a assunção de uma série de compromissos por parte da sociedade do projeto (a SPE), de tal forma a mitigar ou a reduzir os riscos envolvidos na operação financeira. BORGES, Luiz Ferreira Xavier Borges e FARIA, Viviana Cardoso de Sá. *Project Finance: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: **Revista do BNDES**, v. 9, n. 18, pp. 241-280 e dez. 2002 e p. 272.

²²⁸ No Brasil, haja vista a ausência de um regramento legal expresso no Código Civil ou legislação extravagante, o *project finance* não é ainda um tipo legal, apesar de ser repetido na realidade econômica com um compartilhamento de certos traços distintivos, passível de reconhecimento pelo Direito, e de normatização, via cláusulas padrões, doutrina, jurisprudência judicial ou arbitral. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance**.

O *project finance* caracteriza-se também por ter uma grande adaptabilidade às condições de cada projeto, às normas legais que regem o segmento a ser explorado e às necessidades e exigências dos investidores. Porém, a sua estrutura, determinada pelas garantias, custos, prazos, forma, entre outros, é definida em função da análise e da atribuição de pesos aos diferentes riscos do empreendimento.

As operações, na base de *project finance*, podem ser divididas em duas espécies, segundo a garantia que oferecem aos financiadores: 1) o financiamento sem direito de garantia ou recurso contra o acionista ou patrocinador do projeto, também chamado de financiamento sem recurso ou *non recourse finance*; ou seja, se o empréstimo não for pago, os credores não terão condições de exigir o pagamento dos acionistas, podendo encaminhar sua pretensão somente contra a sociedade do empreendimento, seus ativos e créditos; 2) financiamento com acesso ao patrimônio do acionista ou patrocinador, limitado a certas circunstâncias e/ou importância máxima, denominado financiamento com recurso limitado ou *limited recourse loan*.²²⁹

Existe também uma vantagem prática ao se migrar da modalidade de financiamento de empresas para o *project finance*, que lhe confere maior aceitação nos empreendimentos das parcerias público-privadas: o ônus do financiamento sai do balanço do controlador da sociedade da parceria, em face da substituição das garantias corporativas e pessoais pela garantia dos créditos futuros oferecidos pela sociedade criada.²³⁰

A análise dos riscos assume papel de destaque nas operações de financiamento na base de *project finance*, pois os riscos estão diretamente relacionados à capacidade de pagamento dos créditos recebidos. Os riscos variam conforme a natureza de cada projeto e não há forma pré-definida de distribuição deles entre as partes. Tudo depende do caso concreto e de suas peculiaridades.

Para efeito de análise dos financiamentos, os riscos mais importantes dos projetos são classificados em riscos de implantação, operação, financeiros, políticos e jurídicos.

Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged*, *buy-outs* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

²²⁹ Existe ainda o financiamento do tipo *full recourse* ou financiamento com acesso total ao patrimônio do acionista ou patrocinador, sem limitação a qualquer circunstância e/ou importância máxima. Ibidem, p. 400.

²³⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 162.

Os riscos de implantação estão relacionados a possíveis problemas na conclusão das obras e na fase de instalação do projeto. Nesta etapa, é delicada a relação risco e financiamento recebido, porque o empreendimento ainda não gera receitas para pagamento das despesas do empreendimento, incluindo o serviço das dívidas.²³¹

Os riscos operacionais, por sua vez, ocorrem durante o período em que o empreendimento já está em funcionamento. Esses riscos envolvem problemas potenciais relacionados à inadequação da prestação dos serviços previstos, custos de manutenção mais elevados do que o esperado, uso de tecnologia inadequada, utilização de material de baixa qualidade ou ainda falta de mão de obra ou de pouca qualificação no projeto²³². Nessa fase, aparecem os riscos financeiros, que estão relacionados ao impacto nos rendimentos monetários do projeto, decorrente de fatores como a inflação, a taxa de juros e o câmbio.²³³

O risco político ou soberano dos projetos decorre de incertezas relacionadas às ações do governo na manutenção da estabilidade política e das regras do jogo econômico, principalmente quando há mudança no governo²³⁴, e a aspectos econômicos específicos, como a estabilidade da moeda ou do câmbio, que afetam a conversibilidade e a transferência dos recursos gerados no empreendimento para o exterior. O risco político refere-se também à possibilidade de expropriação, confisco ou nacionalização dos investimentos realizados. Nesses casos, trata-se do risco da possibilidade de o governo nacionalizar os ativos da empresa do projeto, de forma arbitrária e sem a devida e correta compensação.

O risco jurídico está relacionado à possibilidade de se alterar os direitos e as obrigações do contratante principalmente durante sua execução. Esses podem ocorrer de duas formas: (1) em razão de leis de aplicação geral, que atuam de forma ampla na economia e afetam diretamente os empreendimentos, a exemplo das leis trabalhistas e tributárias; (2) em função de normas de caráter regulatório, que decorrem da possibilidade de ruptura ou

²³¹ FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias Público-Privadas no Brasil**: em busca da eficiência por meio de alocação de riscos. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 74.

²³² Ibidem, p. 77.

²³³ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **Aplicabilidade das técnicas de Project Finance para financiamento da infraestrutura no Brasil**: caso da implantação da telefonia celular banda B de 1997 a 2001, p. 94.

²³⁴ Nesse sentido, manifesta-se Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida. Nas palavras da autora, a eventual prevalência de interesses políticos no Legislativo ou no Executivo são fatores que representam risco político para a estabilidade dos contratos de concessão administrativa ou patrocinada. Esses contratos não podem sofrer abrupta mudança de orientação a cada quatro anos, quando há alternância no poder. A ideia de ato jurídico perfeito como instrumento concretizador do princípio da segurança jurídica deve prevalecer. ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. Compartilhamento de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas, pp. 241-268. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 253.

mudança na "regra do jogo", determinada pelo Estado ou seus órgãos, como as agências reguladoras responsáveis pelas concessões dos serviços públicos setoriais da infraestrutura.²³⁵

1.2 O *project finance* e sua importância para os financiamentos das parcerias público-privadas

Na Lei brasileira das parcerias público-privadas, existem várias partes relacionadas aos financiamentos dos projetos que foram adaptadas de conceitos e institutos usados no âmbito internacional. Isso aparece, por exemplo, nos mecanismos de garantia da contraprestação do poder público ou na transferência do controle do empreendimento aos financiadores para saná-lo, o *step in rights*, ou ainda, na normatização dos princípios dos financiamentos na base de *project finance*. Esses mecanismos, que afetam direta ou indiretamente a relação entre o financiador e a parceria público-privada, foram incorporados ao Direito Administrativo brasileiro através da Lei das Parcerias, como estão explicados a seguir.

As garantias ao parceiro privado do pagamento da contraprestação pública dos projetos podem também se transformar em garantia extra aos financiadores dos investimentos das PPPs. Já o direito de transferência do controle da SPE, para a instituição financeira credora do empreendimento da parceria público-privada, o *step in rights* foi estabelecido na legislação para propiciar o saneamento dos projetos em dificuldade, conferindo maior garantia aos credores no recebimento dos créditos concedidos e, assim, incentivando-os a fornecer financiamentos a esses projetos.

Por sua vez, a adoção da técnica de financiamento na base do *project finance* e de seus mecanismos de análise e mitigação de riscos nos empreendimentos das parcerias público-privadas aproveitou a sinergia comum aos dois institutos, nos seguintes aspectos: (1) a preocupação em assegurar um fluxo mínimo de receitas operacionais para o empreendimento, a fonte principal de viabilização do projeto e de garantia ao financiamento²³⁶; (2) a modelagem de identificação, alocação e mitigação de riscos, que é fundamental para a aplicação das técnicas contratuais de diluição e mitigação de riscos e para análise, negociação e acompanhamento dos contratos; (3) o comprometimento efetivo das partes de agirem em conjunto para alcançar as metas pretendidas para os projetos; (4) a constituição, pelo parceiro

²³⁵ FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil**: em busca da eficiência por meio de alocação de riscos. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, pp.70-73.

²³⁶ ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 411- 412.

privado, de uma sociedade de propósito específico (SPE) como forma societária de estruturar o empreendimento e isolar o projeto da parceria dos riscos associados a outras eventuais atividades dos parceiros privados, limitando a responsabilidade destes (a lei das parcerias exige obrigatoriamente a criação de uma SPE - art. 9º, caput e 5º; (5) o incentivo ao uso de arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos (ver seção II deste capítulo).²³⁷

Nas concessões e parcerias público-privadas, o *project finance* adicionou sua qualidade de viabilizar grandes investimentos, nos quais os empreendedores não possuem condições econômicas ou garantias a oferecer aos financiadores do projeto, nos moldes tradicionais exigidos pelo mercado financeiro para o financiamento de empresas.

Os financiadores, dada a natureza das garantias usualmente empregadas na técnica do financiamento a projetos (*project finance*) – as garantias reais e pessoais asseguram apenas parcialmente o crédito das instituições financiadoras –, tornam-se aliados da Administração Pública para acautelar a implantação total do empreendimento e a geração de receitas.

A disseminação do financiamento de projetos, na base do *project finance*, no Brasil, foi tardia e começou com as operações de crédito às concessões de serviços públicos, realizadas pelo BNDES, a partir de 1995. O atraso no uso do método, relativamente a outros países, é explicado pela histórica ação do Estado brasileiro como empresário, atuando nos segmentos da infraestrutura e fazendo uso apenas de operações tradicionais de financiamento à Administração Pública e a suas empresas estatais.²³⁸

Enfim, no Brasil, somente após o programa de privatização, o *project finance* passou a ser largamente utilizado nas operações de crédito às concessionárias e, posteriormente, no financiamento às parcerias público-privadas, realçando a importância desse método no financiamento para os programas de recuperação e desenvolvimento da infraestrutura do país.

1.3 Repartição e mitigação dos riscos nas parcerias público-privadas e sua influência nos financiamentos aos projetos

No Brasil, a Lei das Parcerias Público-Privadas trouxe como inovação a especificação em contrato do compartilhamento dos riscos do empreendimento entre os parceiros público e

²³⁷ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 403.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 97-98.

privado, transformando a definição dos riscos, sua repartição e sua mitigação, em uma das principais tarefas para formação das parcerias.²³⁹

Nas parcerias público-privadas, a correta alocação de riscos gera vantagens tanto para o parceiro público quanto para o particular e afeta diretamente o interesse dos financiadores dos projetos, preocupados em conhecer e avaliar os riscos do projeto e da sociedade criada para o empreendimento. Somente analisando a repartição dos riscos, pode ser avaliado se o contrato é vantajoso tanto para o setor público quanto para o privado²⁴⁰, e se o desenho da repartição dos riscos e a previsão da forma de mitigá-los trarão sucesso ao projeto, além de uma eficiente aplicação dos recursos nele aportados.²⁴¹

De forma inovadora, a Lei das PPPs admitiu expressamente que os riscos extraordinários dos projetos das parcerias podem ser repartidos entre o Poder Público e o parceiro privado. Entretanto, essa repartição deve ser prevista no contrato da parceria, inclusive os riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art.5º, inc.III, da Lei 11.079/04).

Cabe esclarecer que não se deve adotar o critério de divisão de riscos que descaracterize o próprio instituto da parceria e a sua natureza de delegação, como ocorreria se, por exemplo, o poder público devesse quantia fixa, sem relação com a quantidade e a qualidade das utilidades disponibilizadas pelo empreendimento. Nesse caso, não se trataria mais de contrato de parceria público-privada, mas sim de contrato administrativo comum.²⁴²

²³⁹ Para Marcos Barbosa Pinto, a mudança implantada pela Lei das PPPs foi um reflexo da percepção que a falta de atribuição de riscos clara e objetiva nos contratos de concessão dava margem para que as concessionárias tirassem vantagem do setor público em renegociações posteriores. Nas palavras do autor: “nessas renegociações, a pressão competitiva da licitação já não existe, o que coloca o poder público em uma situação desfavorável. Essa desvantagem torna-se ainda maior diante da responsabilidade do Estado de fazer com que os serviços públicos continuem funcionando adequadamente. Nessa situação, é frequente que o Estado ceda às pressões do concessionário, que, aliás, tem à disposição informações da melhor qualidade e ótimo assessoramento técnico. O resultado dessas negociações é, muitas vezes, ruim para os cofres públicos e, injusto para os concorrentes derrotados na licitação”. PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro v. 13, nº 25, pp. 155-182, jun/ 2006 e p. 178.

²⁴⁰ PINTO, Marcos Barbosa. Op.cit., p. 66.

²⁴¹ SAVOIA, José Roberto Pereira. SHINOHARA, Daniel Yoshio. **Parcerias público-privadas no Brasil**. Baueri: Manole, 2008. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, nº 24, pp. 151-171, out/dez, 2008 e p. 161.

²⁴² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 711.

Nas parcerias público-privadas, os riscos operacionais e os de construção são atribuídos ao parceiro privado. Nas concessões patrocinadas, os riscos de demanda possuem especial importância para o financiador, tendo em vista que a garantia de pagamento aos credores da SPE advém principalmente da demanda dos usuários (a outra parte vem de subsídios pagos pelo parceiro público).

O risco financeiro, por sua vez, é em geral atribuído à Administração Pública, e as correções dos parâmetros econômicos, como preços e custos do projeto, são definidas anual e automaticamente, de acordo com fórmulas acordadas no contrato da parceria.²⁴³

A previsão e a mitigação dos riscos jurídicos é um dado avaliado nas operações de financiamento às parcerias público-privadas, pois tais eventos podem inviabilizar, atrasar ou restringir as parcerias, afetando diretamente os valores devidos aos financiadores. Por exemplo, o financiador de determinado empreendimento em parceria sofre diretamente as consequências das mudanças da regulação ambiental, não atendidas no projeto financiado, pois existe o entendimento generalizado de que ele dispõe de certa influência e capacidade de monitoramento da sociedade do empreendimento financiada, sendo, portanto, coresponsável pelo risco.²⁴⁴

Como em qualquer projeto financiado na base de *project finance*, também existe nas parcerias público-privadas a criação de uma complexa cadeia contratual a partir do contrato original da concessão, que compreende, entre outros: o contrato de construção, de operação, de manutenção, de financiamento e, principalmente, os contratos que visam criar um pacote de garantias, capazes de assegurar a amortização dos empréstimos e o retorno financeiro rentável para os demais tipos de recursos aportados ao projeto (capital próprio, por exemplo).

Os contratos devem ser todos encadeados, além de haver compatibilidade entre eles. Muitos deles somente têm a sua negociação concluída após a assinatura de outros que com eles estão vinculados, o que exige compatibilização e harmonização das respectivas disposições contratuais. A falta da harmonização nos contratos coligados das parcerias

²⁴³ Como os investimentos das PPPs são remunerados em real, por tarifas e/ou contraprestações do poder público, há sempre o risco cambial quando contratos de financiamento são tomados em moeda estrangeira ou insumos utilizados são importados. FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil**: em busca da eficiência por meio de alocação de riscos. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 70.

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 43.

representa um risco efetivo, além de agregar maior custo ao empreendimento, especialmente no que tange ao custo de captação de financiamentos.²⁴⁵

Outro risco contratual, presente nas parcerias público-privadas, está na incompletude dos contratos, que acontece, apesar de o contrato de PPP ter sido bem elaborado e possuir cláusulas adequadas que obrigam o seu cumprimento. Os contratos, na prática, são passíveis de alteração por causas diversas, como o surgimento de eventos aleatórios ou intempéries da natureza, que obrigam a realização de mudanças.

Em vista de sua natural incompletude, os contratos das parcerias sempre contêm brechas ou lacunas, exigindo das partes envolvidas adaptação às novas condições que venham a surgir durante o funcionamento do empreendimento. E, cabe ao Judiciário, resolver as questões que ficaram em aberto, podendo ocorrer o risco de que o espírito original do contrato seja desrespeitado, ainda mais em questões que envolvam os complexos contratos das parcerias público-privadas.

Por isso, um dos importantes riscos à realização das parcerias público-privadas está relacionado às decisões do Poder Judiciário e a demora de solução dos litígios. Por outro lado, a variedade de recursos disponíveis e a falta de especialização dos juízes sobre a matéria em julgamento são eventos capazes de afastar potenciais investidores e financiadores das parcerias ou, ao menos, resultar em maiores exigências de retorno financeiro por parte deles.²⁴⁶

Outro risco jurídico, presente nas parcerias público-privadas, é aquele que deriva da possibilidade de se alterarem os direitos e obrigações do contratante durante a execução dos projetos das PPPs. Essas alterações, ao serem capazes de modificar os parâmetros utilizados em contrato para estimar os custos e receitas do empreendimento, podem alterar os objetivos esperados do empreendimento, comprometendo a capacidade de pagamento dos financiamentos contraídos pela concessionária.²⁴⁷

²⁴⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 207.

²⁴⁷ FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil: em busca da eficiência por meio de alocação de riscos**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 70.

1.4 A sociedade de propósito específico (SPE) nas parcerias público-privadas e sua importância para o financiamento da sociedade

Como mencionado anteriormente, a concessão de crédito às parcerias público-privadas é uma operação financeira fundamental e complexa, que envolve diversos fatores sobre os quais os agentes financiadores concentram sua atenção e análise. Os dois principais focos da análise compreendem o projeto de investimento a ser realizado e a pessoa jurídica - veículo do empreendimento ou a empresa constituída especificamente para realizar os objetivos da parceria.

Essa pessoa jurídica envolve os ativos, os direitos e as obrigações do projeto, e é criada unicamente para ser o veículo da parceria público-privada, sendo denominada sociedade de propósito específico (SPE) ou sociedade-veículo da parceria. A SPE concentra os ativos adquiridos para o projeto, os resultados obtidos e demais direitos e obrigações, criados pelo empreendimento, isolando-os dos riscos e da contabilidade de eventuais empresas e negócios alheios, em especial os pertencentes aos patrocinadores e acionistas privados da parceria.²⁴⁸

Em outras palavras, a ideia central, ao se exigir nas parcerias a formação da sociedade de propósito específico, é que ela seja uma sociedade constituída exclusivamente para viabilizar o projeto de investimento da parceria e que nela fiquem contidos todos os riscos e benefícios inerentes ao projeto, não extravasando para outras empresas ou empreendimentos. Por isso se diz que a SPE de uma parceria público-privada não tem passado, nasce em determinado momento para a realização de um projeto de interesse do setor público e do parceiro privado e desenvolve atividades exclusivamente vinculadas ao empreendimento.²⁴⁹

A SPE, ao segregar a contabilidade e a administração do empreendimento, também permite melhor fiscalização por parte do Poder Público e deixa, nas parcerias, mais nítida a responsabilidade da empresa concessionária e seus sócios.

A sociedade de propósito específico não constitui um novo tipo societário na ordem jurídica do país. É sempre organizada sob uma das formas previstas pela legislação²⁵⁰, ou seja,

²⁴⁸ FERES, Marcelo Andrade. As Sociedades de Propósito Específico no Âmbito das Parcerias Público-Privadas - PPP. Algumas observações do Direito Comercial sobre o art. 9º da Lei 11.079/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, nº 694, 30 de maio de 2005, p. 6. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em 01. Nov. 2011.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ FERES, Marcelo Andrade. As Sociedades de Propósito Específico no Âmbito das Parcerias Público-Privadas - PPP. Algumas observações do Direito Comercial sobre o art. 9º da Lei 11.079/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, nº 694, 30 de maio de 2005, p. 3. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em 01. Nov. 2011.

em geral, a pessoa jurídica adota em seu contrato social ou estatuto o título de sociedade por cotas de responsabilidade limitada ou de sociedade anônima, aberta ou fechada. A escolha entre as duas principais formas societárias ocorre principalmente em função do negócio a ser explorado e da maneira como o projeto da parceria será financiado.²⁵¹

Apesar de haver possibilidade de escolha da forma societária da SPE, a sua formatação como sociedade anônima de capital aberto²⁵² possui certa preferência, pois facilita a captação dos recursos necessários aos projetos, em razão do seu acesso mais fácil ao mercado de capitais, onde é possível obter recursos de longo prazo a um custo inferior ao do mercado financeiro, de empréstimos e financiamentos²⁵³. Em teoria, a sociedade por ações pode se valer da captação de recursos através do lançamento de debêntures, ações ou qualquer outro valor imobiliário que esteja previsto no ordenamento jurídico brasileiro, tais como os inseridos no artigo 2º da Lei 6.385/76.²⁵⁴

²⁵¹ Juan Vasquez pondera sobre as desvantagens de se adotar outras formas societárias na SPE. Para ele, a escolha da sociedade em nome coletivo não é uma boa alternativa, pois a responsabilidade dos sócios é ilimitada e solidária no caso da sociedade não possuir bens suficientes para arcar com suas obrigações, além disso, a proibição de pessoa jurídica ser sócia, como se vê no comando do Código Civil: “*Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais*” (art.1.039 do Código Civil). Na sociedade comandita simples, há sócios comanditados, que são pessoas físicas com responsabilidade ilimitada e sócios comanditários, que não podem praticar atos de gestão, sob pena de responderem ilimitadamente pelas obrigações sociais como os sócios comanditados (arts. 1.045 e 1.407 do Código Civil). Já a escolha pela sociedade comandita por ações também é inconveniente, uma vez que somente poderá ser administrada pelo acionista que terá responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações sociais (arts. 1.090 e 1.091 do Código Civil). VASQUEZ, Juan Luiz Souza. **A sociedade de propósito específico na parceria público-privada**, in PEIXINHO, Manoel Messias (coordenador) e outros. Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 79. Para Guerra: “apesar de a sociedade de propósito específico ter raízes na sociedade em conta de participação, que se traduz como a origem dos conceitos e noções de associação ou parceria entre empreendedores, ela jamais poderá ser constituída sob tal configuração, eis que, além de ter obrigatoriamente personalidade jurídica distinta dos seus sócios, o art. 9º, §3º, da Lei 11.079/2004 exige padrões de governança corporativa, com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, exigências essas incompatíveis com aquele tipo societário despersonalizado, cujo exercício da empresa se realiza unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade”. GUERRA, Luiz Antonio. **Licitação: direito administrativo, consórcio empresarial e sociedade de propósito específico: proteção e segurança jurídica para o Poder Público**, pp.10-11. Disponível em: <www.bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 21. Dez. 2011.

²⁵² O art.9º, §2º, da Lei 11.079/04 estipula que as sociedades de propósito específico poderão assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. As sociedades anônimas são divididas em abertas e fechadas; somente as primeiras poderão utilizar o mercado de capitais para captarem recursos para seus projetos, desde que com o devido registro na CVM - Comissão de Valores Mobiliários.

²⁵³ A administração financeira distingue o mercado de capitais do mercado financeiro. No primeiro, são captados recursos de longo prazo com o lançamento de ações e debêntures; no segundo, acontece o mercado de crédito, de empréstimos e financiamentos. VASQUEZ, Juan Luiz Souza. Op.cit., p. 84.

²⁵⁴ BRASIL. Lei 6.385/76. O art.2º (Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Publicado no DOU de 9.12.1976) designa como valores mobiliários: ações, debêntures e bônus de subscrição e cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários anteriormente citados, os certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos, notas comerciais, contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários, outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes e, quando ofertados publicamente,

A sociedade de propósito específico das parcerias público-privadas deve adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, independentemente da forma societária escolhida. Além disso, deve obedecer aos padrões de governança corporativa, conforme determina o artigo 9º, § 3º, da Lei 11.079/04, que são regras próximas àsquelas usadas pelo setor privado para empreender projetos de investimento. Isso faz aumentar a confiança dos investidores e financiadores e tornam as PPPs mais atrativas à participação privada, além de facilitar sua fiscalização pelos órgãos de controle do setor público e de aumentar a governança corporativa, particularmente nos grandes projetos.²⁵⁵

O mandamento para que as sociedades das parcerias sejam dotadas de contabilidade padronizada diz respeito à obrigatoriedade de escrituração contábil correta e adequada à luz da legislação tributária - fiscal, na qual está prevista a adoção de livros obrigatórios e facultativos, revestidos das formalidades legais, como os previstos nos artigos 100 a 105 da Lei das Sociedades Anônimas.²⁵⁶

Já as demonstrações financeiras padronizadas devem ser levantadas anualmente pela diretoria da sociedade do empreendimento, através do balanço patrimonial e do resultado econômico, conforme descreve o artigo 176 da Lei das Sociedades Anônimas e os artigos 1.179 a 1.195 do Código Civil.²⁵⁷

Ao adotar a padronização da contabilidade e das demonstrações financeiras, o propósito da Lei foi o de conferir às empresas transparência e garantia contra a prática de “maquiagem de balanço” e fornecer segurança aos investidores, público e privado.²⁵⁸

A Lei não designa quais critérios devem ser adotados para a governança corporativa das sociedades das parcerias, porém não impede a adoção das normas de governança

quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive o resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

²⁵⁵ Nos grandes projetos em setores especializados, públicos, privados e em parceria, é mais comum o aparecimento do problema da governança corporativa, em vista da necessidade de contratação de administradores privados especializados para assumirem o comando do empreendimento, dissociando a administração daquele dos sócios públicos e privados.

²⁵⁶ BRASIL. Lei 6.404 de 15.12.1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. Publicado no DOU de 17.12.1976.

²⁵⁷ BRASIL. Lei das Sociedades Anônimas. Artigo 176: “Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício: I – balanço patrimonial; II – demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; III – demonstração do resultado do exercício; IV – demonstração das origens e aplicações de recursos. § 1º - As demonstrações de cada exercício serão publicadas com a indicação dos valores correspondentes das demonstrações do exercício anterior. [...]”.

²⁵⁸ VASQUEZ, Juan Luiz Souza. **A sociedade de propósito específico na parceria público-privada**, in PEIXINHO, Manoel Messias (coordenador) e outros. Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91.

existentes na Lei das Sociedades Anônimas, além de outras regras previstas no Código Brasileiro de Melhores Práticas de Governança Corporativa.²⁵⁹

No Brasil, em razão do longo período de duração das parcerias público-privadas (variam de 5 a 35 anos), é necessário se prever na constituição da sociedade do empreendimento cláusulas de saída dos sócios.

Quando a sociedade da parceria está constituída na forma de sociedade anônima de capital aberto, há maior facilidade para a saída dos sócios minoritários, que podem alienar suas participações de capital de forma pulverizada, inclusive no mercado de bolsa.²⁶⁰

Com relação ao poder de controle da SPE e à possibilidade de transferência desse poder a outros investidores privados, a Lei 11.079/04 impôs as seguintes restrições às sociedades das parcerias: (1) estabeleceu que a transferência do controle da sociedade não pode ser realizada sem a autorização da Administração Pública, sob a pena de caducidade da parceria²⁶¹; (2) determinou obediência às regras contidas no artigo 27 da Lei 8.987/95 (Lei das Concessões), para a realização da transferência. Assim, a empresa que assumir o controle deve atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade

²⁵⁹ Na Lei das Sociedades por Ações, o art. 153 indica bem a postura que o administrador deve adotar na gestão do empreendimento, quando diz: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.” Por sua vez, o art.154 da Lei estabelece que “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.” O Código Brasileiro de Governança Corporativa foi criado em 1999 pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Para esse instituto, governança corporativa é: “o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade.” Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <www.ibgc.org.br>. Acesso em 31. Jan. 2011.

²⁶⁰ Ribeiro e Prado apontam que após a fase de construção há a redução do interesse dos empreiteiros que venham a participar da SPE junto com outras empresas. Dessa forma, no caso de uma companhia aberta a venda das ações em bolsa seria muito mais fácil. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 249.

²⁶¹ A Lei 11.079/04 não conceitua “acionista controlador”; por esse motivo, deve-se recorrer ao conceito de acionista controlador que consta na Lei de Sociedades Anônimas. O art.116 da Lei das S.A dispõe que acionista controlador é a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum, que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e, usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. O controle de uma sociedade não advém necessariamente da detenção da maioria do capital social por um indivíduo, pois nem todos os acionistas possuem o direito de voto. Além disso, a dispersão das ações propicia a existência de um controle por pessoas que detém menos da metade das ações. VASQUEZ, Juan Luiz Souza. **A sociedade de propósito específico na parceria público-privada**, in PEIXINHO, Manoel Messias (coordenador) e outros. Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, pp. 82-85.

jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor (art.9º da Lei 11.079/04).

Quanto à titularidade do capital da sociedade, a Lei das Parcerias vedou o Poder Público ser titular da maioria do capital votante, tendo por objetivo evitar que a SPE se transforme disfarçadamente em sociedade de economia mista ou empresa pública. Porém, não houve nenhum disciplinamento para a possibilidade de a Administração Pública deter a maioria simples do capital da sociedade sem direito a voto.

A viabilidade da maior parcela do capital ficar nas mãos do governo provocou aparente contradição na legislação, além de divergências na doutrina. Autores como Ribeiro e Prado entendem que não há limitação na quantidade total das ações que a Administração Pública pode possuir em uma SPE, erguida para uma parceria. Segundo esses autores, o setor público pode deter a maior parcela do capital da concessionária e, inclusive, utilizar o mecanismo do acordo de acionistas para obter o controle da SPE para votar assuntos específicos, mesmo contrariando dispositivos da Lei das Parcerias que impedem explicitamente que o setor público detenha a maioria do capital votante neste tipo de empreendimento.²⁶²

Defendendo pensamento diferente, Vasquez²⁶³ entende que o objetivo da Lei foi o de claramente impedir que o Poder Público controlasse de forma permanente a SPE da parceria, pois, caso contrário, não haveria sentido em proibir a detenção da maioria do capital votante pelo Estado. Segundo ele, o aporte de maior parcela de recursos relativamente ao setor privado no capital social das SPEs, e a possibilidade de a Administração Pública dirigir e orientar o projeto em todas as atividades traduziriam duas atitudes contrárias ao não aproveitamento das vantagens da participação privada nos empreendimentos erguidos sob o formato de parceria público-privada: a utilização dos recursos e da capacidade de administrar projetos da iniciativa privada.

Apesar dessas divergências, os estudiosos das parcerias público-privadas concordam que a Administração Pública pode se utilizar do mecanismo da *golden share* para ter direitos próprios de controlador em situações bem específicas, em que o interesse público assim o

²⁶² RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômico- jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 250.

²⁶³ VASQUEZ, Juan Luiz Souza. **A sociedade de propósito específico na parceria público-privada**, in PEIXINHO, Manoel Messias (coordenador) e outros. Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 95.

exigir²⁶⁴. Vasquez, por exemplo, entende que, nesse caso da assunção da maioria das ações da SPE, o setor público não assumiria o controle da sociedade, somente interviria nela em determinadas situações, através do seu poder de veto sobre um assunto específico.²⁶⁵

Da mesma forma, nos termos da Lei das Parcerias, a vedação do controle da maioria das participações com direito a voto pela Administração Pública não se aplicaria à eventual aquisição da maioria do capital votante da SPE por instituição financeira controlada pelo setor público. Essa situação fatalmente ocorreria em caso de inadimplemento dos contratos de financiamento do empreendimento para com as instituições financeiras do setor público, por meio do uso do mecanismo de *step-in rights* (instrumento previsto na Lei 11.079/04, comentado adiante).²⁶⁶

Na próxima seção, analisam-se detalhadamente os instrumentos da Lei das PPPs destinados a proteger os interesses dos financiadores das parcerias.

Seção 2 – Os principais instrumentos de proteção aos financiadores das parcerias público-privadas

Há quatro pontos da Lei das Parcerias que estão relacionados diretamente com o grau de interesse e envolvimento dos financiadores nessas, por conferirem proteção direta ou indireta aos financiamentos concedidos aos empreendimentos das PPPs. São eles: (1) o direito de transferência do controle da sociedade da parceria aos financiadores (o *step in rights*); (2) as garantias de pagamento da contraprestação do setor público nas parcerias público-privadas, como o Fundo Garantidor das Parcerias; (3) outros instrumentos de proteção, como a possibilidade de emissão de nota de empenho em nome do financiador; (4) o instituto da arbitragem.²⁶⁷

²⁶⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 251. A favor do argumento dos dois autores, vale notar que a Lei das S.A prevê a possibilidade de criação desse tipo de ação nas companhias que foram objeto de desestatização, mantendo o poder público o controle sobre determinados assuntos que afetam o interesse público (art.17,§7º, da Lei 6.404/76).

²⁶⁵ VASQUEZ, Juan Luiz Souza. **A sociedade de propósito específico na parceria público-privada**, in PEIXINHO, Manoel Messias (coordenador) e outros. Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 95.

²⁶⁶ O art. 9º da Lei 11.079/04 dispõe que fica vedado a ser titular da maioria do capital votante das SPEs, não se aplicando a vedação à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo poder público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento (art.9º, §§ 4º e 5º, da Lei 11.079/04).

²⁶⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parcerias público-privadas. Aspectos de direito público econômico (Lei 11.079/04)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 107-108. O *project finance* pode ser aplicado também na esfera privada, sem envolver um parceiro público.

2.1 O direito de assunção e transferência do controle da sociedade da parceria pelos financiadores (*step in rights*)

Um dos mais importantes instrumentos de proteção aos empreendimentos e financiadores das parcerias público-privadas, incluídos na Lei 11.079/04, é o direito de assunção e transferência do controle da sociedade do empreendimento aos financiadores, o *step-in rights*²⁶⁸.

Trata-se de um mecanismo de intervenção na sociedade da parceria, por meio do qual o Poder Público autoriza a transferência do empreendimento aos seus financiadores, sejam bancos públicos ou privados, visando a reestruturar financeira e administrativamente a sociedade da parceria e criar condições mais sólidas de tal maneira que os serviços continuem a ser prestados e seus financiadores consigam receber de volta os empréstimos concedidos. O exercício desse direito ocorre, no caso de inadimplência já constatada ou iminente, para com os credores.

O *step-in rights* é um mecanismo legal originário dos países que adotam o sistema do *common law*. Nesses países, a aplicação do instrumento não apresenta maiores dificuldades, pois faz parte do dia a dia dos financiamentos a projetos públicos, privados ou em parceria.

O artigo 5º, inciso I, §1º, da Lei 11.079/04 inseriu o *step in rights* no ordenamento jurídico brasileiro, ao dispor que os contratos poderão prever os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. A norma ainda estabelece a dispensa de cumprimento pelo financiador das regras do artigo 27, inc. I, da Lei 8.987/95 (Lei das Concessões). Isto é, o financiador não terá que atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço para assumir o controle da SPE.

No *step-in rights*, a transferência do controle da SPE, realizada pelo Poder Público ao financiador da parceria, possui caráter vinculante e não discricionário, conforme se observa na redação do artigo 5º, § 2º, da Lei das Parcerias, onde se constata o uso do verbo “autorizará” e não “poderá autorizar”. Isto quer dizer que a Administração Pública “deve” autorizar a

²⁶⁸ A expressão *step-in right* é uma simplificação da expressão *the right to step into the shoes of*, que pode ser traduzida como direito de assumir a posição de alguém, de substituí-lo em determinado papel.

transferência do controle ao financiador quando uma situação de precariedade da sociedade da parceria o exigir.²⁶⁹

Por sua vez, a assunção do controle da SPE pelo financiador, uma vez tendo sido usado o mecanismo do *step-in rights*, representa um direito, não um dever, pois a instituição financeira pode optar ou não, pelo ato.²⁷⁰

Ribeiro e Prado argumentam que o direito de assunção do controle da sociedade pelo financiador em nada diminui o direito de a Administração Pública intervir ou retomar, por caducidade ou encampação, a prestação do serviço concedido, independentemente de fazê-lo antes ou depois da assunção do controle pelo financiador²⁷¹. O mecanismo, na realidade, constitui uma garantia extra para os credores, visando preservar principalmente as receitas do projeto, a partir da intervenção no empreendimento para sanear-lo financeiramente e reestruturá-lo administrativamente.

O mecanismo do *step-in rights* tem sofrido questionamentos na doutrina brasileira. Alguns autores, como Bandeira de Mello, consideram que o *step in rights* seria inconstitucional por permitir a transferência do controle a um terceiro (o financiador) que não participou da licitação original e sem que haja nova licitação.

Para Bandeira de Mello, a dispensa de licitação para a transferência do controle da concessão nas parcerias público-privadas a uma instituição financeira viola o artigo 37, inc. XXI, e o art. 175 da Constituição Federal, que estabelecem a necessidade de novo certame para a transferência do controle nas concessões, em vista da obrigação de conferir tratamento isonômico a todos os licitantes iniciais.²⁷²

Di Pietro possui outra visão da questão. Para ela, somente a transferência da concessão em posse da SPE poderia suscitar questionamento quanto à sua constitucionalidade²⁷³. Para ela, no mecanismo do *step-in rights*, há somente a transferência do controle acionário da SPE

²⁶⁹ REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Reflexões sobre o papel dos financiadores nas parcerias público-privadas (PPPs)**. In SOUZA, Mariana Campos de (coord.). *Parceria público-privada - aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 87-109 e p. 100.

²⁷⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 163.

²⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 719-720.

²⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Concessão e parceria público-privada. Parcerias na – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público - privada e outras formas**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 111.

da parceria aos financiadores, não ocorrendo, nesse caso, qualquer alteração na pessoa do concessionário, pois os sócios possuem personalidade distinta da sociedade.²⁷⁴

De fato, cabe diferenciar a transferência do controle da transferência da concessão. Nesta, há a mudança da pessoa jurídica vencedora da licitação. Esta transferência poderia afrontar o artigo 175 da Constituição Federal que estabelece a exigência de licitação para a realização de concessões. Por seu turno, na transferência do controle da sociedade de propósito específico, como previsto no mecanismo do *step in rights*, não há mudança na pessoa jurídica vencedora da licitação, que continua com os mesmos atributos que a fizeram vencedora do certame.

Os questionamentos sobre quaisquer transferências de controle (inclusive para os financiadores) já têm sido feitos desde a edição da Lei 8.987/95, que prevê a possibilidade de transferência da concessão ou da concessionária mediante autorização do poder concedente e cumprimento dos requisitos do artigo 27, § 1º, inc. I: atendimento às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946, que se encontra pendente de julgamento, a Procuradoria da República questiona a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 8.987/95 com base na alegação que o dispositivo, ao permitir a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária (inclusive o direito de assunção do controle pelos financiadores), mediante apenas autorização do Poder Público, afrontaria a exigência do artigo 175 da Constituição, em que dispõe a obrigatoriedade da licitação no caso de concessão.

Outro questionamento que ronda o *step in rights* é sobre a dispensa do cumprimento dos requisitos do art. 27, § 1º, inc. I, da Lei 8.987/95 (atendimento às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço) estabelecida no art. 5º, § 2º, inc. I, da Lei das PPPs.²⁷⁵

²⁷⁴ Há de se perguntar, todavia, se a transferência do controle não resulta, em certo modo, na transferência da sociedade ou de importante parte dos atributos da sociedade, pois os controladores ou patrocinadores da SPE são aqueles que aportam as qualificações técnicas para implementar a concessão. Portanto, de modo efetivo, a transferência da sociedade- a SPE- poderia ser interpretada como uma transferência da concessão ou de seus atributos importantes. Ibidem, p. 112.

²⁷⁵ O artigo 27º, § primeiro, inc. I da Lei 8.987/95 prevê que para a obtenção da anuência do Poder Concedente para a transferência do controle o pretendente deverá ter atendido as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.

Di Pietro entende que a dispensa é inadmissível já que, para a assunção do serviço, a capacidade técnica é exigida. Assim, não se poderia admitir que a transferência seja de quem não demonstre ter essa capacidade. Para a autora, a norma contraria o princípio do interesse público, já que o objeto das PPPs é, em regra, a prestação de um serviço público, sujeito aos princípios da continuidade, eficiência, adequação previstos no artigo 6º da Lei de Concessões.²⁷⁶

Ribeiro e Prado entendem que as condições do artigo 27, § 1º, inc. I, da Lei 8.987/95, realmente, não poderiam ser exigidas dos financiadores quando se fizesse uso do *step-in rights*. Esses assumiriam a SPE da parceria em caráter temporário e quase sempre contratando uma empresa para administrar a concessão, o que também não confrontaria os ditames da Constituição relativamente à necessidade de nova licitação e tratamento isonômico obrigatório para os participantes classificados no certame inicial.

De fato, argumentam os dois autores, a exigência de comprovação de capacidade técnica e idoneidade financeira, tal como prevista no edital do certame inicial para a escolha do parceiro privado da parceria público-privada, poderia inviabilizar o exercício do mecanismo do *step-in rights* pelos financiadores²⁷⁷. Além disso, acrescentam, os bancos financiadores das parcerias têm como atividade principal, se não a única, a intermediação financeira, e não a administração de projetos de PPP. Portanto, nenhum deles, em princípio, cumpriria com as exigências de capacitação técnica, previstas no edital para as parcerias.²⁷⁸

Da mesma forma, a exigência de idoneidade financeira para os bancos, idêntica àquela exigida para as SPEs no certame inicial das parcerias, também faria pouco sentido. As instituições financeiras, envolvidas no financiamento das parcerias, provavelmente não teriam os mesmos índices de endividamento requeridos no edital para todos os participantes do certame inicial, pois, por natureza, trabalham muito alavancadas, ou usam essencialmente capital de terceiros. Além do mais, as instituições financeiras já são fiscalizadas pelo Banco

²⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Concessão e parceria público-privada. Parcerias na – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público - privada e outras formas**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164.

²⁷⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 166-170.

²⁷⁸ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 166-170.

Central, o que presume sua idoneidade financeira, como demandado na Lei das Concessões.²⁷⁹

Já a regularidade fiscal e jurídica pode ser exigida de um banco que fizer uso do *step-in rights*, pois não há, nesse caso, comprometimento da essência do direito de assunção do controle da sociedade da parceria pelo seu financiador, tal como previsto na Lei das Parcerias público-privadas.²⁸⁰

De toda maneira, para se evitarem os questionamentos acima abordados, sobre o uso do mecanismo do *step-in rights*, parece conveniente, no entendimento de Regules, que esse direito ao menos seja previsto no edital de licitação da parceria.²⁸¹

Ademais, segundo o entendimento do mecanismo previsto em Lei, uma vez realizado o controle financeiro e operacional da sociedade da parceria, e esta estando saneada, o empreendimento deve ser repassado para um ente que opere no setor objeto da concessão. A Lei 11.079/04 não disciplina como se dá a passagem para um novo controlador da SPE, a chamada operação de saída do financiador da parceria (*step-out* ou *way out*). Por isso, pode-se entender que não se aplicaria ao *step-out* a dispensa da aplicação do art. 27, inciso I, parágrafo primeiro, da Lei das Concessões, também previsto no art. 5º, parágrafo segundo, inciso I, da Lei 11.079/04.²⁸²

Dessa forma, a passagem do controle da SPE, detida por instituição financeira para outro controlador privado, requer a comprovação de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal do novo administrador-controlador do empreendimento.²⁸³

²⁷⁹ No Brasil, o Banco Central impede as instituições financeiras de operarem se houver qualquer dúvida quanto à sua idoneidade, pois este fato poria em risco a própria existência da instituição devido à corrida por saques.

²⁸⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 166-170.

²⁸¹ REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Reflexões sobre o papel dos financiadores nas parcerias público-privadas (PPPs)**. In SOUZA, Mariana Campos de (coord.). *Parceria Público-Privada - Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 110.

²⁸² RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp.166-170.

²⁸³ Regules entende que não há necessidade do novo controlador expressar anuência às cláusulas contratuais firmadas pela sociedade, visto que decorre logicamente da assunção do controle societário pelo financiador o cumprimento das obrigações contraídas anteriormente pela SPE. REGULES, Luis Eduardo Patrone. Op.cit., pp. 87-109 e p.101. Ribeiro e Prado, por sua vez, recomendam que o poder concedente exija a concordância expressa do novo controlador com a sucessão das obrigações. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP- fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 171.

2.2 As garantias de pagamento da contraprestação da Administração Pública e o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas

Como discutido, na questão dos riscos, nas parcerias público-privadas, para o sucesso dos empreendimentos, é fator-chave a credibilidade política do Estado e, em especial, a disponibilidade efetiva de recursos para pagamento da contraprestação pública devida à SPE, durante a vigência do contrato. Esses valores são devidos pela Administração Pública, tanto nas parcerias patrocinadas, na forma de pagamento complementar e parcial das tarifas previstas para o serviço público, quanto nas parcerias administrativas, em que o setor público é o único responsável pelo pagamento do serviço fornecido.

A garantia de pagamento da contraprestação do parceiro público tem impacto direto na atratividade e interesse da participação privada e no financiamento dos empreendimentos das parcerias público-privadas, na medida em que essas garantias podem ser cedidas aos financiadores para assegurar as obrigações oriundas dos empréstimos contratados pela SPE.

Nesse sentido, a lei 11.079/04 sinalizou maior firmeza ao pagamento dos empréstimos recebidos pelas parcerias público-privadas, criando diversas possibilidades de garantias à contraprestação do poder público, ao inserir, no art. 8º da Lei, mecanismos que podem ser previstos no contrato da parceria para serem transferidos aos financiadores pela Administração Pública, quais sejam: (1) a vinculação de receitas, instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (2) a contratação de seguro-garantia em companhias seguradoras não controladas pelo setor público; (3) a garantia prestada por organismos internacionais ou outras instituições financeiras também não controladas pelo governo; (4) as garantias prestadas por Fundo Garantidor ou empresa estatal criada com essa finalidade.

Além desses, outros mecanismos admitidos em leis específicas podem garantir essas obrigações da Administração Pública²⁸⁴, conforme art. 8º, parágrafo único, da Lei 11.079/04.

²⁸⁴ O contrato das parcerias deve conter as modalidades de garantia escolhidas, a tipificação das condutas específicas que regram o inadimplemento pecuniário do parceiro público e o momento em que o acionamento da garantia pode ser realizado (art.5º, inc. VI, da Lei 11.079/04). Pela redação do art.8º, observa-se que o contrato de PPP apenas *poderá* prever garantias do parceiro público, ou seja, pode-se entender que não há obrigatoriedade das garantias do parceiro público. Apesar disso, a adoção, no contrato, de um sistema de garantias, que assegure o parceiro privado, meios mais céleres e previsíveis, quanto ao ressarcimento de prejuízos suportados diante do inadimplemento do parceiro público, pode favorecer o fortalecimento da segurança jurídica e a redução dos custos transacionais, tornando a contratação mais econômica e vantajosa à Administração Pública. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 747-748.

De toda maneira, cabe à Administração Pública escolher a modalidade de garantia que melhor atenda a relação custo/benefício.²⁸⁵

A primeira espécie de garantia de pagamento da contraprestação prevista no art.8º da Lei das PPPs, a vinculação de receitas²⁸⁶, deve obedecer às vedações incluídas no art.167, inc. IV, da Constituição Federal, que trata da proibição da vinculação da receita de impostos.²⁸⁷

O tema da vinculação de receitas para garantir a contraprestação do parceiro público nas PPPs é controvertido. Há autores, como Harada e Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁸, que anunciam a sua inconstitucionalidade pelo acolhimento do princípio geral de não afetação das receitas públicas. Mais afinados com o espírito constitucional, outros autores, como Guimarães, Ribeiro e Prado, ao fazerem a interpretação do art.167, inc. IV, da Constituição Federal, chegam à conclusão que o texto constitucional se restringe à proibição de vincular a receita de impostos, livrando as demais receitas tributárias e não tributárias da restrição.²⁸⁹

²⁸⁵ Conforme o art.8º da Lei 11.079/04, o acionamento das garantias somente poderá ser realizado em caso de inadimplência *pecuniária* pela Administração Pública.

²⁸⁶ Para Fernando Vernalha, a vinculação de receitas não tem a mesma natureza que as clássicas garantias oriundas da teoria geral do Direito Civil, já que se trata de modalidade de pagamento de obrigações com fonte vinculada de receita. Nas palavras do autor: “há garantia numa acepção lata (ou leiga) do termo, mas não se verifica na hipótese uma obrigação (acessória) garantidora. É um meio de pagamento a partir de receitas previamente afetadas àquele fim. Reveste-se de função de *garantia* na medida em que oferece segurança ao garantido quanto ao uso de certa receita no caso de inadimplemento de obrigações do poder público”. Em suma, para o autor a vinculação de receita trata-se de uma *garantia orçamentária*. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE- Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoesestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, p. 10.

²⁸⁷ O art.167, inc. IV, da Constituição Federal proíbe a vinculação de receitas dos impostos ressalvada a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159 (Fundo de Participação dos Municípios) ou o Fundo de Participação dos Estados, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º da Constituição Federal.

²⁸⁸ Para Harada e Celso Antônio Bandeira de Mello, toda e qualquer receita pública e não apenas a de impostos, configura bem público indisponível, inegociável e irrenunciável, porque existe como meio necessário ao cumprimento dos fins do Estado, não se prestando ao oferecimento em garantias, de modo a permitir sua excussão pelo credor, na hipótese de inadimplemento. HARADA, Kioshi. **Parcerias público-privadas: inconstitucionalidade do fundo garantidor**. In PAVANI, Sérgio Augusto Z. e ANDRADE, Rogério Emílio de Andrade. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: MP, 2006, p. 215. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 747-748.

²⁸⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009, p.09. Bahia. Disponível em: <www.direitodoesestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, p. 3. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômico- jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 219.

Dessa forma, excetuando os impostos, todas as demais receitas poderiam ser dadas em garantia nas parcerias público-privadas.

Outro tipo de garantia que pode ser dada ao parceiro privado está previsto no inc.II do art.8º da Lei 11.079/04, qual seja: a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em Lei²⁹⁰. O fundo especial não possui personalidade jurídica e constitui patrimônio próprio do ente que o instituiu, além de estar sujeito ao mesmo regime jurídico do seu criador.

Igualmente, a contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras não controladas pelo setor público (inciso III do art. 8º da Lei 11.079/04) e o uso de garantia de organismos internacionais (inciso IV do art. 8º da Lei 11.079/04) representam outro meio de garantir o pagamento das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública.

Assim, nos termos do dispositivo da Lei mencionado, instituições como o Banco Mundial (BIRD) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) podem participar dos projetos de parcerias público-privadas, tanto por meio de concessão de financiamentos quanto pela prestação de garantias nos contratos.²⁹¹

Analizando este assunto, Vernalha concluiu que a contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras não controladas pelo setor público, bem como a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo governo são negócio jurídico privado e securitário, de tranquilo cabimento em contratações administrativas em geral. Por isso, os incisos II e III, referentes à instituição de fundos especiais e à

²⁹⁰ Fundo especial constitui o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação - art.71 da Lei 4.320/64.

²⁹¹ Ribeiro e Prado ponderam que, no mercado brasileiro, não há seguradoras dispostas a assumir o risco de não pagamento de contraprestações públicas, que podem chegar a 35 anos. Para eles, se houvessem seguradoras interessadas, exigiriam um prêmio de risco excessivamente elevado que inviabilizaria a utilização prática. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP- parceria-público privada. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 229. No mesmo sentido, Fernando Vernalha argumenta: “é fato que não há, no setor privado, oferta de serviços securitários acessíveis a garantir obrigações do poder público, assumidas em relação jurídico-contratual. O elevado risco político que pesa sobre a Administração Pública, associado a um histórico de práticas de inadimplemento e do uso excessivo de interferências jurídicas imperativas no âmbito de contratos administrativos, inibiu a criação de um mercado securitário dirigido a atender a prevenção quanto à materialização de contingências relacionadas a inadimplementos (inclusive pecuniários) do poder público. São raras ou inexistentes as ofertas de serviços desta natureza pelo mercado nacional. Mesmo no exterior, é incomum que o setor privado contemple a prestação de serviços desta espécie, cabendo referir ao MIGA – *Multilateral Investment Guarantee Agency* e ao OPIC – *Overseas Private Investment Corporation*, como algumas das poucas entidades que se especializaram em uma modalidade de concessão de seguro contra risco político (*political risk insurance*) e risco de quebra contratual (*breach of contract/contract frustration*)”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do Sistema de Garantias ao Parceiro Privado Previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, p. 27.

contratação de seguro-garantia, têm sido os únicos dispositivos do art. 8º a não sofrer questionamentos quanto à sua constitucionalidade.²⁹²

Também sofrendo questionamentos, a mais polêmica das garantias prevista na Lei 11.079/04, é aquela prestada às parcerias público-privadas por fundo garantidor específico ou empresa estatal (art.8º, inc. IV, da Lei 11.079/04). O fundo garantidor, previsto no inciso IV, distingue-se dos fundos especiais, previstos no inciso II, ambos do art.8º da Lei 11.079, por possuir personalidade jurídica própria e ser sujeito de direitos e obrigações.²⁹³

Já os fundos especiais, previstos no inciso II, são assim definidos pelo art.71 da Lei 4.320/64: seus recursos correspondem ao produto de receitas especificadas, que por lei se vinculam à realização de determinado objetivo ou serviço.²⁹⁴

²⁹² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE- Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, p.3.

²⁹³ Nesse sentido, Fernando Vernalha. O autor baseia seu entendimento que fundo garantidor é diferente dos fundos especiais, previstos no inc. II, nos seguintes argumentos: (1) a inscrição do vocábulo fundo, em incisos distintos (II e IV), retrata a independência de tratamento jurídico a cada qual, pois, assim, não haveria razão para segregá-los em incisos independentes se tratassem do mesmo fenômeno jurídico. Para ele, cada inciso do art.8º veicula uma modalidade própria e inconfundível com as demais garantias; (2) na disposição gramatical do dispositivo, a fórmula *fundo garantidor* veio associada à de *empresa estatal* criada também para fins de garantia. Para o autor, a alusão ao Fundo Garantidor deve ser alinhado ao tratamento dado à empresa estatal, ou seja, de um ente privado com personalidade jurídica. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE- Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, pp. 376-377.

²⁹⁴ O Fundo Garantidor provocou na doutrina fortes debates quanto à sua constitucionalidade. Os que defendem a inconstitucionalidade dos fundos garantidores, como Celso de Mello e Harada, contestam a Lei das PPPs com sob o argumento da necessidade de Lei Complementar para a instituição do Fundo Garantidor. Para eles, o inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição Federal prescreve ser da alçada de lei complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial de administração direta e indireta, bem como condições para a instituição de funcionamento de fundos. Dessa forma, a instituição de fundo garantidor por lei ordinária, como a Lei das PPPs, estaria em desacordo com a exigência constitucional. Nesse sentido, Kiyoshi Harada e Celso Antônio Bandeira de Mello. HARADA, Kioshi. **Parcerias público-privadas: inconstitucionalidade do fundo garantidor**. In PAVANI, Sérgio Augusto Z. e ANDRADE, Rogério Emílio de. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: MP, 2006, p. 215. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 747-748. Já os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do fundo garantidor entendem que a Lei Complementar reservou ao legislador constitucional a disciplina acerca das condições genéricas do funcionamento e da instituição de fundos, não impedindo que sua instituição seja produzida por ato estatal de natureza diversa, desde que precedido de autorização legislativa (conforme dispõe o art.167, inc.IX, da Constituição Federal e a Lei das PPPs). Além disso, entendem que as condições para a instituição e funcionamento de fundos é matéria já regulada por lei complementar, particularmente pela Lei 4.320/64, que foi recepcionada pela Constituição de 1988, como lei complementar, ao trazer explicitamente, dos artigos 71 a 74, a disciplina acerca do funcionamento e instituição de fundos especiais. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE- Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, p. 29. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP-parceria-público privada. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 351.

Os fundos garantidores das parcerias são entes autônomos que garantem as obrigações pecuniárias do parceiro público na eventualidade de inadimplemento em relação à SPE. O patrimônio desses entes pode ser integralizado por entidades de direito público e entidades administrativas vinculadas a eles. Como entes de personalidade jurídica de Direito Privado, seus bens são privados, podendo ser livremente alienados ou penhorados. O Fundo possui o propósito específico e restrito de garantir as obrigações do parceiro público e, dessa forma, tem sua atuação-fim reservada a uma relação fechada com a Administração Pública.²⁹⁵

Há também a possibilidade de o fundo garantidor prestar contra garantias a entidades seguradoras e organismos multilaterais que garantirão as obrigações do ente público²⁹⁶. O modelo escolhido²⁹⁷ – fundo garantidor ou empresa estatal – varia conforme o ente da Administração Pública.

No âmbito da Administração Federal, foi criado o Fundo Garantidor das Parcerias, pela Lei 11.079/04. Em outros entes federativos, como o Estado de São Paulo, optou-se pela criação de empresa estatal garantidora dos compromissos financeiros do parceiro público da parceria.²⁹⁸

O Fundo Garantidor das Parcerias (FGP) foi criado pela Administração Pública Federal com a finalidade de prestar garantia de pagamento às obrigações pecuniárias devidas pelo parceiro público nos contratos das parcerias público-privadas, sendo vedado ao Fundo

²⁹⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE-Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, p. 20.

²⁹⁶ No âmbito federal, a Lei 11.079/04 previu a possibilidade de contragarantia prestada pelo Fundo Garantidor das Parcerias no § 2º do art.18. Trata-se de caso em que, por razões econômicas e mercadológicas, seja mais conveniente a formatação de uma garantia cruzada à instituição que garantirá as obrigações do parceiro público. Muitas vezes, ao mercado, são mais palatáveis garantias (às obrigações dos parceiros públicos) prestadas por entidades seguradoras independentes ou organismos multilaterais, comparativamente à hipótese de prestação direta de garantia pelo fundo garantidor.

²⁹⁷ A instituição de empresa estatal com o propósito exclusivo de prestar garantias aos Fundos Garantidores tem despertado críticas na doutrina tal qual a proferida por Celso de Mello: “a criação de empresa estatal garantidora de obrigações de PPP é inadmissível, pois há um desvirtuamento da natureza da empresa pública.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 750.

²⁹⁸ O Estado de Minas Gerais criou um fundo garantidor para prestar garantias, denominado de Fundo de Parcerias Público-Privadas (Lei Estadual 14.869/2003). O Fundo mineiro é uma entidade contábil sem personalidade jurídica. Além disso, no Estado de Minas Gerais, é possível a participação de uma empresa estatal, a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais - CODEMIG para contratar PPPs e oferecer garantias para contratos em que a empresa seja parte. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP- parceria público-privada. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 233.

prestar garantia a qualquer outro tipo de obrigação que não as pecuniárias assumidas pelo parceiro público federal (art.1º, §2º, do Regulamento do FGP).²⁹⁹

O FGP possui natureza privada e patrimônio separado dos seus cotistas. A União, suas autarquias e fundações, que podem integralizá-lo mediante bens e direitos (art. 16, Lei 11.079/04).³⁰⁰ Nos termos do art.17 da Lei das Parcerias, o FGP é administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, sendo o Banco do Brasil a instituição indicada para este fim.³⁰¹

A possibilidade de prestar garantia real ou pessoal está prevista no art.21 da Lei 11.079/04, de constituição de um patrimônio de afetação, que ficará vinculado à garantia para qual foi constituída, não podendo ser objeto de responsabilização por qualquer outra obrigação do FGP. O patrimônio afetado tem o objetivo exclusivo de garantir um determinado contrato de parceria³⁰². Os bens e direitos do Fundo podem ser objeto de constrição judicial e

²⁹⁹ O art.16 da Lei 11.079/04 dispõe sobre o FGP nos seguintes termos: “Art. 16.” Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6 bilhões (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei no seguintes parágrafos: § 1º - O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas e será sujeito a direitos e obrigações próprios; § 2º -O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizados pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração; § 3º - Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados; § 4º - A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial; § 5º - O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem; § 6º - A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda; § 7º -O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

³⁰⁰ O Decreto 5.411/05 dotou de patrimônio o FGP, autorizando a integralização das suas cotas pela União mediante a transferência de uma série de ações de sua propriedade referentes às participações minoritárias em empresas e às participações que forem desnecessárias à manutenção do controle da União sobre suas sociedades de economia mista. Entre as ações transferidas ao Fundo, encontram-se papéis de empresas como a CVRB, Petrobrás, Embraer, Eletropaulo, Gerdau e Usiminas. Tractebel, Eletrobrás, Coelba, Celpe, Comgás, Coelce, Gerdau, Rhodia-Ster, Usiminas E Eletropaulo. O art.16,§ 3º, exige que os bens e direitos transferidos ao FGP sejam avaliados por uma empresa especializada. O objetivo é evitar que os ativos recebidos sejam superavaliados, isto é, com valores acima dos de mercado. Isto porque, nesse caso, o valor contábil do patrimônio do Fundo seria distinto do valor de mercado, permitindo-lhe prestar garantias sem lastro efetivo no seu patrimônio.

³⁰¹ A Resolução nº 01/2005 dispõe que a Secretaria do Tesouro Nacional - STN submeterá à aprovação do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada - CGP minuta do regulamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, a ser criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente pelo Banco do Brasil ou subsidiária, consoante o art. 17 da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

³⁰² O art. 21 da Lei 11.079/04 dispõe que: “é facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP”.

alienação para satisfazer as obrigações garantidas (art.18, §7º, da Lei 11.079/04), não estando sujeito à regra do sistema de precatório constante no art. 100 da Constituição da República.³⁰³

O Fundo Garantidor das Parcerias provocou na doutrina inúmeros debates quanto à sua constitucionalidade³⁰⁴. Os que defendem a inconstitucionalidade desse fundo, como Celso de Mello e Harada, contestam a Lei das Parcerias público-privadas, sob o argumento da necessidade de Lei Complementar para a instituição de fundos garantidores. Para eles, o inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição Federal prescreve ser da alçada de lei complementar estabelecer as normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como as condições para a instituição e funcionamento de fundos. Dessa forma, a instituição do Fundo Garantidor das Parcerias por lei ordinária, como a Lei 11.079/04, estaria em desacordo com a exigência constitucional.

Os doutrinadores, como Fernando Vernalha e Bianca Xavier³⁰⁵, que propagam a constitucionalidade dos fundos garantidores, utilizam-se da interpretação lógico-normativa do art.165 da Constituição Federal e dos artigos da Lei das PPPs sobre o Fundo Garantidor das Parcerias. Para esses autores, pela leitura lógico-normativa daquelas normas, está claro que a Lei Complementar reservou ao legislador constitucional a disciplina acerca das condições

³⁰³ O art. 100 da Constituição Federal dispõe que “à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, ficando proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

³⁰⁴ HARADA, Kioshi. **Parcerias público-privadas: inconstitucionalidade do fundo garantidor**. In parcerias público-privadas. PAVANI, Sérgio Augusto Z. e ANDRADE, Rogério Emílio de. São Paulo: MP, 2006, p. 215. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 747-748. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE- Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, p. 29. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 351.

³⁰⁵ Também nesse sentido, Fernando Vernalha e Bianca Xavier. Para Ribeiro e Prado, o que está vedado é a instituição de fundo sem prévia autorização legislativa (art.167, IX, da Constituição Federal), como a Lei ordinária, e não a instituição de fundo sem que tenha sido editada lei complementar com as condições para sua instituição e funcionamento. Os autores ainda relembram que diversos outros fundos foram criados na vigência da Constituição Federal de 88 sem que quaisquer deles tenham sido declarado inconstitucional por ausência da Lei Complementar (por exemplo, o Fundo de Garantia à Exportação - Lei 9.818/99 e Fundo de Aval para Geração de Emprego e Renda, Lei 9.872/99). RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 235. XAVIER, Bianca Ramos. **A parceria público-privada e as normas de direito financeiro: aspectos gerais e a constitucionalidade das garantias ao investimento privado**. In PEIXINHO, Manoel Messias (coord.). Marco regulatório das parcerias público privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Yuris, 2010, pp. 99-121 e p. 116. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Constitucionalidade do Sistema de Garantias ao Parceiro Privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, pp. 28-30.

genéricas do funcionamento e da instituição de fundos, não impedindo que sua instituição seja produzida por ato estatal de natureza diversa, desde que precedido de autorização legislativa, conforme dispõe o art.167, inc.IX, da Constituição Federal e a Lei das Parcerias Público-Privadas.

As condições para instituição e funcionamento de fundos garantidores é matéria já regulada por lei complementar, particularmente pela Lei 4.320/64, que foi recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar, ao trazer explicitamente do artigo 71 a 74 a disciplina acerca do funcionamento e instituição de fundos especiais.³⁰⁶

2.3 Outros mecanismos de proteção aos financiadores das parcerias público-privadas

Além dos mecanismos de proteção à sociedade e aos financiadores das parcerias público-privadas antes mencionados, existem outros inseridos na Lei que visam proporcionar mais segurança e incentivo às instituições financiadoras em seus financiamentos às PPPs.

Um deles está na alteração do regime especial de emissão de empenho para pagamentos da Administração Pública. A mudança promovida pela Lei das PPPs objetivou permitir que os financiadores das parcerias fossem beneficiados por créditos devido às sociedades das parcerias pelo setor público.

Segundo a Lei 11.079/04 (art. 5º, § 2º), a Administração Pública está autorizada a emitir notas de empenho³⁰⁷ em nome dos financiadores das parcerias por créditos devido à SPE. Para tanto, deve haver autorização expressa no instrumento contratual de formação da parceria público-privada.

Antes da Lei das Parcerias, a emissão de nota de empenho para liquidação de despesa, estabelecida pela Lei Orçamentária Federal (art. 63 da Lei 4.320/64), era efetuada única e

³⁰⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Constitucionalidade do Sistema de Garantias ao Parceiro Privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº16, Nov./Dez-2009. Bahia. Disponível em: <www.direitodoesestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012, p. 29.

³⁰⁷ Nota de empenho é o documento que materializa o empenho, ou seja, empenho é o ato, enquanto a nota de empenho é o documento que o materializa. Empenho da despesa, nos termos do art.58 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964(DOU de 23.3.1964, retificada no DOU de 9.4.1964 e retificada no DOU de 3.6.1964) é “ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. O ato emanado pela autoridade determina que seja realizada a dedução do valor da despesa da dotação consignada no orçamento para atender essa despesa, de que o fornecimento ou o serviço contratado será pago, desde que observadas às cláusulas contratuais e editalícias.

diretamente para o credor que possuísse título ou documento comprobatório do respectivo crédito para com a Administração Pública.

Seguindo o mesmo espírito de criar instrumentos adicionais de garantia para os financiadores das PPPs, a legislação autorizou que, nos contratos das parcerias, o eventual pagamento de indenizações à SPE pela Administração Pública - seja por caducidade, encampação da concessão ou término do contrato - possa ser destinado, não à sociedade da parceria, e sim, aos credores.

Da mesma forma, autorizou que os pagamentos a serem efetuados à SPE por fundos ou empresas estatais garantidoras das obrigações do governo para com as parcerias possam ser usados de forma a liquidar ou abater dívida do empreendimento para com investidores e financiadores da PPP.³⁰⁸

2.4 O instituto da arbitragem e sua importância para os financiamentos das parcerias público-privadas

Entre os riscos que afetam a realização dos financiamentos às parcerias público-privadas, está o risco que deriva das incertezas legais, dos problemas contratuais e das regulamentações das concessões, aos quais se adicionam as incertezas relacionadas às decisões do Poder Judiciário, responsável pelo julgamento das controvérsias originadas nas parcerias e decisões dos órgãos de governo, inclusive da regulação e fiscalização das parcerias.

A previsão e a mitigação dos riscos jurídicos é um dado importante avaliado nas operações de financiamento às parcerias, pois tais eventos podem afetar diretamente os resultados dos empreendimentos e os valores devidos aos financiadores, além de inviabilizar, atrasar ou restringir o alcance das PPPs. Portanto, influenciam a disposição dos financiadores em aportar recursos aos projetos das parcerias público-privadas.

Todas as controvérsias das parcerias poderiam ser solucionadas pelo Poder Judiciário ou por meio de mecanismos de solução amigável dos conflitos, como o estabelecido em cláusula de adoção de negociações e arbitragem, sendo, de qualquer forma, imprescindível para os financiadores que o projeto siga o seu ritmo normal, e que os problemas sejam

³⁰⁸ BRASIL. Lei 11.079/04. Art. 5º, § 2º, inc. III.

rapidamente resolvidos, de modo a assegurar que a amortização dos financiamentos seja realizada na forma e nos prazos acordados.³⁰⁹

Com o objetivo de atenuar os riscos jurídicos e resolver de forma mais ágil os problemas deles decorrentes, a Lei 11.079/2004 contemplou a possibilidade de o contrato das parcerias público-privadas prever mecanismos privados de solução de litígios, inclusive a arbitragem.³¹⁰

A arbitragem pode conferir celeridade à solução das pendências e permitir que as controvérsias sejam dirimidas por especialistas, além de contribuir para solucionar brechas e lacunas contratuais, em situações não previstas à época da celebração dos contratos das parcerias.³¹¹

Os mecanismos alternativos de solução de conflitos, previstos nas parcerias público-privadas, compreendem a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem, que são meios de autocomposição e solução pacífica de conflitos, em que a palavra final vem das próprias partes em conflito.

Na negociação, participam somente as partes, ao passo que, na mediação e na conciliação, há a presença de terceiros no processo decisório. Na mediação, há apenas a aproximação das partes para que essas se entendam diretamente. Na conciliação, no entanto, o conciliador não só aproxima as partes para que essas resolvam as divergências, como se esforça, negocia e propõe soluções para um acordo, sem que haja, entretanto, uma obrigação de apresentar resultado, mas apenas o esforço. A arbitragem, por sua vez, é um meio de

³⁰⁹ No entendimento de Marcos Nóbrega, a Lei das PPPs ao prever a possibilidade de utilização da arbitragem já entroniza a ideia de incompletude contratual no âmbito dos contratos administrativos inovando em relação à Lei de Licitação e à Lei de Concessão. NÓBREGA, Marcos. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, nº 25, pp.45-80, abril/junho, 2009, p. 94.

³¹⁰ O artigo 11 da Lei 11.079/2004 permite que a minuta de contrato de PPP incluída no edital preveja: “III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, *inclusive a arbitragem*, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

³¹¹ A predefinição da via arbitral nos contratos de PPPs pode acenar aos licitantes terem uma solução célere e especializada de eventuais litígios e pode possibilitar através da diminuição dos riscos a ampliação do caráter competitivo do certame de definição da parceria, além de incentivar ainda mais o aparecimento de boas propostas para a Administração Pública no processo licitatório. TALAMINI, Eduardo. **A arbitragem e a parceria público-privada (PPP)**. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 350.

solução de conflitos heteronôma, em que a decisão é imposta por um terceiro, o árbitro escolhido pelas partes em conflito.³¹²

Apesar de a Lei 11.079/04 acompanhar a Lei das Concessões, quanto à possibilidade de previsão de adoção de mecanismos privados de solução de disputas, não a transformou em cláusula obrigatória dos contratos das parcerias, como é exigido para as concessões tradicionais³¹³ (art.23, inc.IV da Lei 8987/95). Contudo, uma vez decidida pelos parceiros das parcerias público-privadas a adoção da arbitragem, essa opção torna-se obrigatória, desde que essa conste do edital de licitação, para não afrontar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.³¹⁴

A Lei das Parcerias estabeleceu imperativamente que, nos contratos das PPPs, a arbitragem seja realizada e obedeça aos termos da Lei 9.307/96, a lei que regula a arbitragem no país³¹⁵. Dessa forma, entende-se que não apenas a sentença arbitral a ser proferida, como a

³¹² A inserção de cláusulas compromissórias nos contratos de PPP pode ser entendida como mais uma etapa na revisão ampla e profunda dos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro, na qual o Estado abandonou o perfil autoritário e de superioridade em relação ao particular e passou a ser um mediador ativo de interesses, objetivando obter equilíbrio em suas relações com o setor privado. LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Renovar, Rio de Janeiro, n. 209, jul/set 1997, pp. 91-101.

³¹³ O art. 23, inc. XV, da Lei das Concessões dispõe que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais. Na medida em que a Lei nº 8.987/95 não especificou quais modos amigáveis de solução de divergências contratuais que haveriam de ser previstos no contrato de concessão, a doutrina se encarregou de fazê-lo, entendendo que poderiam ser realizadas mediação, conciliação e arbitragem. Posteriormente, com o objetivo de reforçar a utilização da arbitragem no contrato de concessão e não deixar dúvidas quanto à sua aplicação, a Lei 11.196/05 acrescentou o art.23A à Lei nº 8.987/95, prevendo a aplicação do instituto nos termos da Lei de Arbitragem (Lei 9.207/96). MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 236, abril/jun. 2004, p. 242.

³¹⁴ SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. **Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20. Jan. 2012.

³¹⁵ A natureza jurídica da arbitragem tem gerado grandes discussões no campo doutrinário. Esse assunto divide os pensadores do direito em três correntes: 1) alguns vêm no instituto uma atividade privada desligada da função estatal, em que os árbitros atuam como mandatários das partes e sua decisão nada mais é que a manifestação da vontade das próprias partes, assemelhando a sentença arbitral a um contrato que põe fim ao litígio (corrente contratualista). Os defensores desta teoria baseavam-se no fato de que o laudo arbitral não constituía força obrigatória, sendo que só produziria efeitos após ser submetido à chancela estatal. Ocorre que com a Lei 9.307/96 este argumento não é mais sustentável, pois a legislação atribuiu à decisão arbitral força de sentença, não necessitando mais de homologação pelo poder judiciário 2) outros vêm no juízo arbitral o exercício da jurisdição. Os adeptos a esta teoria alegam que a arbitragem age como substituta da jurisdição, porém sua atuação é limitada dentro dos parâmetros legais (teoria publicista ou jurisdicional). Um dos defensores da corrente publicista, Carlos Alberto Carmona, acentua que a arbitragem amplia o conceito de jurisdição, na medida em que aumentar o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça. Há ainda outros que entendem que a arbitragem possui natureza híbrida. A arbitragem apresenta de um lado a autonomia da vontade, presente na convenção arbitral, que privilegia o aspecto contratual. Por outro lado, têm-se a instituição e a competência do juízo arbitral e a força coativa, que é possível com a participação estatal. MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 35. CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 29.

instalação do tribunal, audiências, etc, deve ser desenvolvida no território nacional, mas também todas as etapas do procedimento.³¹⁶

A utilidade da arbitragem nas parcerias público-privadas pode ser demonstrada quando se examina sua justificativa na forma dos seguintes benefícios potenciais para a solução de conflitos das parcerias³¹⁷: (1) menor tempo a ser despendido na solução da controvérsia, evitando a eternização de demandas, tão comum nas lides que envolvem o poder público; (2) decisões mais especializadas e, portanto, mais convincentes, tendo em vista a presumível adequação entre a natureza da demanda e as qualificações pessoais dos árbitros escolhidos³¹⁸; (3) a manutenção de um clima mais cooperativo entre os contratantes, pois a via arbitral pressupõe nível mais reduzido de litigiosidade das relações entre as partes.³¹⁹

Como pontos negativos da arbitragem, são mencionados: (1) a possibilidade de intervenção judiciária, se verificado, no decorrer da arbitragem, algum direito indisponível, pode se transformar em ameaça constante, e a resolução da controvérsia ir para o juízo estatal, com todos seus entraves; (2) a possibilidade de haver ausência de neutralidade, pois, por vezes, os árbitros privados mantêm relações com uma das partes ou com os representantes das partes.³²⁰

O cabimento da arbitragem nas parcerias público-privadas, apesar da autorização expressa da Lei, é questionado com base nos seguintes argumentos: (1) a arbitragem, por ser confidencial e sigilosa, seria incompatível com os princípios da publicidade e transparência a que se submete a Administração Pública e (2) a arbitragem é incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo indisponíveis os interesses postos sob a guarda da Administração Pública.³²¹

³¹⁶ SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Op.cit, p.30.

³¹⁷ SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Op.cit, p. 8.

³¹⁸ A especialidade dos árbitros pode ser essencial na solução do litígio, por exemplo, no caso de uma obscuridade nas metas de desempenho contidas no dispositivo contratual. Um *expert* pode dar tratamento mais adequado ao assunto, em razão de já ter lidado ou estudado a fundo o objeto da parceria em outras oportunidades.

³¹⁹ SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Op.cit, p. 8.

³²⁰ SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Op.cit., p. 9.

³²¹ Nesse sentido, manifestaram-se: Lauro Souza, Diogo de Figueiredo, Eros Grau e Cláudio Vianna de Lima. SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Op.cit., p. 35. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 226-228, GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 32, out. 2000, pp. 19-21. LIANA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Renovar, Rio de Janeiro, nº 209, jul/set 1997, p. 91.

No caso de litígios que envolvam a Administração Pública, não se pode garantir sigilo absoluto à arbitragem, diante dos diversos mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de tudo quanto é realizado para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular). Por isso, o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral³²². Destarte, a arbitragem não é incompatível com a publicidade dos atos administrativos, exigida pela Constituição Federal. Cabe à Administração Pública, ao elaborar o edital de licitação e a minuta de contrato de PPP, determinar que o procedimento arbitral e suas decisões não sejam sigilosos, mas apenas os aspectos da arbitragem que razoavelmente devam ser preservados de divulgação pública.³²³

Quanto ao segundo ponto, ser a arbitragem incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, alguns argumentos defendem que, por serem indisponíveis os interesses e direitos, objeto das relações contratuais firmadas pelo Poder Público, esses não são arbitráveis. Nesse caso, a realização da arbitragem iria contrariar o princípio da indisponibilidade do interesse público, que orienta toda a disciplina da atividade da Administração Pública.³²⁴

Contra essa tese, a maior parte dos doutrinadores entende que não há nenhuma relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.³²⁵

Eros Roberto Grau, por exemplo, enfrenta o tema. Para o jurista, indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais versam sobre diferentes enfoques. Portanto, não são excludentes uma das outras. Assim, amparado na doutrina que distingue os interesses públicos em primários (aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos

³²² CARMONA, Alberto. **Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

³²³ SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. **Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20. Fev. 2012, p. 35.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ Nesse sentido, manifestaram-se: Lauro Souza, Diogo de Figueiredo, Eros Grau e Cláudio Vianna de Lima. SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Op.cit., p. 35. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 226-228, GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 32, out. 2000, pp. 19-21. LIANA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Renovar, Rio de Janeiro, nº 209, jul/set 1997, p. 91.

pela sociedade como um todo, a exemplo da dignidade da pessoa humana, a justiça, a democracia, etc.) e secundários (dizem respeito aos interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades, como por exemplo, o interesse “fazendário”).³²⁶

Grau afirma que a Administração Pública, para a realização do interesse público rotineiramente, dispõe de direitos patrimoniais sem, entretanto, dispor do interesse público primário. De fato, o autor lembra que, em inúmeras vezes, a realização do interesse público só é alcançada com a disposição de direitos patrimoniais. Dessa forma, prevendo a possibilidade da adoção do procedimento arbitral, a Administração Pública não dispõe do interesse público primário. Apenas abdica do direito de obter do Judiciário a solução para a questão, em situações em que sua intervenção não se faz indispensável, buscando a justiça pelo entendimento, pela via consensual, mais célere e amparada em julgadores especializados.³²⁷

É importante salientar ainda que, em termos fáticos, a maior parte dos conflitos decorrentes dos contratos das parcerias público-privadas está relacionada a questões pecuniárias, ou seja, a direitos disponíveis, não afrontando assim a principal exigência do procedimento arbitral. Se porventura algum conflito envolver direitos indisponíveis, as partes devem recorrer ao Poder Judiciário.

De toda forma, para que a realização da arbitragem revista-se de previsibilidade e segurança jurídica, é aconselhável que a minuta do contrato de PPP possua cláusula na qual estejam disciplinadas matérias essenciais à constituição e o desenvolvimento do Juízo Arbitral.³²⁸

Conforme pode ser observado, vários dispositivos destinados à diminuição dos riscos e proteção aos interesses dos financiadores foram inseridos na Lei das PPPs com o objetivo de

³²⁶ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., pp. 19-21.

³²⁷ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 32, out. 2000, pp. 19-21. No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo dividiu os interesses públicos em primário e secundário (ou derivado), sendo que o primeiro são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que o segundo tem natureza meramente instrumental, existindo para que aqueles sejam satisfeitos, resolvidos em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 226-228.

³²⁸ Como critérios objetivos que devem ser inseridos na arbitragem podem ser citados: (a) o número de árbitros (sempre em número ímpar, usualmente três); (b) a utilização de instituição arbitral e de seu regulamento de arbitragem; ou, na ausência de tal estipulação, a repartição entre as partes das incumbências relativas à estruturação do tribunal arbitral e ao estabelecimento de suas regras de procedimento; (c) o adiantamento das despesas da arbitragem e dos honorários dos árbitros; (d) o local da arbitragem (dentro do território brasileiro) e tudo o mais que seja peculiar ao objeto do contrato. SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. **Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20. Fev. 2012, p. 45.

aumentar o envolvimento desses nas parcerias. Assim, a partir do contexto apresentado, tendo como cenário esses mecanismos, o próximo capítulo analisa como tem ocorrido o financiamento das PPPs no Brasil.

CAPÍTULO III - O FINANCIAMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL: FONTES DE RECURSOS E OPERAÇÕES

Seção 1 – Instituições de crédito e as parcerias público-privadas no Brasil

Como visto no capítulo II, o financiamento é o ponto central na viabilização dos projetos das parcerias público-privadas. Os valores envolvidos com os investimentos são vultosos, o retorno dos recursos aplicados é de longo prazo e os riscos dos projetos elevados e específicos, o que faz o parceiro privado geralmente ter dificuldades para arcar, sem ajuda, com a implantação dos empreendimentos. Aliás, a própria Lei das Parcerias Público-Privadas realça que a utilização do instrumento deve ocorrer quando os investimentos forem de escala elevada, estabelecendo o patamar mínimo de vinte milhões para os projetos se candidatarem ao modelo das parcerias.³²⁹

No Brasil, as parcerias público-privadas podem, do ponto de vista legal, obter recursos junto a instituições multilaterais de crédito, bancos comerciais privados, mercado de capitais, fundos de pensão e de investimento e bancos públicos. Em teoria, essas instituições teriam recursos, amparo legal e prazos compatíveis com as demandas dos projetos das parcerias público-privadas.

Apesar desse potencial, apenas os organismos internacionais multilaterais de crédito, em conjunto com os bancos públicos brasileiros, têm sido os impulsionadores das parcerias público-privadas no país, seja no desempenho do papel de estruturador das concessões seja no de financiador.

Antes de se chegar à fase de obtenção dos financiamentos, os projetos das parcerias público-privadas devem vencer as diversas etapas que compõem a fase de estruturação do projeto, incluindo a escolha do parceiro privado e a aprovação da concessão, isto é, cumprir as várias tarefas anteriores à assinatura do contrato da concessão, que conduzem à licitação e outorga da concessão pública para edificação do empreendimento, realizando as diversas tarefas que formam a atividade denominada de estruturação do projeto da parceria. Essas

³²⁹ O art.2º,§ 4º, inciso I, da Lei 11.079/04, dispõe que é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

tarefas podem ser agrupadas em quatro etapas da estruturação: 1) prospecção; 2) contratação de estudos; 3) acompanhamento dos estudos ; 4) início da implantação do projeto, a partir da assinatura do contrato da concessão entre o parceiro público e privado.³³⁰ Cada uma dessas etapas tem características e procedimentos relevantes para um bom resultado, como se verifica abaixo:

1) Na etapa de prospecção, cabe ao poder concedente definir os contornos jurídico-econômicos que terão o empreendimento, cuja implantação e/ou operação será delegada ao setor privado. Trata-se de definir o pré-projeto para o desenvolvimento do serviço público ou da obra a ser executada por delegação da Administração Pública.

2) Uma vez vencida essa etapa, começa a fase de contratação dos estudos para análise das informações setoriais disponíveis e especificação dos estudos técnicos detalhados, pois a estruturação de projetos requer análises de viabilidade técnica, econômica, ambiental e jurídica, capazes de subsidiar o processo de aprovação da concessão.³³¹

3) Após a contratação dos estudos, o acompanhamento da realização deles se faz por meio de processo interativo de troca de informações entre a Administração Pública e os consultores, e visa obter respostas para algumas questões-chave, tais como: as definições sobre as obrigações do futuro concessionário, a qualidade desejada para o serviço público, o prazo da concessão e a possibilidade de se cobrar tarifas dos usuários, entre outros³³². Somente ao final dessa etapa, diante dos elementos técnicos fornecidos pelos estudos, pode-se definir o tipo de concessão a ser aprovada, se comum, patrocinada ou administrativa.

4) A fase seguinte de implementação da parceria abrange a validação da modelagem perante a sociedade e os investidores, por intermédio de consultas e audiências públicas e a obtenção das aprovações formais. Conclui-se aí o ciclo de estruturação de um projeto, com a licitação e a celebração do contrato de concessão entre a Administração Pública e o parceiro privado.³³³

No processo de estruturação dos projetos das PPPs, a Administração Pública se utiliza de funcionários dos seus quadros ou de entidades estatais, além de assessores contratados por

³³⁰ TORRES, Rodolfo. AROEIRA, Cleverson. **O BNDES e a estruturação de projetos em infraestrutura**, pp.198-208. In: BNDES. *O BNDES em um Brasil em transição*. Rio de Janeiro: BNDES, 2010. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Paginas/livro_brasil_em_transicao>. Acesso em 25. Jun. 2012, p. 199.

³³¹ Ibidem, p. 199.

³³² Ibidem, p. 200.

³³³ Ibidem, pp. 200-201.

meio de certame licitatório ou por inexigibilidade de licitação, em razão de notória especialidade (art.25, inc.II, da Lei nº 8.666/93) ou ainda de estudos elaborados pelo setor privado em resposta ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), que é instituído por órgão ou entidade da Administração Pública, antes da fase de elaboração de editais e contratos de concessão, para obtenção dos estudos de viabilidade, levantamentos, investigações, dados sobre o setor, incluindo o mercado do serviço, informações sobre o projeto técnico e pareceres dos interessados em participar dos projetos da futura concessionária.³³⁴

O PMI vem sendo bastante utilizado no Brasil para a realização de concessões. Por intermédio do instrumento, o setor público obtém, de consultores externos ou das empresas interessadas em disputar futuros contratos de concessão, estudos de viabilidade de projetos da infraestrutura que estão na agenda da tomada de decisão da Administração Pública.³³⁵

Os estudos elaborados no âmbito de um PMI são reembolsados pelo vencedor do certame para escolha do parceiro privado e estão baseados juridicamente no artigo 21 da Lei 8.987/95 e artigo 31 da Lei 9.034/95, aplicáveis às parcerias público-privadas, conforme determina o art. 3º da Lei 11.079/04.³³⁶

³³⁴ GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz. BATISTA, Adrian Machado. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI):** diálogos com a iniciativa privada. Apresentado no III Congresso Consad de Gestão Pública, em Brasília, 15.03.2010.

³³⁵ Apesar da importância do PMI, a realização do procedimento deve ser feito com cuidado. É necessário que tal instrumento seja analisado do ponto de vista dos efeitos que pode causar, no grau de competitividade da licitação e no relacionamento entre as partes do futuro contrato de concessão de PPP. Em geral, o Poder Público se encontra em situação de desvantagem em relação à iniciativa privada, que consegue gerar informações de forma mais ágil. As previsões regulamentares e os desenhos das regras específicas de cada PMI podem produzir efeitos que reforçam ou reduzem tal assimetria de informação. O PMI pode ser utilizado pelo Poder Público, não só como instrumento para viabilizar de projetos, mas também como um instrumento cuja finalidade é reduzir a assimetria de informação do setor público perante o setor privado. Para esse fim, o setor público pode estabelecer regras no PMI que o capacitem para entender melhor os contornos, riscos e implicações do projeto de infraestrutura que está na pauta de sua tomada de decisão. PEREIRA, Bruno. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado**, p. 3. Disponível em: <www.pppbrasil.com.br/artigos>. Acesso em 25. Maio 2012.

³³⁶ O artigo 3º da Lei 11.079/04 estabeleceu a aplicação subsidiária das Leis Regulatórias das Concessões (Leis 8.987/95 e 9.034/95) às concessões patrocinadas e dos art. 21 da Lei 8.987/95 e art. 31 da Lei 9.034/95 às concessões administrativas. O art. 21 da Lei 8.987/95 dispõe que: “os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”. O artigo 31 da Lei 9.034/95 dispõe que: “nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”.

A experiência brasileira, depois dos 24 (vinte e quatro) contratos celebrados³³⁷, mostra que a fase de estruturação dos projetos das parcerias é tão importante que pode dificultar ou até mesmo impedir a outorga da concessão, inviabilizando a parceria e seus projetos de investimento.³³⁸

Uma vez vencida a fase de estruturação dos projetos e assinado o contrato da concessão com o parceiro privado, inicia-se a etapa de implantação do empreendimento, com a captação dos recursos financeiros necessários para a realização dos investimentos. Inicia-se aí uma fase importante para o empreendimento, pois, como mencionado, sem o financiamento os projetos das PPPs podem não ser viabilizados.

Este capítulo descreve o papel desempenhado pelas Agências internacionais multilaterais de crédito no apoio às PPPs, lembrando que foram estas instituições, notadamente o Banco Mundial, que, na década de 1980, iniciou o movimento a favor da privatização da infraestrutura, que teve na sequência o apoio às concessões de serviços públicos à iniciativa privada e às próprias parcerias público-privadas.

A seção seguinte é dedicada a descrever como se dá o apoio das instituições financeiras aos projetos das parcerias público-privadas e quais os incentivos estabelecidos em Lei para que os investimentos na infraestrutura se tornem realidade.

1.1 O papel das agências multilaterais de crédito no financiamento das parcerias público-privadas

A principal fonte internacional de financiamento à infraestrutura e as parcerias público-privadas dos países em desenvolvimento têm sido as instituições multilaterais de crédito, em especial o Grupo Banco Mundial (BIRD) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Essas instituições, além de proverem financiamentos e seguros para os projetos dos países membros, fornecem assistência técnica para o planejamento dos governos e a estruturação das concessões e seus projetos de investimento. O Banco Mundial e o BID atuam no provimento de recursos a baixo custo e em longo prazo de pagamento, além de fornecerem apoio institucional e técnico para a estruturação dos projetos da área da infraestrutura,

³³⁷ Os contratos celebrados serão apresentados na sessão 2.

³³⁸ TORRES, Rodolfo. AROEIRA, Cleverson. **O BNDES e a estruturação de projetos em infraestrutura**, pp. 198-208. In: O BNDES em um Brasil em transição. Rio de Janeiro: BNDES, 2010, p. 198. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Paginas/livro_brasil_em_transicao>. Acesso em 25. Jun. 2012.

segundo os planos de atuação das duas instituições e da principal missão delas em promover o desenvolvimento econômico e social dos países membros.³³⁹

Para a realização dessas atividades, contam com os recursos provenientes da contribuição dos países membros e da emissão de instrumentos de dívida de longo prazo no mercado financeiro internacional, através dos quais conseguem captar, por suas características e importância, empréstimos de baixo custo e longo prazo de pagamento, que se coadunam com as características dos financiamentos que oferecem.³⁴⁰

- a) O Grupo Banco Mundial e sua atuação junto às parcerias público-privadas brasileiras

O Grupo Banco Mundial é composto por cinco instituições que possuem funções diversas e complementares no apoio aos seus 186 países-membros:

1) o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento ou simplesmente Banco Mundial (BIRD), que tem por objetivo reduzir a pobreza nos países e de renda média, com baixa capacidade creditícia;

2) a Agência Internacional de Desenvolvimento (IDA, sigla em inglês), que foca seu trabalho nos países mais pobres do mundo; a Corporação Financeira Internacional (IFC, sigla em inglês), que trabalha auxiliando o setor privado das economias dos países;

3) a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA, sigla em inglês), que essencialmente fornece seguros para projetos de investimento dos países assistidos;

4) o Centro Internacional de Solução de Controvérsia sobre Investimentos (ICSID, sigla em inglês), que atua solucionando conflitos gerados entre nações, por conta da implantação de grandes projetos de investimento, principalmente em áreas vizinhas.³⁴¹

Em seu conjunto, essas organizações oferecem assessoria técnica, seguro, empréstimos, créditos sem juros e doações aos países em desenvolvimento, além de participarem da solução de conflitos sobre os investimentos realizados pelos países membros.

³³⁹ FARIA, Viviana Cardoso de Sá. **O papel do *project finance* no financiamento de projetos de energia elétrica**: caso UHE Cana Brava, Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Programa de pós-graduação de engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003, p. 157.

³⁴⁰ Ibidem, p. 158.

³⁴¹ BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/HOME/PORTUGUESE>>. Acesso em 05. Jun. 2011.

No apoio aos projetos de infraestrutura, as instituições mais atuantes do Grupo são o BIRD e o IFC. No entanto, na prática, os investimentos nos diversos segmentos da infraestrutura tendem a mobilizar os distintos mecanismos de assistência presentes nas instituições que integram o Grupo Banco Mundial, com a utilização de diferentes instrumentos financeiros, de acordo com a vocação do país solicitante da ajuda.³⁴²

No início da década de 1980, o Banco Mundial voltou seu foco para a análise da eficácia dos investimentos realizados com os recursos da Instituição e da eficiência dos serviços públicos nos diversos países. Como resultado dessas reflexões, a Instituição passou a apoiar um envolvimento maior do setor privado na economia, na prestação de serviços e realização de obras públicas, o que significou um maior apoio às políticas de privatização, concessões e parcerias público-privadas.³⁴³

O Grupo Banco Mundial adota uma definição ampla para designar as parcerias público-privadas. Para o Organismo, as parcerias representam acordos entre os setores públicos e privados, para que parte dos serviços ou obras públicas de responsabilidade do setor público seja transferida para a produção privada, como no provimento de equipamentos de infraestrutura ou o fornecimento de serviços públicos.³⁴⁴

Tão ou mais importante que o apoio financeiro é a assistência técnica prestada aos países assistidos para elaboração de marcos legais e estruturação de projetos de infraestrutura³⁴⁵. As operações em cada país acontecem com base na política denominada “Estratégias de Parceria com o País” ou EPP, determinada por avaliações das prioridades do país, para indicar o nível e a composição da assistência a ser proporcionada pela Instituição. Quando a política é elaborada por todo o Grupo do Banco Mundial, inclusive o IFC, a

³⁴² Por exemplo, os países com níveis mais baixos de desenvolvimento (a lista de países elegíveis é realizada a partir principalmente do indicador de renda calculado pelo Banco Mundial) não são cobertos pelo BIRD, e sim pelo IDA, que trabalha com empréstimos nos quais não são cobrados juros, e os prazos de reembolso são de mais de 35 anos, incluindo um período de carência de 10 anos. BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/wbsite/external/extaboutus/ida>>. Acesso em 07. Jun. 2011.

³⁴³ AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas como instrumento de uma nova governação pública**. Tese de doutorado. Universidade de Lisboa Faculdade de Direito, 2008, p. 151.

³⁴⁴ BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://wbi.worldbank.org/wbi/topic/public-private-partnerships>>. Acesso em 09. Jul. 2012.

³⁴⁵ No Brasil, alguns apoios técnicos devem ser destacados: 1) o fornecimento de assessoria técnica pelo IFC para a primeira PPP federal do país, o Projeto de Irrigação do Pontal em Petrolina. O vencedor será responsável pela operação, manutenção e administração das terras e da irrigação durante os 25 anos do contrato, remunerando-se pelo investimento feito; 2) a cooperação técnica para a formatação e implementação dos programas de PPP nos Estados da Bahia, Minas Gerais e São Paulo; 3) o empréstimo à cidade do Rio de Janeiro, para a consolidação fiscal e aumento da eficiência, em que um dos objetivos é a criação de um marco institucional para parcerias público-privadas (PPP). BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://wbi.worldbank.org/wbi/topic/public-private-partnerships>>. Acesso em 09. Jul. 2011.

estratégia inclui também um plano de atuação para o setor privado da economia, como aconteceu com o Brasil, cuja “Estratégia da Parceria” tem seu planejamento atual cobrindo o período de 2012-2015.³⁴⁶

No tocante às parcerias público-privadas, a estratégia de atuação do Banco Mundial estabeleceu como objetivo a ampliação do uso das PPPs em todos os níveis de governo, principalmente nos setores de saúde, educação, esgotamento sanitário, gestão de recursos hídricos e em projetos de investimentos com características inovadoras.

No Brasil, a instituição do Grupo Banco Mundial mais atuante nas parcerias público-privadas é o IFC. A Instituição tem por objetivo desempenhar o papel de catalisador de diversos investimentos e promover projetos que sejam economicamente benéficos, financeiramente saudáveis e ambiental e socialmente sustentáveis³⁴⁷. A forma atual de apoio mais intensa do IFC no país é a prestação de assistência técnica aos governos estaduais e municipais para elaboração de marcos regulatórios e estruturação de projetos de parcerias público-privadas.³⁴⁸

Com relação aos financiamentos às parcerias público-privadas, o IFC pode atuar da seguinte forma: 1) realizando empréstimos do tipo “A”, com utilização de recursos próprios da Instituição e 2) empréstimos do tipo “B”, organizados pelo IFC, mas fundeados com recursos de bancos comerciais privados³⁴⁹.

Em geral, os empréstimos realizados pelo IFC e outras agências multilaterais às parcerias público-privadas são do “Tipo A-B”, isto é, parte dos recursos provém de uma das instituições do Banco Mundial e parte de participações no financiamento concedidas por bancos comerciais do país hospedeiro do empreendimento, obtidas por acordos.³⁵⁰

³⁴⁶ BANCO MUNDIAL. **Estratégia de Parceria com o Brasil – 2012 a 2015**. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview/EstrategiadeParceria2012-2015>>. Acesso em 09. Jul. 2012.

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Disponível em: <www.ifc.org>. Acesso 09. Jul. 2012.

³⁴⁹ FARIA, Viviana Cardoso de Sá. **O papel do *project finance* no financiamento de projetos de energia elétrica: caso UHE Cana Brava**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Programa de pós-graduação de engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003, p. 157.

³⁵⁰ Por meio da venda de participação a Agência Multilateral, acorda em repassar ao banco adquirente da participação um percentual equivalente à quota ideal de todos os valores recebidos do devedor. O banco adquirente assume o risco de crédito tanto do devedor como da Agência que lhe conferiu a participação. No entanto, não tem legitimidade para cobrar diretamente quaisquer valores do devedor, tampouco possui os direitos de ação inerentes à posição de credor, dependendo da atuação diligente do banco que figura como credor oficial. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 327.

Neste caso, o BIRD ou o IFC figuram como financiadores oficiais de determinada empresa da parceria, mas arrecada parte dos recursos financiados com acordos de participações celebrados com bancos comerciais.³⁵¹

A estrutura de financiamento do tipo "A-B" às concessões vem sendo considerada nos últimos anos como mais atrativa para os bancos comerciais do que a realização de financiamentos diretos por eles, pelos seguintes motivos: 1) maior conforto do banco comercial ao saber que o devedor e o seu empreendimento já passaram pelo crivo do IFC ou do Banco Mundial e por todas as análises de riscos; 2) maior segurança dos bancos comerciais em realizar financiamentos documentados por contratos amplamente testados e estudados por aquelas instituições internacionais; 3) percepção dos bancos que essa estrutura reduz o risco político dos financiamentos, na medida em que, tendo as agências multilaterais IFC ou BID como financiadores oficiais no país, é menor o risco de moratória, restrição à conversibilidade cambial e remessa de valores ao exterior. Os bancos comerciais acreditam que as autoridades competentes, no caso de crise cambial, preferem iniciar, em primeiro lugar, suas restrições de conversão e remessa de dividendos aos credores privados e somente, em último caso, aos organismos internacionais e seus parceiros.³⁵²

b) O Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e as parcerias público-privadas

Outro importante apoio fornecido às parcerias público-privadas brasileiras provém do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) - uma instituição criada para auxiliar o desenvolvimento econômico e social da América Latina e Caribe.

Até 1989, o BID financiava primordialmente projetos vinculados ao setor público. Após aquele ano, a Instituição expandiu sua atuação para também alcançar projetos privados, capazes de impulsionar o desenvolvimento dos países assistidos³⁵³. Mais recentemente, a Instituição, à semelhança do BIRD, vem apresentando, como modalidade de suporte aos

³⁵¹ ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 328.

³⁵² FARIA, Viviana Cardoso de Sá. **O papel do project finance no financiamento de projetos de energia elétrica: caso UHE Cana Brava**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Programa de pós-graduação de engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003, p. 156. ENEI, José Virgílio Lopes. Op.cit., pp. 327-328.

³⁵³ BID. Disponível em: <www.iadb.org/pt/sobre-o-bid>. Acesso em 23. Jun. 2012.

projetos, garantias contra o risco político ou comercial- presentes nos financiamentos e empreendimentos apoiados.³⁵⁴

O BID congrega outras instituições que impulsionam o setor privado das economias dos países assistidos, quais sejam: 1) a Corporação Interamericana de Investimento-CII, cujo objetivo é apoiar, de forma complementar, ao BID o setor privado, prioritariamente as pequenas e as médias empresas³⁵⁵ e 2) o Fundo Multilateral de Investimentos - FUMIN, que desenvolve abordagens eficazes e inovadoras para promover o setor privado e melhorar o ambiente empresarial dos países assistidos.³⁵⁶

No Brasil, o BID opera por meio de planos quadrianuais de estratégias, elaborados em conjunto por técnicos daquela instituição e do Governo brasileiro. A estratégia mais recente, para o período de 2012 a 2014, tem como um dos objetivos aumentar a produtividade e a melhoria da infraestrutura do país, usando o modelo das parcerias público-privadas. De acordo com o plano, a atuação do BID nas PPPs brasileiras deve dar ênfase ao apoio aos estados e municípios das regiões Norte e Nordeste, nos serviços de saúde e de educação.³⁵⁷

³⁵⁴ As operações de garantia do BID incluem garantias parciais de crédito e de risco político para projetos do setor privado. As garantias parciais de crédito cobrem, em geral, todos os riscos envolvidos em empréstimos concedidos por um credor comercial. As garantias contra riscos políticos podem ser: garantias contra a violação de contrato, restrições à convertibilidade de moeda e à transferência de recursos para o exterior e garantias para outros riscos políticos. As necessidades de cobertura são adaptadas para cada projeto para cobrir eventos de risco específicos relacionados a fatores não-comerciais. DIB. Disponível em: <www.iadb.org/pt/sobre-o-bid>. Acesso em 23. Jun. 2012.

³⁵⁵ A Corporação Interamericana de Desenvolvimento investe em projetos privados pequenos e médios, seja diretamente, seja através de fundos de investimento em participações. A CII, ao fazer investimentos em participações, não assume funções gerenciais ou administrativas, mas pode solicitar representação no Conselho de Administração. A CII também investe em fundos de investimentos em participações nacionais, regionais e setoriais, que investem em empresas de médio porte da América Latina e Caribe as quais não têm outra fonte adequada de capital. IIC. Disponível em: <<http://www.iic.org/en/about-inter-american-investment-corporation>>. Acesso 23. Jun. 2012.

³⁵⁶ O FUMIN investe em fundos de investimento e instituições de microfinanças que, por sua vez, prestam assistência a micro e pequena empresa da América Latina e Caribe. FUNDO MULTILATERAL DE INVESTIMENTO. Disponível em: <<http://www5.iadb.org/mif/acercade/QueeselFOMIN>>. Acesso em 11. Jun. 2011.

³⁵⁷ A estratégia é baseada na atual condição econômica do país e está calcada em trabalho analítico conduzido pelo Banco com o apoio de participantes de distintos setores econômicos e sociais. A estratégia atual reflete as prioridades compartilhadas entre o Governo brasileiro e o Grupo BID e estabelece um equilíbrio entre a definição de seis grandes objetivos estratégicos: (i) estimular a inclusão social e produtiva; (ii) melhorar as condições de infraestrutura no país; (iii) fomentar o desenvolvimento de cidades sustentáveis; (iv) aprimorar a capacidade institucional dos entes públicos; (v) incrementar a gestão sustentável de recursos naturais e as ações de mitigação e adaptação às mudanças climáticas; (vi) promover o desenvolvimento por meio do setor privado. BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Estratégia do BID com o País 2012-2014. Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/paises/brasil/estrategia-do-banco-para-o-pais>>. Acesso 23. Jun. 2012.

O conceito de parceria público-privada, adotado pelo BID, é amplo e abrange qualquer colaboração de longo prazo entre a autoridade pública e o setor privado, visando à entrega de serviço público.³⁵⁸

Da mesma forma que o Banco Mundial, o BID tem apoiado as parcerias público-privadas no Brasil, principalmente por meio de recursos para assessoria técnica aos estados e municípios visando à implantação de marcos legais e estruturação de projetos³⁵⁹. Até agosto de 2012, apenas a sociedade de propósito específico, Via Quatro S.A, da concessão patrocinada para a exploração dos serviços de transporte de passageiros da linha 4-amarela do Metrô de São Paulo tinha sido financiada pelo BID.³⁶⁰

Seguindo sua linha básica de atuação no Brasil, o BID criou, em conjunto com o BNDES e o IFC, um fundo denominado de Programa de Fomento à Participação Privada (*PSP-Brazil PSP Development Program*)³⁶¹, destinado a apoiar com recursos financeiros e técnicos a estruturação e modelagem de projetos inovadores nos setores da infraestrutura, nas modalidades de concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas.³⁶²

Além desse programa, o BID tem atuado em parcerias público-privadas por meio dos seguintes arranjos institucionais: 1) Fundo Multilateral de Investimentos - FUMIN³⁶³; 2)

³⁵⁸ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <www.iadb.org/en/topics/public-private-partnerships/public-private-partnerships>. Acesso em 23. Jun. 2012.

³⁵⁹ FARIA, Viviana Cardoso de Sá. **O papel do project finance no financiamento de projetos de energia elétrica**: caso UHE Cana Brava. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Programa de pós-graduação de engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003, p. 158. O BID financia programas de cooperação técnica para o fortalecimento institucional, transferência de conhecimentos e estudos, incluindo diagnóstico, pré-investimento e estudos setoriais, que apoiam o desenho e a preparação do projeto. Os programas podem ser destinados a projetos específicos para um único país ou para o comércio, a integração ou iniciativas regionais. BID. Disponível em: <www.iadb.org/pt/sobre-o-bid>. Acesso em 23. Jun. 2012.

³⁶⁰ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <www.iadb.org/en/topics/public-private-partnerships/public-private-partnerships>. Acesso em 23. Jun. 2012.

³⁶¹ BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatórioanual2011>, p. 40. RIBEIRO, Maurício Portugal. **Brazilian PSP Program - a partnership between IFC, BNDES and IDB**. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/brazilian-psp-program-a-partnership-between-ifc-bndes-and-idb>>. Acesso em 23. Jun. 2012.

³⁶² Esse programa será analisado na seção 2 deste capítulo.

³⁶³ Dentre as ações do FUMIN no Brasil se destacam: acordo de cooperação Técnica com o Ministério do Planejamento para o Programa Nacional de Desenvolvimento Institucional de PPP no valor de \$ 2.450.000,00 (dois milhões, quatrocentos e cinquenta mil dólares) e o acordo de cooperação técnica com o Estado de Minas Gerais para desenvolvimento do Programa de PPP em Minas Gerais, no valor de \$ 675.000,00 (seiscentos e setenta cinco mil dólares). O FUMIN criou também o *infrascope*, uma ferramenta interativa que traz a avaliação de 19 países da América Latina e Caribe quanto à sua capacidade relativa de desenvolver e implementar PPPs, que é utilizado pelos órgãos de governo envolvidos em parcerias e pelo setor privado para que avaliem os modelos e os riscos de cada país atribuindo notas após analisados. Em 2010, o *infrascope* avaliou que o Brasil, Chile e México são os países que possuem um ambiente mais favorável ao desenvolvimento de PPPs. Disponível em: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35434873>>. Acesso em 12. Jun. 2011.

empréstimos ao setor público e privado; 3) Infracund-BID, que promove estudos de viabilidade e a concepção de projetos de infraestrutura.³⁶⁴

1.2 Fontes internas de financiamento às parcerias público-privadas no Brasil

A partir de fontes internas de recursos, as parcerias público-privadas brasileiras podem ser financiadas pelo setor bancário privado, mercado de capitais, fundos de pensão e de investimentos e bancos públicos.

Os bancos comerciais podem atuar nas parcerias financiando diretamente a sociedade do projeto por meio de empréstimos, ou indiretamente, através do aporte de recursos em fundos de investimento (conforme é abordado adiante). Essa atuação pode acontecer, isoladamente ou em conjunto, com outros bancos reunidos sob a forma de sindicato para realização de empréstimos (*sindicated loan*).

Neste caso, a atuação dos bancos acontece pela união de várias instituições, coordenadas por uma delas, o banco líder, com a finalidade de agregar recursos e esforços necessários à realização de grandes financiamentos. Essa modelagem de financiamento acontece inclusive com a participação e a liderança dos organismos multilaterais de crédito (Banco Mundial, IFC e BID) e visa permitir que os riscos dos projetos sejam distribuídos entre a sociedade formada para o empreendimento e os diversos bancos financiadores.³⁶⁵

Apesar dessas possibilidades, até agosto de 2012, os bancos comerciais brasileiros mostravam resistência para financiar empreendimentos que apresentam as características específicas dos projetos das parcerias público-privadas: elevado valor, longo prazo de maturação dos investimentos, riscos elevados e reduzida rentabilidade e falta de garantias reais e de seguros de crédito capazes de cobrir o valor da operação de financiamento.³⁶⁶

³⁶⁴ O Infracund foi criado para impulsionar a infraestrutura da América Latina e Caribe e atua com recursos reembolsáveis e não reembolsáveis, tendo como um dos seus objetivos promover a formação de parcerias público-privadas. Disponível em: <<http://www.iadb.org/en/topics/transportation/infracund,1635.html>>. Acesso em 12. Jun. 2011.

³⁶⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 326.

³⁶⁶ Relatório da conferência promovida pelo Banco Mundial denominada “Melhores práticas nos financiamentos das Parcerias Público-Privadas na América Latina”, realizada nos dias 04 e 05 de maio de 2011, em Washington. Estados Unidos. Disponível em: <<http://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/ConferencereportPortuguese.pdf>>. Acesso em 04. Abr. 2012. SCHAPIRO, Mario Gomes. **Bancos de desenvolvimento, regulação e auto-regulação: complementaridade regulatória no mercado brasileiro de capital de riscos**. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/BANCO_DE_DESENVOLVIMENTO_regulacao_autoregulacao.pdf>. Acesso em 14. Jun. 2012, p. 3.

Na realidade, ao longo da história, em função de as elevadas taxas de inflação e de juros que prevaleciam na economia, os bancos comerciais brasileiros concentraram suas atividades em financiamentos de curto prazo, em empréstimos pessoais e para capital de giro das empresas, que se caracterizaram como operações de baixo risco e elevada rentabilidade. Uma das exceções a essa atuação foram as participações dos bancos brasileiros em algumas operações de financiamento às concessões tradicionais, realizadas à época da privatização, quando as instituições bancárias privadas tiveram papel importante no financiamento às concessionárias de telefonia e do setor elétrico, entre outras.³⁶⁷

Outra forma de financiar as parcerias público-privadas pode ocorrer a partir dos recursos provenientes do mercado de capitais. Desde que constituídas na forma de sociedades anônimas de capital aberto e registradas na Comissão de Valores Mobiliários, as SPEs das parcerias podem obter recursos para as atividades circunscritas ao seu objeto social, através da emissão de valores mobiliários, como títulos de dívida (debêntures) ou ações.³⁶⁸

Pela venda de ações em emissão pública, os empreendimentos das PPPs também podem financiar suas atividades. São operações em que os investidores, ao lado dos empreendedores controladores da sociedade, assumem os riscos do negócio. As emissões se sujeitam às oscilações do mercado global e aos fluxos de capital estrangeiro, porém constituem um capital mais barato e não sujeito a cronogramas rígidos de pagamento obedecidos à amortização de empréstimos. No Brasil, esta é apenas uma possibilidade teórica para as parcerias, pois, após mais de sete anos de aprovação do Programa das PPPs, ainda não aconteceu nenhuma operação de lançamento de ações de SPEs no mercado de capitais.

Por outro lado, na compra de títulos de dívida, o aporte de recursos aos projetos das PPPs acontece sob a forma de relação de crédito, ficando o financiador apenas como credor da sociedade da parceria.³⁶⁹

³⁶⁷ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Bancos de desenvolvimento, regulação e auto-regulação**: complementaridade regulatória no mercado brasileiro de capital de riscos. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/BANCO_DE_DESENVOLVIMENTO_regulacao_autoregulacao.pdf>. Acesso em 14. Jun. 2012, p. 1.

³⁶⁸ O regime legal aplicável aos negócios desenvolvidos no mercado de capitais é o das Leis 6.385/76 (dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Publicada no DOU de 9.12.76) e 6.404/76, além das instruções e normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

³⁶⁹ YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 96.

Nesse caso, a emissão de títulos de dívida pela SPE atende à necessidade de financiamento, sem criar outros direitos. Essas operações de crédito possuem custo mais elevado, relativamente às operações tradicionais de financiamento às empresas privadas, resultado da cobrança de “*spread*” bancário mais elevado (a remuneração do banco, determinada pela diferença entre o custo de captação do dinheiro e o valor cobrado ao beneficiário do crédito)³⁷⁰. Os títulos de dívida mais utilizados para financiar as atividades de uma parceria são notas promissórias³⁷¹, valores securitizados³⁷² e debêntures,³⁷³ mas é também possível o uso de qualquer outro valor mobiliário previsto no art.2º da Lei 6.385/76, emitido pela SPE.³⁷⁴

Existe também um potencial de obtenção de recursos para as PPPs através dos fundos de pensão³⁷⁵. Estes fundos buscam, em boa medida, aplicar seus recursos no longo prazo,

³⁷⁰ YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 95.

³⁷¹ Notas promissórias são valores mobiliários regulados pela Lei 6.385/76 e pela Resolução CVM nº 1.723/90. Elas costumam atender a necessidades de médio e curto prazo e apresentam maiores valores de face. YAZBEK, Otavio. Op.cit., p. 98.

³⁷² A securitização é a operação pela qual os recebíveis futuros, gerados pela exploração, em regime de concessão, de serviços públicos de infraestrutura econômica e social, são expressamente vinculados à emissão de títulos de crédito pela Sociedade de Propósito Específico (SPE) concessionária desses serviços. É conversão de uma receita futura em títulos negociáveis. A securitização permite formar caixa a partir de ativos sem liquidez e assim obter recursos líquidos para investir. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

³⁷³ No Brasil, o instrumento de dívida mais utilizado são as debêntures. Elas são valores mobiliários de dívida de médio e longo prazo emitidos por sociedades por ações, que conferem ao debenturista (detentor do título) um direito de crédito contra a sociedade emissora. As debêntures são reguladas pelo art. 52 e seguintes da Lei 6.404/76 e emitidas por escritura ou certificado. Atualmente, as debêntures são na sua maior parte escriturais, não sendo, portanto, corporificadas. Compete à escritura de emissão regular os direitos dos debenturistas, suas garantias e demais termos e condições da emissão. Emissões dirigidas a um grande número de debenturistas normalmente contam com um agente fiduciário para administrar as garantias e exercer as demais funções previstas na escritura de emissão. As emissões de debêntures podem ser públicas ou privadas, conforme sejam dirigidas ao público em geral, ou a um seleto grupo de investidores institucionais, de acordo com as regras estabelecidas pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM. As emissões públicas devem ser obrigatoriamente registradas na CVM, sujeitando-se à fiscalização e exigências bem mais rigorosas, indicadas pelas Leis 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) e 6.385/76 (Lei do Mercado de Capitais) alteradas pelas Leis 9.457 de 05.05.2012 (Publicada no DOU de 06.05.1997) e Lei 10.303, de 31/10/01 (Publicada no DOU de 1.11.2001). ENEI, José Virgílio Lopes. Op.cit., p. 320. RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 137. YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 96. Como exemplo de emissão de debêntures por SPE, no âmbito de contrato de PPP, pode ser citado: emissão de debêntures no valor de R\$ 72.000.000,00(setenta e dois milhões de reais) pela empresa Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S.A., responsável pela construção da Arena Multiuso de Pernambuco, no âmbito da concessão administrativa celebrada com o Estado de Pernambuco. Programa de Parceria Público-Privada de Pernambuco. Disponível em: <www.segov.pe.gov.br>. Acesso em 21. Jul. 2012.

³⁷⁴ VASQUEZ, Juan Luiz Souza. **A sociedade de propósito específico na parceria público-privada**, in PEIXINHO, Manoel Messias (coord.) e outros. Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 81.

³⁷⁵ Os fundos de pensão são entidades de previdência complementar que podem ser abertas ou fechadas, reguladas pela Lei Complementar 109 de 29.05.2001 (Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Publicada no DOU de 30.5.2001), que lidam com o investimento de reservas técnicas e cujo objeto se refere a pagamento de rendas, pecúlios e outros benefícios aos seus aderentes. As abertas são

tendo em vista os prazos de pagamento das aposentadorias aos seus contribuintes, o que compatibiliza com o tipo de demanda por financiamentos das parcerias público-privadas, cujo retorno é de longo prazo. Apesar desse potencial, até o momento, a maior parte dos recursos dos fundos de pensão está dirigida para compra de ativos de renda fixa, particularmente para aplicações em imóveis, títulos da dívida pública brasileira e projetos privados de elevada rentabilidade, como os de algumas grandes empresas e concessionárias tradicionais.³⁷⁶

As principais limitações para os fundos brasileiros de pensão investirem nos projetos das parcerias, segundo o relatório da Conferência “Melhores práticas nos financiamentos das parcerias público-privadas”, promovida pelo Banco Mundial compreendem: (a) falta de oportunidades de investimentos que apresentem uma equação retorno/risco positiva e competitiva com outras aplicações; (b) as restritivas regulações relativas aos investimento dos fundos de pensão impostas pela autoridade reguladora; (c) a complexidade do investimento em infraestrutura, particularmente os das parcerias público-privadas, que demandam estudos complexos e de elevado custo e acompanhamento permanente do investimento realizado; (d) a instabilidade regulatória do setor de infraestrutura, provocada pela falta de compromisso político no longo prazo e fragmentação das decisões setoriais em diferentes níveis de governo (o marco legal das parcerias público-privadas é ainda relativamente recente no Brasil).³⁷⁷

Não bastassem os fatores limitantes acima apontados, a participação dos fundos de pensão nas parcerias público-privadas sofre também de limitações adicionais determinadas pelo art. 27 da Lei 11.079/04, segundo o qual a participação desses fundos, quando realizada cumulativamente com empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União, não pode exceder a 80% (oitenta por cento) do total das operações de crédito e

acessíveis ao público em geral mediante o pagamento de contribuições, devem ser sempre constituídas sob a forma de sociedades anônimas (art.36 da LC nº109/01). Já as entidades de previdência fechada são acessíveis somente a grupos restritos (funcionários de empresas ou grupos de empresas), devem ser constituídas sob o formato de associações ou fundações civis sem fins lucrativos (art.31 da LC 109/01). Esses fundos podem aplicar diretamente nas PPPs, comprando ações das SPEs ou podem aplicar em fundos de investimentos que adquiram ações das SPEs.

³⁷⁶ Os fundos de pensão investem o equivalente a 17%(dezessete por cento) do PIB brasileiro. Palestra proferida por Jaime Mariz (chefe de gabinete da Secretaria de Previdência Complementar) na Conferência promovida pelo Banco Mundial, denominada “Melhores práticas nos financiamentos das Parcerias Público-Privadas na América Latina”, realizada nos dias 04 e 05 de maio de 2011 em Washington. ESTADOS UNIDOS. Disponível em: <<http://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/ConferencereportPortuguese.pdf>>. Acesso em 04. Abr. 2012. TORRES FILHO, Ernani Teixeira. INHUEDS, Adriana. SANT’ANNA, André Albuquerque. BORÇA JUNIOR, Gilberto Rodrigues. **Crise abre oportunidades para os fundos de pensão**. Visão do Desenvolvimento nº68 de 03.08.2009, p. 6. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações>. Acesso em 10. Ago. 2012.

³⁷⁷ Relatório da conferência promovida pelo Banco Mundial, denominada “Melhores práticas nos financiamentos das Parcerias PúblicoPrivadas na América Latina”, realizada nos dias 04 e 05 de maio de 2011, em Washington, Estados Unidos. Disponível em: <<http://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/ConferencereportPortuguese.pdf>>. Acesso em 04. Abr. 2012.

contribuições de capital, prestados à SPE, ou a 90% (noventa por cento) nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional.³⁷⁸

Por sua vez, os fundos de investimento administrados por instituições financeiras privadas também representam uma fonte potencial de recursos para os investimentos das parcerias público-privadas³⁷⁹. A participação desses fundos nos financiamentos pode ocorrer em dois momentos distintos: primeiro, ainda na fase de licitação da concessão, hipótese na qual os fundos interessados em investir nas PPPs podem entrar como licitantes-investidores, normalmente em associação com construtores e outros patrocinadores dos empreendimentos;³⁸⁰ em um segundo momento, a participação deles pode ocorrer com a subscrição de ações ou quotas da sociedade de uma parceria já constituída. Neste caso, os fundos não podem adquirir uma participação societária na SPE que implique assunção do controle da sociedade, a não ser mediante prévia e expressa autorização do parceiro público, conforme determina a Lei das PPPs. Mas podem livremente subscrever ações ou quotas que lhes garantam quaisquer outros poderes que não caracterizem controle sobre a sociedade da parceria.³⁸¹

³⁷⁸ Para Ribeiro e Prado, a intenção dos legisladores, ao introduzir a restrição do art. 27, foi a de tentar resolver na Lei das PPPs um problema de governança geral dos fundos de pensão de funcionários de estatais. Porém, ao tratar dos recursos das entidades fechadas de previdência complementar como se fossem públicos, a Lei de PPP consignou limitação indevida à atividade econômica de tais entidades. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP- fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 445-446.

³⁷⁹ O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em títulos e valores mobiliários, bem como em quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro e de capitais. Os fundos de investimento atuam como investidores profissionais em nome de terceiros, os detentores das suas quotas. Esses fundos podem ser abertos ou fechados, conforme permitam ou não o resgate antecipado de suas quotas pelos seus detentores, porém, em qualquer um dos casos, os fundos não possuem personalidade jurídica sendo administrado por instituições autorizadas a realizar esse tipo de atividade. YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, pp. 171-172.

³⁸⁰ HORTA, João Carlos Mascarenhas. ADLER, Rafael. **A simbiose entre PPPs e fundos de investimento**. Disponível em: <www.lexuniversal.com/trabalhosacademicos>. Acesso em 28. Jun. 2012. HORTA, João Carlos Mascarenhas, MACIEL, Gustavo Eugênio. **Parceria Público-Privada. Guia Legal para empresários executivos e agentes de governo**. Belo Horizonte: Prax, 2003, p. 20.

³⁸¹ HORTA, João Carlos Mascarenhas. ADLER, Rafael. **A simbiose entre PPPs e fundos de investimento**. Disponível em: <www.lexuniversal.com/trabalhosacademicos>. Acesso em 28. Jun. 2012. HORTA, João Carlos Mascarenhas, MACIEL, Gustavo Eugênio. **Parceria Público-Privada. Guia Legal para empresários executivos e agentes de governo**. Belo Horizonte: Prax, 2003, p. 20.

Alguns fundos de investimento possuem maior participação nas parcerias público-privadas, são eles: 1) Fundos de Investimento em Participações (FIPs)³⁸²; 2) Fundo Multimercado³⁸³; 3) Fundos para Investidores Qualificados (FIQs).³⁸⁴

A Lei 11.079/04 também previu incentivos para a participação de fundos de investimentos em PPPs. O artigo 23 da Lei das PPPs autorizou a União conceder incentivo às aplicações em fundos de investimento criados por instituições financeiras para aquisição de direitos de crédito provenientes dos contratos das parcerias. Os incentivos fazem parte do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS³⁸⁵, destinado a incentivar a implementação de projetos de interesse social relacionado ao desenvolvimento e ampliação da infraestrutura brasileira.³⁸⁶

O PIPS prevê que a União, por meio do Tesouro Nacional, emprestará recursos às

³⁸² O FIP é constituído sob a forma de condomínio fechado por meio da comunhão de recursos destinados exclusivamente à aquisição de ações ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de sociedades anônimas abertas ou fechadas. O Fundo só poderá investir em SPEs constituídas no formato de sociedades anônimas e, além disso, deverá participar do processo decisório da SPE, exercendo efetiva influência na definição da política estratégica e na gestão. Instrução Normativa CVM n. 391 de 16.07.2003. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. Disponível em: <www.cvm.gov.br/legislaçõeseregulamentaçõesCVM/atos>. Acesso em 27. Jun. 2012.

³⁸³ Os Fundos Multimercados são aqueles cujos gestores têm maior liberdade na alocação de sua carteira, podendo atuar em diversas modalidades de investimento disponíveis no mercado nacional e se submetem às mesmas restrições dos FIPs em relação a investimentos às SPEs. Instrução Normativa CVM n. 409 de 18 de julho de 2004. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. Disponível em: <www.cvm.gov.br/legislaçõeseregulamentaçõesCVM/atos>. Acesso em 27. Jun. 2012.

³⁸⁴ Os Fundos para Investidores Qualificados (FIQs) são destinados apenas a investidores considerados “qualificados”, quais sejam as instituições financeiras, companhias seguradoras, sociedades de capitalização, entidades de previdência complementar, administradores de carteiras e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, outros fundos de investimento destinados exclusivamente a investidores qualificados e pessoas físicas ou jurídicas que possuam investimentos superiores a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Instrução Normativa CVM n. 409 de 18 de agosto de 2004. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. Disponível em: <www.cvm.gov.br/legislaçõeseregulamentaçõesCVM/atos>. Acesso em 27. Jun. 2012.

³⁸⁵ O PIPS foi instituído pela Lei 10.735, de 11 de setembro de 2003 (Dispõe sobre o direcionamento de depósitos à vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores e autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social - PIPS, publicada no DOU de 12.09.2003). Um dos objetivos do PIPS é o desenvolvimento e a ampliação de infraestrutura nos segmentos de saneamento básico, energia elétrica, gás, telecomunicações, rodovias, sistemas de irrigação e drenagem, portos e serviços de transporte em geral visando universalizar e aumentar a eficiência dos produtos e serviços prestados (art.5º, inc.II, da Lei 10.735/2003). Para a implantação de projetos de interesse social por meio de facilitação de seu financiamento, serão utilizados os seguintes meios: Fundos de Investimento Imobiliário – FII e Fundos de Investimento em Direitos Creditórios - FIDC, lastreados em recebíveis originados de contratos de compromisso de compra, de venda, de aluguéis e de taxas de serviços, provenientes de financiamento de projetos sociais, com participação dos setores público e privado (art.4º da Lei 10.735/2003).

³⁸⁶ Para Ribeiro e Prado, haverá um maior estímulo à participação do setor privado no financiamento dos projetos de PPP já que os fundos de investimento possuem tributação menor que a adotada tradicionalmente para pessoas jurídicas. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP-fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 401-402.

instituições financeiras para que essas adquiram cotas de Fundos de Investimento Imobiliário-FII³⁸⁷ e Fundos de Investimento em Direitos Creditórios-FIDC³⁸⁸ (criados no âmbito do PIPS), que, por sua vez, aplicarão nos projetos de PPP.

As condições impostas no PIPS para o pagamento dos empréstimos concedidos pelo Tesouro Nacional aos fundos das instituições financeiras, o prazo máximo de cinco anos e o seu valor limitado a trinta por cento do valor total de cada projeto da parceria³⁸⁹, representaram condições muito restritivas e difíceis de serem cumpridas pelos tomadores dos recursos, dado que os investimentos nas parcerias são de prazos maiores e envolvem valores bem mais expressivos.³⁹⁰

Apesar desses incentivos do governo para estimular uma maior participação do setor privado no financiamento aos projetos das parcerias público-privadas, os fundos de investimento ainda investem pouco nas parcerias público-privadas.

Nas parcerias contratadas até agosto de 2012 (ver detalhes na seção 2 deste capítulo), há alguns exemplos de apoio dos fundos de investimento: 1) a sociedade de propósito específico, CAB - Sistema Produtor do Alto Tietê S.A - responsável pela concessão administrativa destinada a obras de ampliação da capacidade da Estação de Tratamento de Água e Esgoto do Alto Tietê, apoiada pelo FIP Caixa Ambiental; 2) a SPE Saneamento Rio das Ostras, responsável pela concessão administrativa destinada a obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário e drenagem no município de Rio das Ostras, apoiada pelo FIP InfraBrasil.³⁹¹

³⁸⁷ Os FIIs são fundos que investem em empreendimentos imobiliários (exemplos: edifícios comerciais, *shopping centers*, hospitais, etc.). O retorno do capital investido se dá por meio da distribuição de resultados do Fundo (o aluguel pago por um *shopping center*, por exemplo) ou pela venda de cotas do fundo. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/renda-fixa/fidcs>>. Acesso em 1º. Ago. 2012.

³⁸⁸ O Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) é um tipo de aplicação em que a maior parte dos recursos é destinada à aquisição de direitos creditórios, que, no caso das SPEs, provêm dos créditos que ela tem a receber dos serviços prestados. O direito de recebimento desses créditos é negociável, isto é, a empresa o cede a terceiros e isso é feito por meio de um FIDC. O custo de captação de recursos através do FIDC é menor do que os de empréstimos bancários. Além disso, vincula diretamente o tomador do crédito com o investidor em uma estrutura simples e isenta de tributos intermediários. Os FIDCs podem ser abertos ou fechados. Os fundos abertos são aqueles em que os cotistas podem efetuar mais aplicações ou solicitar o resgate de suas cotas a qualquer momento. Os fundos fechados são aqueles em que o resgate de cotas ocorre ao término do prazo de duração, ou seja, na liquidação do FIDC. Os FIDCs são regulados pela Instrução CVM nº 393, de 22 de julho de 2003. FIDC. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/renda-fixa/fidcs>>. Acesso em 1º. Ago. 2012.

³⁸⁹ BRASIL. Lei 10.735/2003. Art.6º.

³⁹⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP- parceria público-privada. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 402.

³⁹¹ A SPE CAB- Sistema Produtor do Alto Tietê S.A - recebeu do FIP Caixa Ambiental, o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); o Saneamento Rio das Ostras S.A recebeu do FIP InfraBrasil um investimento no valor de R\$ 38.000.000,00(trinta e oito milhões de reais). O FIP InfraBrasil e o FIP Caixa

Buscando criar outras formas de incentivo ao financiamento das parcerias, foram criadas pela Lei 12.431/2011³⁹², as chamadas debêntures da infraestrutura, que podem ser emitidas para financiar projetos do setor considerados prioritários pelo Governo federal. As debêntures constituem-se em importante instrumento para obtenção de recursos, mas têm sua utilização preterida pelos investidores graças ao alto risco envolvido na compra deste título e à elevada tributação de seus rendimentos.

Com o incentivo promovido pela Lei 12.431/2011 (art.2º), os rendimentos auferidos com as debêntures tiveram suas alíquotas de imposto de renda reduzidas, de modo que aqueles auferidos por pessoa física estão sujeitos à incidência de alíquota zero, enquanto os auferidos por pessoa jurídica estão sujeitos à incidência de alíquota de 15% (quinze por cento) exclusivamente na fonte.

As debêntures de infraestrutura só podem ser emitidas por SPEs criadas para implantar projetos de investimentos em infraestrutura, como as empresas concessionárias tradicionais e as parcerias público-privadas. Para emissão dos títulos e recebimento de recursos dos fundos com os benefícios tributários, o projeto deve estar enquadrado em uma das áreas prioritárias de atuação definida pelo Governo Federal, e a sociedade da parceria deve ser autorizada por portaria do Ministério setorial responsável.

A Lei 12.431/2011 criou também, através do artigo 4º, os Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE), que deverão aplicar no mínimo 90% (noventa por cento) de seus patrimônios em ativos, dívidas ou ações, emitidos por sociedades de propósito específicas que sejam vinculadas a projetos de infraestrutura. Os ganhos auferidos por pessoas físicas que alienarem a quotas de FIP-IE que tiverem adquirido estarão sujeitos à alíquota zero e àqueles recebidos por pessoas jurídicas serão tributados em 15% (quinze por cento). Além

Ambiental têm como principais investidores os fundos de pensão. O Fundo de Investimento em Participações InfraBrasil é um fundo de investimento em participações fechado, criado pelo BID, destinado a investidores qualificados no setor de infraestrutura e administrado pelo Banco ABN AMRO Real S/A. O fundo investe principalmente em projetos de infraestrutura do setor privado. O capital social é formado por diversos fundos de pensão do Brasil, (Previ, Petros, Funcef, Valia-Vale do Rio Doce, Banesprev – Banespa) e pelo Banco do Brasil e BNDES. O FIP Caixa Ambiental é um fundo de participação, administrado pelo Banco Santander e formado pelos fundos de pensão: Petros, Previ, Funcef, Bradespar, Banif, Banesprev, Ceres, Infraprev, além da Caixa Econômica Federal e BNDES. O Fundo investe principalmente nos setores de saneamento ambiental, manejo de resíduos sólidos, desenvolvimento de novas tecnologias de prevenção e recuperação do meio ambiente, reaproveitamento de água, geração de energia renovável, redução de emissões, além de atividades que empreguem técnicas e tecnologias que privilegiem a diminuição do consumo de materiais e energia. Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/infra brasil>>. Acesso em 1º. Ago. 2012. TERRA, Ralph Lima. Palestra “Desafios Estratégicos Setoriais”, proferida em 17.08.2009 na Comissão de Infraestrutura do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/ci/ap/AP20090817_Ralph_Senado_Federal.pdf>. Acesso em 08. Ago. 2012.

³⁹² A Lei 12.431/11 foi publicada no DOU de 27.6.2011 retificada em 29.6.2011.

disso, os rendimentos obtidos pelo resgate ou amortização de quotas desses fundos distribuídos à pessoa física ficam isentos do imposto sobre a renda na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas.

Objetivando estimular a emissão de debêntures de infraestrutura, o BNDES adotou algumas medidas. Foram estipuladas regras para que o Banco pudesse adquirir até 30% (trinta por cento) da oferta de debêntures de infraestrutura emitidas pela SPE e para permitir que as debêntures possam compartilhar as garantias dadas pela SPE em operação de crédito contratada pelo Banco para o mesmo projeto.

Apesar de as debêntures da infraestrutura serem consideradas aplicações financeiras atrativas, as parcerias público-privadas contratadas até agosto de 2012 (ver seção 2 deste capítulo) não haviam captado recursos por esses instrumentos no mercado de capitais.

Outras duas medidas promovidas pelo Governo Federal podem estimular a realização de parcerias público-privadas. A primeira consiste na alteração da Lei 11.079/04, por meio da Medida Provisória nº 575 de 07.08.2012³⁹³, para permitir que União, os Estados, Distrito Federal e Municípios façam transferências de recursos para os parceiros privados no período do investimento para construírem ou adquirirem bens previstos em contrato de parceria público-privada (PPP). Anteriormente a Lei das Parcerias só permitia o repasse de recursos públicos para as PPPs, a chamada contraprestação pecuniária, após a entrada em operação do serviço estipulado no contrato de parceria. Com a alteração da Lei 11.079/04, o aporte poderá ser feito na fase dos investimentos realizados no início do projeto.³⁹⁴

Outra medida adotada pelo Governo Federal para implantar as PPPs foi a criação da Agência Brasileira Gestora de Fundos e Garantias S.A.(ABGF), pela Lei 12.712/2012. A ABGF pode participar por meio de um fundo garantidor que tem como cotista a União na cobertura de riscos de projetos de PPP federais, estaduais ou do Distrito Federal. Os estados e

³⁹³ BRASIL. Medida Provisória nº 575 de 07.08.2012. Publicada no DOU de 08.08.2012.

³⁹⁴ A Medida Provisória 575/2012 estabelece ainda que o aporte deve ser autorizado por lei específica do ente federativo e só financia os chamados bens reversíveis, aqueles que serão entregues ao poder concedente ao final do contrato de PPP. Além disso, a transferência deve ser proporcional ao andamento da obra financiada por meio da parceria (arts. 6º, §§2º e 7º, da Lei 11.079/04). A Medida Provisória definiu também o tratamento tributário da transferência de recursos. Foi incluído pela Medida Provisória o parágrafo 4º no artigo 6º da Lei 11.079/04, para estabelecer que a concessionária não precisa pagar no ato do recebimento da contraprestação pecuniária paga pelo poder público os quatro tributos que incidem sobre a operação – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento Social (Cofins) e PIS/Pasep. O recolhimento dos impostos será feito à medida que os recursos públicos são efetivamente gastos na aquisição de bens. Cabe esclarecer que a Medida Provisória não isenta o parceiro privado do recolhimento dos tributos, mas apenas posterga sua tributação para o momento em que os valores gastos com investimento serão amortizados, depreciados ou baixados.

o Distrito Federal devem oferecer ao fundo contragarantias em valor igual ou superior ao valor contratado (art.33, §7º, inc.IV e §8º da Lei 12.712/2012).³⁹⁵

Em resumo, em que pese os incentivos para a capitalização das parcerias brasileiras, esses ainda não se tornaram efetivos para realização dos investimentos. Até agosto de 2012, no país, havia pouco mais de 26 (vinte e seis) parcerias público-privadas contratadas pela administração pública federal, estadual e municipal. Esses projetos contam com uma pequena participação do mercado financeiro e de capitais privados no financiamento dos investimentos e uma concentração dos financiamentos nos bancos públicos federais.

Países como o Brasil, onde os mercados de crédito e de capitais privados são ainda pouco efetivos nos financiamentos de longo prazo, os recursos para as parcerias público-privadas ficam basicamente limitados ao autofinanciamento, à capacidade do governo de disponibilizar recursos para fundos e programas com incentivos fiscais e aos movimentos de expansão e contração da liquidez internacional, determinantes do volume de captações externas para os projetos, via instituições multilaterais de crédito.³⁹⁶

De fato, no Brasil, o crédito bancário proveniente dos bancos públicos tem muita importância no financiamento do investimento de longo prazo, em especial nas parcerias público-privadas, conforme apresenta a próxima seção.

Seção 2- Uma avaliação dos financiamentos concedidos pelas instituições financeiras federais brasileiras às parcerias público-privadas

Os próximos itens dessa seção são dedicados a apresentar os principais números das parcerias público-privadas já contratadas pela administração pública federal, estadual, distrital e municipal, realizando em seguida, análise das operações de financiamento concedidas pelas instituições financeiras federais, CEF, BNB e BNDES.

Ao final da seção, no item 2.5, apresenta-se uma discussão das críticas e dos aspectos positivos da forma como as parcerias público-privadas têm sido financiadas no Brasil.

³⁹⁵ Cf. art. 37 da Lei 12.712/2012. Publicado no DOU de 31.08.2012.

³⁹⁶ Para Schapiro, os países, no decorrer dos processos históricos, espelhando o nível correspondente de desenvolvimento econômico e demais vicissitudes locais, formularam diferentes modelos de governança reagindo assim cada qual à sua maneira à necessidade de oferta de crédito e de capitais em volume necessário para os investimentos de longo prazo. Para o autor, os entraves sociais e econômicos das nações em desenvolvimento reclamaram um arranjo jurídico-institucional alternativo, no qual prevalecem a poupança compulsória, os bancos estatais e a adoção de parâmetros financeiros menos estreitos capazes de contemplar as metas desenvolvimentistas estipuladas pelos planos governamentais. SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 47, 72 e 84.

2.1 As parcerias público-privadas contratadas

Até agosto de 2012, tinham sido aprovadas 26 (vinte e seis) operações de concessões no formato de parceria público-privada, sendo 18 (dezoito) no âmbito dos estados, 7 (sete) dos municípios e 1 (uma) na esfera federal. Do total das operações contratadas com a Administração Pública, 23 (vinte e três) são concessões administrativas e 3 (três) patrocinadas.

Apesar de o instrumento das parcerias público-privadas estar em vigor desde 2004, a maioria das concessões aprovadas foi realizada a partir de 2010, o que pode sinalizar que o instrumento das PPPs somente recentemente foi compreendido, aceito e implementado pela Administração Pública e pelo setor privado.

Além disso, estavam em andamento, até agosto de 2012, 58 (cinquenta e oito) projetos estaduais com Procedimentos de Manifestação de Interesse-PMI. Verifica-se que os Estados estão consultando o setor privado sobre projetos que devem ser executados sob o formato de PPPs para obter estudos de viabilidade, levantamentos, investigações e dados sobre o setor. Desses 58 (cinquenta e oito) PMIs, a maior parte – 53 (cinquenta e três) –, começou a ser realizada a partir de 2010, o que pode demonstrar que o instituto poderá ter, nos próximos anos, uma maior aplicação.³⁹⁷

³⁹⁷ PPP BRASIL. Relatório sobre Procedimentos de Manifestação de Interesse nos Estados. PPP Brasil. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/noticias>>. Acesso em 01. Set. 2012.

O Quadro 1, a seguir, retrata a situação das parcerias público-privadas já contratadas com a Administração Pública, no Brasil, até agosto de 2012.³⁹⁸

QUADRO 1:
Operações de PPP contratadas com a Administração Pública

PPP Federal	Modalidade	Ano da contratação	Prazo do contrato (anos)
Consórcio Datacenter (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal)	Administrativa	2010	15
PPPs Estaduais			
Estádio Fonte Nova (Pernambuco)	Administrativa	2010	35
Hospital do Subúrbio (Salvador)	Administrativa	2010	10
Sistema de disposição oceânica do Jaguaribe (Bahia)	Administrativa	2006	18
Rodovia MG 050 (Minas Gerais)	Patrocinada	2007	25
Complexo Penal de Minas Gerais	Administrativa	2009	27
Unidade de Atendimento Integrado (Minas Gerais)	Administrativa	2010	20
Estádio do Mineirão (Minas Gerais)	Administrativa	2010	27
Ponte de Acesso e Sistema Viário da Praia do Paiva (Pernambuco)	Patrocinada	2006	33
Arena Multiuso da Copa 2014 (Pernambuco)	Administrativa	2010	33
Centro Integrado de Ressocialização de Itaquitinga (Pernambuco)	Administrativa	2009	33
Conjunto Habitacional Mangueiral (Distrito Federal)	Administrativa	2009	15
Centro Administrativo do Distrito Federal	Administrativa	2009	22
Estádio das Dunas - Novo Machadão (Rio Grande do Norte)	Administrativa	2011	20
Linha 4 do Metrô (São Paulo)	Patrocinada	2006	32
Trens da Linha 8 Diamante da CPTM (São Paulo)	Administrativa	2010	20
Sistema produtor de Água do Alto Tietê (São Paulo)	Administrativa	2008	15
Estádio do Castelão (Ceará)	Administrativa	2010	8
Sistema Produtor de Água do Agreste (Alagoas)	Administrativa	2012	30
PPPs Municipais			
Limpeza Urbana de São Carlos (SP)	Administrativa	2010	20
Sistema de Esgotamento Sanitário de Rio das Ostras (RJ)	Administrativa	2007	15
Hospital Metropolitano de Belo Horizonte (MG)	Administrativa	2011	20
Esgotamento Sanitário de Rio Claro (SP)	Administrativa	2007	30
Porto Maravilha (RJ)	Administrativa	2010	15
Parque Olímpico (RJ)	Administrativa	2012	15
Sistema de Esgotamento Sanitário de Guaratinguetá (SP)	Administrativa	2012	30

Fontes: Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/>>. Acesso em 10. Ago. 2012; Disponível em: <<http://www.portomaravilha.com.br>>. Acesso em 10. Ago. 2012; Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/relat%C3%B3rio-sobre-ppps-estaduais>>. Acesso em 10. Ago. 2012; Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/projetos/projetos.html>>. Acesso em 10. Ago. 2012; Disponível em: <<http://www.azedosette.com.br/ppp/projetos>>. Acesso em 10. Ago. 2012; Disponível em: <<http://www.cabambiental.com.br/Operacoes>>. Acesso em 10. Ago. 2012.

Das 26 (vinte e seis) parcerias contratadas, a maior parte, dezessete, já foi apoiada financeiramente por bancos públicos federais, sendo que para três houve também apoio técnico (conforme é abordado adiante). Além dessas, outras quatro parcerias já contratadas pela Administração Pública estão com pedidos de financiamento sendo analisados pelos bancos públicos federais.

³⁹⁸ O número de operações contratadas no âmbito dos municípios inseridas no quadro não é fechado, podendo haver outras parcerias firmadas, cuja detecção não foi possível devido à dispersão das informações.

Outras duas PPPs tiveram fontes de recursos que não as provenientes dos bancos públicos federais, são elas: 1) Hospital do Subúrbio em Salvador, concessão administrativa que objetiva a gestão e a operação de uma unidade hospitalar, cuja SPE, Prodal Saúde S.A., foi apoiada pelo Banco de Desenvolvimento da Bahia-DESENBAHIA ; 2) a Linha 4 do metrô de São Paulo, concessão patrocinada destinada à exploração dos serviços de transporte de passageiros da cidade de São Paulo, cuja SPE Via Quatro S.A foi apoiada pelo banco Interamericano de Desenvolvimento.³⁹⁹

As concessões já contratadas referem-se a projetos localizados em diferentes setores da infraestrutura, sendo que o setor mais representativo que recebeu apoio financeiro dos bancos federais é o da construção e reforma dos estádios de futebol que serão utilizados na Copa de 2014 com cinco contratos de financiamento, conforme mostram os quadros a seguir.

2.2 O apoio do Banco do Nordeste – BNB às parcerias público-privadas

O Banco do Nordeste - BNB fornece apoio às parcerias público-privadas na área de sua atuação, ou seja, nos estados do Nordeste, norte do Espírito Santo e de Minas Gerais. O Banco possui duas modalidades de apoio às PPPs: o apoio técnico à Administração Pública para estruturação de parcerias e financiamentos às SPEs - vencedoras dos certames licitatórios nos estados e municípios de sua área de atuação.⁴⁰⁰

As atividades de apoio à estruturação das parcerias público-privadas têm sido realizadas em conjunto pelo BNB e Ministério do Planejamento, com a utilização de recursos provenientes do BID, em operações que fazem parte do Convênio de Cooperação Técnica não reembolsável, firmado entre o Brasil e aquela Instituição internacional de crédito, e do

³⁹⁹ As duas operações restantes que tiveram outras fontes de recursos que não as provenientes dos bancos públicos federais foram: 1) Hospital do Subúrbio em Salvador, a SPE foi financiada pelo Desenbahia no valor de R\$ 31.000.000,00 (trinta e um milhões de reais). Disponível em: <www.saude.ba.gov.br>. Acesso em 1º. Maio 2012; 2) Linha 4 do metro de São Paulo, a SPE foi financiada pelo BID, no valor de R\$ 368.700.000,00 (trezentos e sessenta oito milhões e setecentos mil reais) .Disponível em: <[http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/apresentacao\(3\).pdf](http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/apresentacao(3).pdf)>. Acesso em 1º. Ago. 2012. Cf. comunicado da CCR ao mercado. Disponível em: <http://www.b2i.cc/Document/1031/CCR_PR_20081007_port.pdf>. Acesso em 1º. Ago. 2012.

⁴⁰⁰ BANCO DO NORDESTE. Disponível em: <www.bnb.gov.br/ppp>. Acesso 27. Jun. 2012.

programa do Governo Federal denominado “Programa Nacional de Desenvolvimento Institucional das Parcerias Público-Privadas”.⁴⁰¹

Até agosto de 2012, o BNB havia realizado somente três operações de financiamento aos investimentos das SPEs, conforme mostra o quadro 2 a seguir:

QUADRO 2:
Operações de financiamento do BNB às PPPs

Empresa	Objetivo	Valor do Financiamento
Fonte Nova Negócios e Participações S.A.	Apoiar a concessão administrativa destinada à reconstrução e operação da Arena Fonte Nova na Bahia.	R\$ 238.500.000,00
Via Parque S.A.	Apoiar a concessão patrocinada destinada à exploração da ponte de acesso e sistema viário do destino de turismo e lazer Praia do Paiva em Pernambuco.	R\$ 75.500.000,00
SPE Reintegra Brasil S/A	Apoiar a concessão administrativa destinada à construção do Centro Integrado de Ressocialização (CIR) em Pernambuco.	R\$ 228.000.000,00

Fontes: PROGRAMA DE PPP DA BAHIA. Disponível em: <<http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp>>. Acesso em 21. Jul. 2012. PROGRAMA DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA DE PERNAMBUCO. Disponível em: <www.segov.pe.gov.br>. Acesso em 21. Jul. 2012. FARIAS, Luiz Carlos Everton de. **O papel dos agentes financiadores no apoio aos projetos de Parceria Público-Privada**. Seminário Parcerias Público-Privadas (PPP) - Estratégias para a Região Nordeste, realizado em Fortaleza-CE, em junho de 2009. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/eventos/eventos.html>>. Acesso em 21. Jul. 2012.

2.3 A Caixa Econômica Federal e suas operações de financiamento às PPPs

A Caixa Econômica Federal possui um pequeno número de operações de financiamento às parcerias público-privadas. Porém, algumas modelagens financeiras realizadas pela Instituição são diferentes das demais operações realizadas pelo BNB e BNDES.

A operação mais complexa do ponto de vista de sua estruturação fica por conta do apoio de maior valor já realizado no país com um empreendimento desenvolvido em parceria:

⁴⁰¹ BANCO DO NORDESTE. Disponível em: <www.bnb.gov.br/ppp/acoes>. Acesso em 27. Jun. 2012. No âmbito do convênio, foram realizados acordos de cooperação técnica para o desenvolvimento de PPPs com os seguintes entes: estados de Alagoas, Ceará, Piauí, Paraíba e Rio Grande do Norte; municípios de Caucaia (CE); Extremoz (RN), Maracanaú (CE); Pau dos Ferros (RN); São Gonçalo do Amarante (RN) e Barbalha (CE).

Porto Maravilha, concessão administrativa, localizada no município do Rio de Janeiro⁴⁰², que objetiva a prestação de serviços visando à revitalização, operação e manutenção de área de especial interesse urbanístico, a região do porto do Rio de Janeiro. A parceria foi firmada entre o município do Rio de Janeiro e a concessionária Porto Novo S.A., no valor de R\$ 7.600.000.000,00 (sete bilhões e seiscentos milhões de reais).

Em sua modelagem financeira, a operação urbana Porto Maravilha⁴⁰³ envolve a criação de dois fundos. O primeiro, chamado Fundo Imobiliário, tem como cotista o município do Rio de Janeiro, através da Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro - CDURP, a unidade gestora da parceria⁴⁰⁴. O segundo é o Fundo de Investimento Imobiliário Porto Maravilha.

No primeiro Fundo, a CDURP aportou, em troca de cotas, os chamados Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPACs, autorizados pela Lei Municipal nº101/99⁴⁰⁵, além dos imóveis que tenham sido adquiridos pelo município do Rio de Janeiro, na área do projeto, e integralizados como capital da CDURP.

O segundo Fundo que colocou recursos na concessionária Porto Novo S.A, o Fundo de Investimento Imobiliário Porto Maravilha adquiriu todas as cotas do Fundo Imobiliário, administrado pela Caixa Econômica Federal, com recursos do FGTS. Esses recursos

⁴⁰² O estudo não obteve acesso aos contratos de financiamento, apenas a informações sobre a modelagem financeira das operações. Por isso, informações sobre o custo financeiro e garantias não constam nessa parte do trabalho.

⁴⁰³ O Estatuto das Cidades cria as operações consorciadas urbanas que constituem o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. O Estatuto estabelece que lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas e definir um aumento do potencial de construção. Conforme art.32 do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001. Publicada no DOU de 11.7.2001).

⁴⁰⁴ A CDURP é uma sociedade de economia mista criada pela Prefeitura do Rio de Janeiro para gerir a Operação Urbana Consorciada, que tem por finalidade promover a reestruturação urbana da Área de Especial Interesse Urbanístico (AEIU) da região portuária, por meio da ampliação, articulação e requalificação dos espaços livres de uso público da região do Porto do Rio de Janeiro, visando à melhoria da qualidade de vida de seus atuais e futuros moradores, e à sustentabilidade ambiental e socioeconômica da região. Disponível em: <<http://www.portomaravilha.com.br>>. Acesso em 10. Ago. 2012.

⁴⁰⁵ Os Cepacs são títulos usados para financiar operações urbanas consorciadas que recuperam áreas degradadas das cidades, criados pelo Estatuto das Cidades (art. 28 e ss. da Lei 10.257/01). O investidor interessado compra do poder municipal o direito de construir além dos limites normais, em áreas que receberão ampliação da infraestrutura urbana. Os recursos obtidos só podem ser usados em obras específicas. A emissão de Cepacs é regulada e fiscalizada pela Comissão de Valores Mobiliários, Instrução 401 da CVM (regulamenta a emissão dos títulos, as responsabilidades pelo acompanhamento das Operações Urbanas Consorciadas e indica a forma de exercício dos direitos assegurados pelos Cepacs) e esses títulos podem ser negociados no mercado secundário. A Lei Complementar nº101/99 do Município do Rio de Janeiro (Publicado no Diário Oficial do Rio de Janeiro em 25.11.09) cria a operação consorciada do Porto Maravilha define um aumento do potencial de construção (Cepacs) para utilizá-los e vendê-los aos interessados.

aportados ao Fundo pelo FGTS serão reembolsados mediante a venda dos certificados CEPACs. A Caixa irá negociar com os investidores a permuta ou a venda dos CEPACs, de forma direta ou por leilões.⁴⁰⁶

Essa modelagem tem como característica principal garantir que as transações financeiras e imobiliárias sejam realizadas através de mecanismos de mercado, sob o controle da CVM e do Poder Público. Além disso, deve permitir ao município do Rio de Janeiro, através da CDURP, capturar boa parte da valorização imobiliária da região do Porto do Rio de Janeiro, garantindo assim o custeio do Porto Maravilha.

Na Caixa Econômica, existe, até a presente data, apenas um contrato de financiamento celebrado diretamente com uma SPE de uma parceria público-privada. Trata-se do contrato celebrado com a empresa Jaguaribe Construção e Locação S.A, vencedora da licitação da concessão administrativa destinada à realização do Sistema de Disposição Oceânica do Rio Jaguaribe, em Salvador (BA), no valor de R\$173.847.383,00 (cento e setenta três milhões, oitocentos e quarenta sete mil e trezentos e oitenta três reais) tendo como prazo total para pagamento do financiamento 206 (duzentos e seis) meses, incluindo 26 (vinte e seis) meses de carência.⁴⁰⁷

A Caixa Econômica Federal apoiou ainda, de forma indireta, outro projeto de parceria no setor imobiliário, o Conjunto Habitacional do Mangueiral no Distrito Federal. Trata-se de uma concessão administrativa do Governo do Distrito Federal, que tem por objetivo construir, operar e manter um conjunto habitacional com unidades domiciliares econômicas, incluindo a execução da infraestrutura urbana e de áreas verdes relacionadas à obra. Representa a única parceria público-privada do país no setor habitacional. Para sua viabilização, a Caixa contrata o construtor das unidades habitacionais e posteriormente as financia aos usuários que se candidataram a financiamentos pessoais pelo programa do Governo Federal “Minha Casa, Minha Vida”, que estabelece condições diferenciadas para o financiamento de moradias pela Caixa à população de baixa renda.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ PORTO MARAVILHA. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/revistas/b_p_5.pdf>. Acesso 1º. Set. 2012.

⁴⁰⁷ CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Disponível em: <www.caixa.gov.br/PPP>. Palestra proferida por Rogério de Paula Tavares- PPP em Saneamento - Experiências Recentes da Caixa em 05.11.2008 no Congresso em Celebração ao Ano Internacional do Saneamento. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/loracruz/ppp-em-saneamento-esxperincias-recentes-da-caixa-por-rogerio-tavares-caixa>>. Acesso em 27. Jun. 2012.

⁴⁰⁸ O contrato de PPP estabelece contraprestações pecuniárias e não pecuniárias por parte do Distrito Federal. A contrapartida pecuniária refere-se ao pagamento pela manutenção da infraestrutura urbana (áreas verdes, limpeza urbana e sistema viário. A contraprestação não pecuniária refere-se à cessão à SPE (Jardins Mangueiral

2.4 O BNDES e o apoio às parcerias público-privadas

Entre os bancos federais que apoiam as parcerias público-privadas no Brasil, as estatísticas disponíveis mostram que o BNDES é a instituição financeira que possui maior atuação, tanto no papel de estruturador quanto no de financiador das parcerias público-privadas.

Das dezessete parcerias que haviam conseguido apoio dos bancos federais até agosto de 2012, quinze recorreram a financiamento do BNDES. Dessas, onze já foram contratadas e quatro se encontravam em fase de análise.

Para o desempenho de suas atividades, o BNDES conta com os recursos oriundos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)⁴⁰⁹, das contribuições do PIS e do Pasep⁴¹⁰ e dos empréstimos contraídos junto ao Tesouro Nacional, além da captação externa de financiamentos, sobretudo junto às agências governamentais e instituições multilaterais de crédito, e o retorno das operações já realizadas.⁴¹¹

No início da década de 1990, o BNDES foi designado como órgão do Governo Federal responsável pelo Programa Nacional de Desestatização⁴¹². No início do Programa, sua

Empreendimentos Imobiliários S.A.), por concessão de direito real de uso, o terreno onde será realizado o projeto. Mediante a concessão de direito real de uso a Administração Pública pode ceder o uso de bens de seu domínio para o particular de forma remunerada ou gratuita por tempo certo ou indeterminado sob direito real resolúvel para o desenvolvimento e implementação de atividades sociais e econômicas que sejam relevantes ao interesse público. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Temas diversos sobre concessão real de uso celebrada por sociedade de economia mista **Revista de Direito Administrativo Econômico** nº 14. Salvador: maio/julho de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-VLADIMIR>>. Acesso em 21. Jul. 2012.

⁴⁰⁹ O Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) é um fundo de natureza fiscal, constituído da arrecadação das contribuições do PIS-PASEP, previsto pelo artigo 239 da Constituição Federal. Dos recursos totais do FAT, 40% (quarenta por cento) são destinados ao BNDES e 60% (sessenta por cento) financiam o Programa do Seguro-Desemprego.

⁴¹⁰ Respectivamente, Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público. Inicialmente, os recursos do PIS e do Pasep eram destinados ao Fundo PIS-Pasep, mas, por força de dispositivo constitucional, a arrecadação proveniente tanto do PIS quanto do Pasep passou a ser destinada ao FAT, de acordo com a Lei 7.998/1990, que regulamentou o disposto no artigo 239 da Constituição Federal de 1988, visando ao custeio do seguro-desemprego e do abono aos empregados com média de até dois salários mínimos de remuneração mensal e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico através do BNDES.

⁴¹¹ Em 2011, as captações junto ao Tesouro Nacional chegaram a R\$ R\$ 64.000.000,00(sessenta e quatro bilhões de reais) e representaram 19,2% do total da fonte de recursos do BNDES. O Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) representou apenas 4,1% do total da fonte de recursos. A principal fonte de recursos foi o retorno das operações de crédito (recebimento do serviço de crédito) que representou 75,6%. BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatorioanual2011>, pp. 10-13. BNDES. Disponível em: <www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Custos_Financeiros>. Acesso em 23. Jul. 2012.

⁴¹² O art. 17 da Lei 9.491/1997 encarregou o BNDES da gestão do Fundo Nacional de Privatização - FND. O FND é um fundo de natureza contábil, constituído mediante vinculação a este, a título de depósito, das ações ou

atuação na infraestrutura teve o objetivo de maximizar o valor dos ativos a serem vendidos. Posteriormente, o foco se alterou e as ações do Banco se concentraram no objetivo de obter maior qualidade na prestação dos serviços públicos das empresas concessionárias⁴¹³. Nessa segunda fase, a de apoio às concessionárias, iniciada depois da promulgação da Lei de Concessões, o Banco passou a utilizar a técnica de financiamento na base de *project finance*⁴¹⁴, buscando se adaptar ao tipo de demanda por financiamentos para os projetos da infraestrutura.

No financiamento às concessões, incluindo as administrativas e as patrocinadas, a atuação do Banco começa com o apoio ao poder concedente na estruturação e contratação dos projetos selecionados, por meio de trabalho conjunto, que se inicia com a formulação de estudos de viabilidade, escolha dos indicadores de desempenho e formulação das cláusulas contratuais para as concessões. Na etapa seguinte, já na fase de financiamento dos projetos das parcerias, o Banco e o poder concedente seguem conectados com a intenção de promover a efetiva realização dos objetivos da parceria.

a) O papel estruturador do BNDES nas parcerias público-privadas

A atuação direta do BNDES na estruturação de projetos das parcerias aconteceu a partir de 2006, quando foi criada uma área específica no Banco com essa competência, a Área de Estruturação de Projetos - AEP⁴¹⁵. Nessa atividade, o BNDES opera por meio de contratação direta de consultorias externas, que executam os estudos e levantamentos, ou por apoio financeiro a fundos ou empresas destinadas a realizar as atividades estruturadoras das concessões.

cotas de propriedade direta ou indireta da União emitidas por sociedades que tenham sido incluídas no Programa Nacional de Desestatização (art. 9º da Lei 9.491/97).

⁴¹³ Para aprofundar no tema, ver: VELASCO JUNIOR, Licio. Documento histórico: a privatização no Sistema BNDES. **Revista do BNDES** nº 33, junho de 2010, pp. 377-382.

⁴¹⁴ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **Aplicabilidade das técnicas de *project finance* para financiamento da infraestrutura no Brasil: caso da Implantação da Telefonia Celular Banda B de 1997 a 2001**. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE, Engenharia da Produção, 2005, p. 344.

⁴¹⁵ A criação da AEP foi um marco na atuação do BNDES, pois, pela primeira vez, foi criada uma área com competência exclusiva para cuidar da estruturação de projetos. A AEP possui a atribuição de fomentar, estruturar, coordenar e acompanhar projetos de concessão e PPPs, inovadores e considerados prioritários para o governo, atuando como mediador e articulador junto às três esferas de governo e a outras áreas do BNDES. Palestra proferida por Henrique Pinto: “Estruturação de Projetos no BNDES”, abril de 2012. Disponível em: <<http://www.sinaenco.com.br/downloads/BNDES%20AEP.pdf>>. Acesso 25. Jun. 2012.

No primeiro caso, o BNDES realiza em obediência à Lei de Licitações, procedimentos licitatórios para contratação da empresa que executará os estudos e levantamentos⁴¹⁶. Na segunda forma de atuar, o Banco aporta recursos em fundos ou empresas que têm como atividade realizar a estruturação de projetos para parcerias público-privadas. Neste caso, o BNDES usa as seguintes fontes de recursos: (1) o Fundo de Estruturação de Projetos (FEP); (2) o Programa de Fomento à Participação Privada (*Brazil PSP Development Program*); (3) a Empresa Brasileira de Projetos (EBP). Assim, a partir desses mecanismos, o Banco alavanca sua capacidade de apoio à estruturação de projetos, utilizando recursos financeiros e técnicos de instituições que podem prover soluções e assumir os riscos da atividade estruturadora.⁴¹⁷

A primeira iniciativa do BNDES, nesse sentido, foi a criação do FEP, um fundo formado com recursos dos lucros anuais do Banco, que teve como dotação inicial vinte milhões, e carregou o objetivo de financiar estudos e pesquisas técnicas de forma não reembolsável, capazes de contribuir para a geração de projetos de caráter estratégico e estruturante para a economia brasileira, em especial, projetos prioritários localizados nos segmentos da infraestrutura.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Alguns estudos foram realizados diretamente pelo Banco: 1) estudos para concessão para operação, manutenção e ampliação de capacidade da BR-040 do Distrito Federal até Juiz de Fora (MG), com 937 km, em fase de análise do TCU para atualização do estudo de tráfego; 2) concessão para operação, manutenção e ampliação de capacidade da BR-116 da divisa BA/MG até a divisa MG/RJ, com 817 km, em fase de análise do TCU para atualização do estudo de tráfego; 3) concessão do trem de alta velocidade ligando campinas ao Rio de Janeiro, leilão marcado para outubro de 2012. Palestra PPP em Infraestrutura proferida na FIESP por Roberto Zurli - Diretor do BNDES em 08.03.2012. Disponível em: <www.fiesp.com.br>. Acesso em 19. Abr. 2012. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <www.portaldatransparencia.gov.br>. Acesso em 19. Abr. 2012. EMPRESA DE TRANSPORTES FERROVIÁRIOS DE ALTA VELOCIDADE. Disponível em: <www.tavbrasil.gov.br>. Acesso 23. Jun. 2012. BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatorioanual2011>. pp. 10-13.

⁴¹⁷ BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatorioanual2011>. pp.10-13. BNDES. Disponível em: <www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Custos_Financeiros>. Acesso em 23. Jun. 2012.

⁴¹⁸ No que se refere ao apoio do FEB a estudos e pesquisas relacionados aos projetos de infraestrutura, a atuação ocorre em duas frentes: a Categoria Prospecção e a Categoria Projetos. Na Categoria Prospecção, os recursos do BNDES-FEP são destinados a realizar uma pesquisa técnica com o objetivo de produzir informações e dados necessários à orientação de políticas públicas ou à identificação de potenciais projetos que se enquadre nas finalidades do FEP. A seleção dos projetos de pesquisa é realizada através de chamadas públicas relativas aos temas definidos pelo BNDES. Desde 2008, estão sendo realizadas chamadas públicas conforme pode ser observado no site do BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Apoio_a_estudos_e_pesquisas/BNDES_FEP/prospeccao/index.html>. Nos contratos de financiamento não reembolsável da Categoria Projeto, são apoiáveis estudos técnicos que propiciem de forma direta um empreendimento. Até o primeiro semestre de 2012, a modalidade FEP- Categoria Projeto não havia sido aportada recursos para estudos e pesquisas que resultassem projetos de concessão e PPP. BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatorioanual2011>, p.41>. Acesso 24. Jun. 2012. FEP. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Apoio_a_estudos_e_pesquisas/BNDES_FEP/index.html>. Acesso em 15. Jun. 2011.

Outra importante iniciativa do BNDES para a estruturação de projetos de concessões refere-se ao Programa de Fomento à Participação Privada - PFPP. O Programa, na realidade, é um fundo contábil formado em 2007, com aporte inicial de US\$ 3.990.000,00 (três milhões, novecentos e noventa mil dólares), integralizados por meio da subsidiária do BNDES, a BNDESPAR, do Banco Mundial, através da Corporação Financeira Internacional - IFC e do BID. O PFPP deve vigorar por 10 anos e sua governança é realizada pelo IFC, o braço do grupo Banco Mundial voltado para o fomento das atividades do setor privado.⁴¹⁹

O Programa, à semelhança de outros mencionados, visa apoiar, com recursos financeiros e técnicos, a estruturação e modelagem de projetos inovadores na infraestrutura, nas modalidades de concessão⁴²⁰, em setores nos quais ainda não houve envolvimento da participação privada, e no desenvolvimento de novos ambientes institucionais e de negócios para as parcerias público-privadas.⁴²¹

⁴¹⁹ O Fundo é composto dos seguintes percentuais de participação: BNDESPAR- 49% (quarenta e nove por cento), IFC- 31% (trinta e um por cento), BID- 20% (vinte por cento). Nos termos do acordo celebrado entre BNDES, BID e IFC (*Administration Agreement of Brasil PSP Development Program*), o Fundo tem como objetivo celebrar acordos de longo prazo entre o setor público e o setor privado para realizar PPPs e concessões nas áreas de infraestrutura física (como rodovias, portos, mobilidade urbana, aeroportos, saneamento, energia elétrica) ou infraestrutura social relativa a escolas e hospitais. BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatórioanual2011>. Acesso em 24. Maio. 2012, p. 40.

⁴²⁰ A intenção principal do IFC de participar do fundo foi tentar ajudar o País a superar as dificuldades encontradas na implantação das PPPs. Segundo Maurício Portugal, que ocupou o cargo de chefe do escritório do IFC no Brasil até 2011, a implantação das PPPs no país tem tido as seguintes dificuldades: discussões ideológicas da classe política sobre o tema privatização e PPP, oposição dos sindicatos de trabalhadores, incompatibilidade entre o tempo de mandato dos governantes e o tempo de estruturação dos projetos, falta de expertise técnica do poder público para estruturar uma operação de PPP, falta de governança entre as diversas esferas de governo bem como entre os diversos órgãos de um mesmo governo, falta de desenvolvimento de projetos de forma contínua permanente e organizada. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Promises and Perils of Infrastructure Projects in Brazil*. Palestra proferida na Universidade de Toronto em 20.01.2012. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/120120-the-promises-and-of-infrastructure-in-brazil-published>>. Acesso 01. Abr. 2012.

⁴²¹ Até maio de 2012, foram concluídos os seguintes projetos relativos a concessões no âmbito do Programa de Fomento à Participação Privada: 1) Sistema Rodoviário - BA-093- concessão comum do conjunto de segmentos rodoviários (126 km) destinada a recuperar, manter e expandir a capacidade do sistema rodoviário, por um período de 25 anos, no valor total de R\$ 401.200.000,00 (quatrocentos e um milhões e duzentos mil reais); 2) Hospital do Subúrbio (Salvador) - contrato de concessão administrativa, para a gestão e operação da Unidade Hospitalar, valor total do investimento de R\$ 54.000.000,00 (cinquenta e quatro milhões de reais), prazo total de 10 anos; 3) Projeto de Irrigação do Pontal (PE) - concessão patrocinada com o objetivo de desenvolver na região do pontal a agricultura irrigada intensiva. O projeto teria sido a primeira PPP Federal do País, mas o consórcio vencedor e único participante da licitação (Tetto SPE6) não apresentou a documentação necessária. Outro formato será adotado para tentar diminuir a percepção de risco pelo parceiro privado e aumentar a atratividade do negócio. Pretende-se realizar duas licitações, sendo que a primeira terá como objeto a construção e manutenção do Pontal sob a forma de PPP patrocinada, e a segunda terá como objeto o gerenciamento da atividade agrícola sob a modalidade de concessão de direito real de uso; 4) concessão administrativa com o objetivo de construção, reforma e gestão/operação de serviços não clínicos da rede básica de saúde de Belo Horizonte (168 unidades), o edital foi publicado em 30.12.2011; 5) concessão administrativa para a construção e operação dos serviços não-pedagógicos de 32 Unidades Municipais de Educação Infantil - UMEI e de cinco Escolas de Ensino Fundamental no Estado de Minas Gerais, edital foi publicado em 28.03.2012. Palestra Licitações de PPPs e análise de *Value for Money* no Brasil, proferida por Maurício Portugal

A terceira e mais ativa iniciativa do BNDES, no apoio à estruturação de concessões e parcerias público-privadas, é a sua participação na empresa Estruturadora Brasileira de Projetos (EBP)⁴²². A EBP é uma sociedade anônima de capital fechado, que tem como objeto social a estruturação de projetos de infraestrutura, que contribuem para o desenvolvimento econômico e social do país e podem criar oportunidades de investimentos para o setor privado. Constituída em 2008, a EBP tem como sócios, além do BNDES, o Banco do Brasil e oito bancos privados (Bradesco, Itaú/ Unibanco, Santander, Citibank, Votorantim, Espírito

Ribeiro no Curso de Fundamentos das Parcerias Público-Privada, promovida pelo BNDES, IFC e Empresa Brasileira de Projetos - EBP, em novembro de 2010 em São Paulo. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br/treinamentoemPPPs>. Acesso em 30. Abr. 2012. Palestra PPP em Infraestrutura proferida na FIESP por Roberto Zurli, Diretor do BNDES em 08.03.2012. Disponível em: <www.fiesp.com.br>. Acesso em 30. Abr. 2012. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <www.portaldatransparencia.gov.br>. Acesso em 30. Abr. 2012. BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatórioanual2011>. Acesso em 24. Maio. 2012, pp. 41-42.

⁴²² A EBP possui, desde a data da criação até maio de 2012, quatorze estudos concluídos e em execução, sendo eles: 1) concessão administrativa para a operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão, contrato assinado em 21.12.2010; 2) concessão comum para a construção e operação do sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários da região AP-5 da cidade do Rio de Janeiro (21 bairros da Zona Oeste), contrato assinado em 25/01/2012; 3) concessão comum para exploração e ampliação de 476 Km da rodovia BR101, trecho Vitória-Bahia, leilão realizado em 18/01/2012; 4) concessão da operação, reforma e expansão dos Aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos, leilão foi realizado em 06.02.2012; 5) concessão comum para implantação e operação de novo Terminal Rodoviário de Belo Horizonte (embarques e desembarques intermunicipais e interestaduais), leilão realizado em 22.12.2011; 6) concessão administrativa para a construção e operacionalização do Hospital Metropolitano do Barreiro, contratado em 29.03.2012; 7) concessão comum para exploração de estacionamentos subterrâneos na região central de BH, edital está na fase de consulta pública; 8) concessão administrativa para realização de obra e gestão de sistema de recuperação energética a partir do tratamento dos resíduos sólidos urbanos, incluindo a destinação final ambientalmente adequada em São José dos Campos, o edital está na fase de consulta pública; 9) concessão administrativa para a ampliação, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário da região metropolitana da grande Vitória, o edital está na fase da consulta pública; 10) concessão comum para exploração de estacionamentos subterrâneos na região central de BH, edital está na fase de consulta pública; 11) concessão promovida pela COPASA para a construção, manutenção e operação compartilhada do Sistema de Produção de Água do Rio Manso, o edital está na fase de consulta pública; 12) circuito de compras de SP - concessão comum para a construção, manutenção e operação do *shopping* popular de compras, centro de apoio aos compradores, motoristas e guias, transporte circular de passageiros e cargas, terminal de embarque e desembarque de ônibus, estacionamento de ônibus e automóveis, hotel e torres comerciais, está em fase final de estudos; 13) concessão comum para a construção, manutenção e operação de dois estacionamentos na região central de SP, recomendações para a requalificação da política de estacionamentos na cidade de SP e concessão de dez estacionamentos adicionais; 14) concessão comum para construção de terminais de integração de ônibus em Belo Horizonte. Fontes: disponível em: <www.ebpbrasil.com.br>. Acesso em 19. Abr. 2012. Palestra de PPP em Infraestrutura proferida na FIESP por Roberto Zurli - Diretor do BNDES em 08.03.2012. Disponível em: <www.fiesp.com.br>. Acesso em 19. Abr. 2012. Palestra Licitações de PPPs e análise de *Value for Money* no Brasil, proferida por Maurício Portugal Ribeiro no Curso de Fundamentos das Parcerias Público-Privadas, promovido pelo BNDES, IFC e Empresa Brasileira de Projetos- EBP, em novembro de 2010 em São Paulo. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br/treinamentoemPPPs>. Acesso em 19. Abr. 2012. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <www.portaldatransparencia.gov.br>. Acesso em 19. Abr. 2012. BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatórioanual2011>. Acesso em 24. Maio. 2012, p. 41-42.

Santo, Citibank e HSBC). As participações no capital da empresa EBP são idênticas, devendo ser mantidas durante todo o tempo de duração da sociedade.⁴²³

A partir das demandas do setor público, dos três níveis de governo, a EBP analisa as solicitações de apoio à estruturação de projetos e identifica aquelas que atendem ao interesse da política pública e que, ao mesmo tempo, sejam atrativas aos investidores privados. Além disso, a EBP possui acordo de cooperação técnica com o BNDES, destinado à estruturação de projetos de infraestrutura, nos quais o Banco se compromete a contribuir tecnicamente e a supervisionar a elaboração dos estudos⁴²⁴. Por sua condição de empresa pública, o BNDES é a única instituição financeira sócia da EBP, que tem acesso aos estudos durante a realização desses.⁴²⁵

Tanto a EBP quanto o Programa de Fomento à Participação Privada-PFPP suportam os riscos de os projetos não serem executados, seja por descontinuidade da política de governo, seja por fracasso ou paralisação do certame licitatório por problemas jurídicos (as causas podem ser requisitos faltantes nas propostas, intervenções realizadas pelo Ministério Público e Tribunal de Contas, dentre outras). Como a EBP e o PFPP trabalham com recursos provenientes do reembolso dos estudos e pesquisas realizadas pelos licitantes vencedores dos

⁴²³ Cf. ESTATUTO DA EBP. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br/quemsomos/estatuto>. Acesso em 20. Abr. 2012.

⁴²⁴ No convênio celebrado entre a EBP e o BNDES, extrai-se que esse se originou da confluência dos objetivos de ambas as partes: a EBP com o interesse de contar com a larga experiência do BNDES em projetos de longo prazo, no setor de infraestrutura, e o Banco, por sua vez, com o interesse de contribuir para a estruturação de projetos financiáveis e relevantes para o crescimento sustentado de longo prazo do Brasil. Além disso, o convênio transparece que a intenção da EBP de ter, ao lado de grupos privados, como sócio o BNDES foi a de garantir a imparcialidade na estruturação dos projetos e afastar qualquer preocupação quanto a assimetrias de informação na elaboração desses. Nesse sentido, o Banco por meio do seu representante, preside o Conselho de Administração da EBP promovendo o alinhamento dos estudos com as diretrizes e políticas públicas setoriais, devendo zelar pela imparcialidade e qualidade das condições de concorrência para a licitação dos projetos. Convênio de Cooperação Técnica do BNDES com a EBP. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br>. Acesso em 25. Jun. 2012.

⁴²⁵ Com a intenção de garantir a imparcialidade e transparência aos seus atos e garantir um padrão de conduta que semeie segurança nos investidores e na sociedade, vários cuidados foram observados tanto na constituição da empresa quanto na regulação da execução das suas atividades. A primeira medida se refere à proibição que a EBP elabore estudos ou preste qualquer tipo de assessoria técnica a concorrentes ou a potenciais concorrentes em licitações de projetos públicos de infraestrutura (art.6º, inc.IV do Estatuto Social). A EBP só poderá participar de licitações que tiverem como objeto a formulação do projeto. Não há, porém, nenhuma restrição que os bancos sócios da EBP financiem projetos elaborados pela empresa. Outra medida objetivando à transparência é a determinação estatutária que a divulgação dos estudos técnicos de projetos que possuem interesse público seja realizada imediatamente após a sua conclusão, de modo que, o público em geral, os acionistas e a Administração Pública tenham acesso à informação final ao mesmo tempo (art. 37 do estatuto social da EBP), evitando assim o acesso dos sócios da EBP a informações privilegiadas que poderiam fornecer benefícios na licitação do projeto estudado. Os sócios da EBP se comprometeram estatutariamente a uma estrutura organizacional, em que todos os representantes terão assento no Conselho de Administração, mas estarão segregados do nível operacional e da análise técnica dos projetos, tarefa exercida por um corpo técnico independente (arts. 38 e 39 do Estatuto Social da EBP). Estatuto da EBP. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br/quemsomos/estatuto>. Acesso em 20. Abr. 2012.

certames das concessões (nos termos do artigo 21 da Lei 8.987/95 e artigo 31 da Lei 9.074/95), enquanto o contrato de concessão não for celebrado, podem faltar recursos para cobrir as despesas já realizadas, ocasionando problemas de caixa para as instituições e impedindo a realização de novos estudos.

b) O papel financiador do BNDES nas parcerias público-privadas

Em sua função específica de instituição de financiamento, o BNDES concede empréstimos aos concessionários privados ou à Administração Pública envolvida diretamente na implantação de parcerias público-privadas.

A operação de financiamento do Banco às parcerias pode ser na forma direta, indireta ou mista, ou seja: 1) realizadas direta e unicamente entre o BNDES e a SPE da parceria, com o Estado, o Distrito Federal ou o Município concedente (financiamento direto); (2) apoio à SPE com o envolvimento isolado de uma ou mais instituições financeiras credenciadas do Banco (operação indireta). Nesse caso, os recursos são repassados pelo BNDES aos bancos, que os aplicam e correm o risco do crédito concedido; (3) apoio à SPE com a participação do BNDES e de diversos agentes financeiros, situação em que o Banco atua como líder da operação (financiamento misto).⁴²⁶

A experiência do BNDES na estruturação e financiamento das parcerias público-privadas ainda não é grande, havendo poucas operações contratadas (onze) e, em análise quatro até agosto de 2012. Porém, é a instituição financeira que mais tem apoiado as parcerias. Das operações já contratadas, algumas informações devem ser destacadas: 1) as dificuldades de aporte de garantias satisfatórias para a realização dos financiamentos por parte das SPEs; 2) a realização de operações financeiras unicamente a concessões administrativas; 3) somente a realização de operações de financiamento na modalidade direta às SPES e a estados e municípios, sem o apoio de instituições financeiras privadas.

⁴²⁶ Essas operações são chamadas de empréstimos sindicalizados e consistem na estruturação e distribuição de operações de crédito compartilhadas por vários bancos de credores, pulverizando o risco operacional entre os participantes, mas sem perder a interlocução única com o coordenador líder.

Os quadros 3, 4 e 5 a seguir fornecem as principais características das operações de crédito aos projetos das parcerias público-privadas contratadas pelo BNDES até agosto de 2012.⁴²⁷

QUADRO 3

Operações de financiamento do BNDES às PPPs

Contratante	Finalidade do contrato de financiamento	Valor do financiamento e prazo total*	Conta Reserva	Instrumentos de Garantias	Direito à Assunção do Controle	Previsão de obrigações especiais
CTrens Companhia de Manutenção S.A.	Aquisição de até 36(trinta e seis) trens novos para a Linha 8 da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CBTM), no âmbito da concessão administrativa celebrada com a CBTM	R\$ 946.890.000,00 179 meses	Sim	Cessão fiduciária de direitos Penhor de todas as ações da SPE Fianças das patrocinadoras da SPE Cessão de Direitos ao BNDES da fiança prestada pela Companhia Paulista de Parcerias como garantia à contraprestação da CBTM Fiança bancária	Sim	Sim
Gestores Prisionais Associados S.A-GPA	Construção e implantação de um Complexo Prisional na região metropolitana de Belo Horizonte, no âmbito da concessão administrativa celebrada com o estado de Minas Gerais	R\$ 143.798.000,00 151 meses	Sim.	Cessão fiduciária de direitos Penhor de todas as ações da SPE Fiança Bancária	Sim	Sim

* O prazo total para pagamento do empréstimo é formado pelo prazo de carência do pagamento do principal e amortização do empréstimo.

⁴²⁷ As informações dos referidos quadros provêm de contratos celebrados pelo BNDES cujas cópias foram obtidas no órgão ou através do Portal da Transparência do Governo Federal. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <<http://www.transparencia.gov.br/copa2014/>>. Acesso em 10. Jul. 2012.

QUADRO 4
Operações de financiamento do BNDES às PPPs

Contratante	Finalidade do contrato de financiamento	Valor do financiamento Prazo Total em meses	Conta Reserva	Instrumentos de Garantias	Direito à Assunção do Controle	Previsão de obrigações especiais
CAB-Sistema Produtor Alto Tietê S.A	Obras de ampliação da capacidade do Sistema Produtor de águas e esgotos do Alto Tietê-SPAT no âmbito da concessão administrativa celebrada entre a empresa e a SABESP	R\$ 275.000.000,00 180 meses	Sim	Cessão fiduciária de direitos Penhor de todas as ações da SPE Fiança da controladora da SPE Fiança Bancária	Não	Sim
Saneamento de Rio das Ostras S.A	Obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário e drenagem do Município de Rio das Ostras no âmbito da concessão administrativa celebrada com o Município	R\$ 263.155.116,00 180 meses	Sim	Cessão fiduciária de direitos Penhor de todas as ações da SPE	Não	Sim
Saneamento Rio Claro S.A	Obras de complementação, adequação e modernização do sistema de esgotamento sanitário de Rio Claro, no âmbito do contrato de concessão administrativa celebrado com o Município	R\$ 50.354.000,00 180 meses	Sim	Cessão Fiduciária de Direitos Penhor de todas as ações da SPE Cessão ao BNDES dos direitos ao Seguro Garantia às obrigações do construtor estipuladas no contrato de EPC* cessão dos direitos oriundos do contrato de EPC Fiança Bancária	Não	Sim
CAB Guaratinguetá	Destinado à otimização e ampliação do sistema de esgotamento sanitário do Município de Guaratinguetá(SP), no âmbito da concessão administrativa celebrada com o Município	R\$ 19.203.820,94 180 meses	Sim	Não foi utilizado a estruturação financeira do tipo <i>Project finance</i> Fiança Bancária	Não	Sim

*Contrato de Engenharia, Fornecimento e Construção

Alguns Estados da federação, cujas capitais serão sede da Copa do Mundo de Futebol de 2014, celebraram com a iniciativa privada contratos de parceria na modalidade de concessão administrativa. São projetos de parceria público- privada, cujo objetivo é construir e reformar as arenas esportivas onde serão realizados os jogos.

Para apoiar essas obras, o BNDES lançou o “Programa Procopa Arenas”, por meio do qual o Banco concede um financiamento limitado a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) por projeto, com prazo para pagamento em até 180 meses, já incluído o período de carência de até 36 meses.

O quadro 5, a seguir, resume os financiamentos concedidos às SPEs dos projetos de parceria relacionados às arenas da Copa de 2014 e já contratados pelo BNDES até agosto de 2012.⁴²⁸

⁴²⁸ Conforme Contratos de Financiamento disponíveis em: PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL. Disponível em: <www.transparencia.gov.br/copa2014>. Acesso em 20. Jul. 2012.

QUADRO 5:**Operações de financiamento ao Programa “Procopa Arenas”**

Contratante	Finalidade do contrato de financiamento	Valor do financiamento Prazo Total Custo do financiamento*	Conta Reserva	Instrumentos de Garantias	Direito à Assunção do Controle	Previsão de obrigações especiais
Arenas das Dunas Concessão e Eventos S.A	Destinado a apoiar os investimentos na construção da Arena das Dunas em Natal (RN), no âmbito da Concessão Administrativa celebrada com o estado do Rio Grande do Norte	R\$ 396.571.000,00 180 meses TJLP +3,44 % ao ano	Sim	Cessão Fiduciária de Direitos Penhor de todas as ações da SPE Contrato de Suporte Financeiro da Patrocinadora às obrigações assumidas pela SPE	Sim	Sim
Minas Arena – Gestão de Instalações Esportivas S.A	Destinado a apoiar a reforma e adequação do Estádio Mineirão, no âmbito da concessão administrativa celebrada com o estado de Minas Gerais	R\$ 400.000.000,00 180 meses TJLP + 2,34% a.a	Sim	Cessão Fiduciária de Direitos Penhor de todas as ações da SPE Fiança das patrocinadoras da SPE	Sim	Sim
Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S.A	Destinado à Construção da Arena Multiuso de Pernambuco no âmbito da concessão administrativa celebrada com o estado de Pernambuco	R\$ 280.000.000,00 162 meses (com cláusula de amortização obrigatória em de todo o valor do empréstimo no 1º mês da fase operacional do projeto) TJLP + 2,71% a.a	Não	Cessão Fiduciária de Direitos Penhor de Ações Cessão dos direitos oriundos do Contrato de EPC Cessão ao BNDES dos direitos ao Seguro Garantia às obrigações do construtor Contrato de Suporte Financeiro da Patrocinadora às obrigações assumidas pela SPE	Não	Sim

*TJLP +taxa de remuneração do BNDES +taxa de risco de crédito

Outra modalidade importante de apoio do BNDES aos projetos das parcerias público-privadas é o financiamento aos estados, Distrito Federal e municípios, quando as unidades da federação são concedentes de empreendimentos no formato de parcerias. O financiamento pode se destinar tanto ao pagamento da contraprestação pública devida pelo Poder Público ao concessionário, quanto para a realização de aporte ao fundo garantidor da contraprestação pública, previsto para o projeto. O apoio financeiro ao poder concedente segue o padrão do BNDES para financiamento a estados e municípios.

No âmbito do apoio ao parceiro público para a reforma e construção das arenas esportivas, foram contratadas as seguintes operações⁴²⁹ (ver quadro 6).

QUADRO 6:

Operações financeiras ao Programa “Procopa Arenas”

Contratante	Finalidade do contrato de financiamento	Valor do financiamento Prazo Total	Garantias	Obrigações Especiais
Estado do Ceará	Destinado à reforma e adequação do Complexo Arena do Castelão no município de Fortaleza	R\$ 351.545.150,00 180 meses TJLP+ 1,9 a.a	Garantia-Reserva de meios de pagamento de parcelas ou cota-parte do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal	Sim
Estado da Bahia	Destinado a viabilizar a demolição e reconstrução do Estádio Fonte Nova no âmbito da concessão administrativa celebrada entre o estado da Bahia e Fonte Nova Negócios e Participações S.A	R\$ 323.629.000,00 180 meses TJLP+1,9 a.a	Garantia Fidejussória prestada pela União	Sim
Estado de Pernambuco	Destinado a viabilizar a construção da Arena Multiuso da Copa de 2014, no âmbito do contrato de concessão administrativa firmado entre o estado e Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S.A	R\$ 400.000.000,00 180 meses TJLP+1,9 a.a	Garantia-Reserva de meios de pagamento de parcelas ou cota-parte do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal	Sim

⁴²⁹ Conforme Contratos de Financiamento. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <www.transparencia.gov.br/copa2014>. Acesso em 20. Jul. 2012.

Como garantia de pagamento destes financiamentos ou de quaisquer outras obrigações decorrentes do financiamento ao Estado, é exigida a vinculação, em favor do BNDES, das parcelas do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal – FPE⁴³⁰, ocorrendo sua efetivação quando o estado autoriza o Banco do Brasil (depositário dos recursos do FPE), à conta e ordem do BNDES, a reter todas as parcelas do FPE que forem necessárias ao pagamento das obrigações vencidas.⁴³¹

Outra forma de assegurar o cumprimento das obrigações do estado financiado junto ao Banco é a garantia fidejussória da União. Neste caso, para a União prestar essa garantia, o estado deve vincular contragarantias, que em geral consistem na vinculação das transferências constitucionais de que o estado é titular, por força dos artigos 157 e 159 da Constituição Federal.⁴³²

As operações de financiamento aos estados que irão sediar a Copa de 2014 só foram possíveis após a mudança introduzida na Resolução 2.827/2001, que define regras de contingenciamento do crédito ao setor público, inclusive para estados e municípios. Segundo o artigo 9º Q, introduzido na referida Resolução, o BNDES está autorizado a contratar novas operações de crédito até 31.12.2012, no valor de até R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) por estádio, unicamente para os projetos destinados à construção e reforma dos estádios de futebol que sediarão jogos da Copa do Mundo de Futebol de 2014.⁴³³

O custo dos financiamentos concedidos pelo BNDES aos projetos das parcerias público-privadas, aplicáveis tanto aos financiamentos realizados às SPEs quanto aos estados e municípios, é em geral composto pela taxa de juros de longo prazo da economia – TJLP mais

⁴³⁰ O Fundo de Participação dos Estados é formado pelo produto da arrecadação dos impostos de renda e sobre produtos industrializados conforme dispõe o art.159, inc.I, letra “a” da Constituição Federal: “a União entregará do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.”

⁴³¹ A contratação é precedida de lei estadual autorizando a operação de crédito.

⁴³² O oferecimento de garantia por parte da União está sujeito aos limites e regras estabelecidas pelas Resoluções do Senado Federal nº43/2001(Publicada no DOU de 26.12.2001) e nº 48/2007(Publicada no DOU de 24.12.2007) e pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº101/00).

⁴³³ A Resolução nº 2.827 de 30.03.2001 do Conselho Monetário Nacional (consolida e define as regras para o contingenciamento do setor público) foi modificada pela Resolução nº 3.801, de 28.10.2009, que incluiu o art.9º Q., o qual dispõe: “fica autorizada a contratação de novas operações de crédito, até 31 de dezembro de 2012, no valor de até R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) por estádio, destinados a construção e reforma dos estádios de futebol que sediarão jogos da COPA 2014, por meio de linha de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)”.

a remuneração do BNDES destinada a cobrir seus custos administrativos e a taxa de risco de crédito específica para cada projeto, uma taxa variável conforme o tomador do crédito.⁴³⁴

Sendo assim, na prática, os custos do financiamento aos diferentes setores e projetos variam para cada operação, tendo em vista a especificidade de cada projeto, o setor em que está inserido, sua localização geográfica e o risco do tomador do crédito.⁴³⁵

A maioria dos financiamentos concedidos às SPEs das parcerias são realizados na modelagem de *project finance*, sendo que as garantias aos financiamentos, como regra, não ficam baseadas somente nas receitas futuras da concessionária. Em geral, são exigidas garantias adicionais, como o penhor das ações da SPE, a fiança solidária dos controladores da SPE e a fiança bancária, dentre outras.

Em função de suas especificidades e a necessidade de regulá-las minuciosamente, essas garantias são previstas não só no contrato de financiamento como também em contratos próprios (conforme o tipo de garantia estabelecida), que constituem parte integrante do contrato celebrado entre a beneficiária e o BNDES. Além das garantias, são exigidos seguros pelo BNDES a fim de estabelecer o pagamento de uma indenização em função de potenciais prejuízos decorrentes de riscos das parcerias.

A primeira garantia dos contratos de financiamento a ser examinada é a cessão fiduciária dos direitos emergentes das parcerias. Essa garantia está sempre presente nos contratos de financiamento às SPEs.

A cessão ao BNDES abrange: 1) direito ao recebimento da integralidade da contraprestação do poder concedente que a tomadora dos recursos faz jus proveniente do

⁴³⁴ A Taxa de Juros de Longo Prazo- TJLP é o custo básico dos financiamentos concedidos pelo BNDES e se destina a remunerar os recursos do Fundo de Participação PIS-PASEP e do Fundo de Amparo ao Trabalhador, que são repassados ao BNDES, ou por ele administrados e destinados a financiamentos contratados. A TJLP tem período de vigência de um trimestre-calendário, é calculada de acordo com os seguintes parâmetros: I - meta de inflação calculada *pro rata* para os doze meses seguintes ao primeiro mês de vigência da taxa, inclusive, baseada nas metas anuais fixadas pelo Conselho Monetário Nacional; II - prêmio de risco. Essa Taxa é fixada pelo Conselho Monetário Nacional e divulgada até o último dia útil do trimestre imediatamente anterior ao de sua vigência. A remuneração do BNDES varia em função das prioridades para atuação do banco e se destina a remunerar a sua atividade operacional. A taxa de risco de crédito varia em função do risco de crédito do tomador do financiamento. Para que se determine a taxa do risco de crédito, é realizada a análise cadastral e o histórico de crédito do tomador de recursos e do grupo econômico a que pertença. BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Custos_Financeiros/Taxa_de_Juros_de_Longo_Prazo_TJLP>. Acesso em 21. Jul. 2012.

⁴³⁵ Conforme definido nas regras estabelecidas para as linhas do BNDES-FINEM que financiam empreendimentos de valor igual ou superior a R\$ 10 milhões, realizado diretamente pelo BNDES ou por meio das instituições financeiras credenciadas. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/FINEM/linhas_finem.htm>. Acesso em 15. Ago. 2012.

contrato da parceria; 2) direito de receber todos e quaisquer valores que sejam ou venham a se tornar exigíveis e pendentes de pagamento pelo poder concedente, por exemplo, créditos futuros (também conhecidos por créditos não performados, porque dependentes de futura prestação de serviço por parte da concessionária); 3) indenizações cabíveis que forem devidas à SPE, na hipótese de extinção do contrato da parceria, como direitos corpóreos ou incorpóreos que possam ser objeto de cessão, decorrentes do contrato da parceria, e direitos de crédito e execução da garantia juntos aos fundos garantidores.

A cessão de direitos é formalizada por meio do contrato de cessão fiduciária na qual são partes a SPE, o banco depositário dos valores cedidos e o BNDES. Esse contrato é parte integrante do contrato de financiamento.⁴³⁶

A cessão fiduciária de parcela de seus créditos operacionais futuros nas concessões é disciplinada pelo artigo 28-A da Lei das Concessões, que por força do artigo 3º da Lei das PPPs se aplica às concessões patrocinadas e administrativas. Nos termos do artigo 28-A, a cessão fiduciária só pode ocorrer para garantir contratos de mútuo de longo prazo, destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão.⁴³⁷

O artigo 28-A foi acrescentado à Lei das Concessões em 2005, por meio da Lei 11.196/05, com o objetivo de facilitar o financiamento de projetos da infraestrutura com o aumento da segurança na realização da cessão fiduciária. O acréscimo realizado na Lei de Concessões não introduziu grande inovação, limitando-se a ratificar modalidade de garantia que já era admitida em outras leis (arts. 18 a 20 da Lei 9.514/97 e art.66-B, § 3º, da Lei

⁴³⁶ No mesmo contrato de cessão fiduciária, é nomeado o banco depositário, que é responsável por reter em conta especial, denominada de conta vinculada, os valores para pagamento dos recursos recebidos do BNDES. Para isso, o banco depositário possui a movimentação exclusiva dos recursos da conta. São também estabelecidas no contrato as condições de transferência dos recursos da conta vinculada, após a retenção dos valores devidos ao BNDES, para a conta de livre movimentação pela SPE e as obrigações da instituição financeira de prestar informações sobre a situação das contas correntes, quando solicitadas pelos credores. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **Aplicabilidade das técnicas de Project finance para financiamento da infraestrutura no Brasil: caso da implantação da telefonia celular banda B de 1997 a 2001**. Tese de doutorado, Rio de Janeiro, COPPE/UFRJ, Engenharia da Produção, 2005, p.87.

⁴³⁷ O importante é que os recursos mutuados não sirvam a propósito estranho à concessão, como seria o caso de empréstimos garantidos pela concessionária em favor de empresas afiliadas. Tal vedação é consistente com os princípios que regem a concessão de serviço público e que zelam pela saúde financeira da concessionária, pela adequação do serviço e pela modicidade tarifária. Se a concessionária pudesse contrair financiamentos e prestar garantias em favor de pessoas e negócios estranhos à concessão, os objetivos pretendidos pelo poder concedente poderiam ser ameaçados. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

4.728/65)⁴³⁸, disciplinando-a no contexto específico das concessões e estabelecendo as condições para a validade da cessão de recebíveis.⁴³⁹

Para ter eficácia, a cessão fiduciária de direitos deve ser formalmente notificada ao poder concedente (art.28-A, inc.II, da Lei nº 8.987/95). Além disso, a parte comprometida com a cessão não pode exceder os recursos necessários à continuidade dos serviços.⁴⁴⁰

Nos contratos de financiamento às parcerias público-privadas, o BNDES ainda se utiliza da faculdade permitida no art.28-A, inc.IV, da Lei de Concessões, ou seja, nomeia a SPE como representante para o fim específico de receber a receita cedida e os demais créditos decorrentes dos direitos cedidos e deposita-os na conta vinculada.

Como suporte à garantia de recebíveis é constituída uma conta reserva, formando um “colchão de liquidez” para o caso de as receitas da conta vinculada não serem suficientes para liquidação do serviço da dívida financeira com os bancos credores⁴⁴¹. Normalmente, a conta reserva é formada do montante equivalente de três prestações de amortização do principal e juros da dívida.

Em alguns contratos de financiamento, quando a parte da construção possui valor elevado, a SPE da Parceria também cede ao BNDES os direitos creditórios oriundos do Contrato de Empreitada Global, mais conhecido como contrato de EPC (Contrato de Engenharia, Fornecimento e Construção).

⁴³⁸ Antes da alteração da Lei das Concessões, outros dispositivos legais tratavam da cessão fiduciária de direitos. Esses dispositivos eram usados para os contratos de financiamento às concessionárias, porém só com a alteração da lei se criaram regras específicas para a utilização da cessão fiduciária nas concessões. São os seguintes: arts. 18 a 20 da Lei 9.514/97 (Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências, publicada no DOU de 21/11/1997) e art.66-B, § 3º, da Lei 4.728/65 (Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, publicada no DOU de 16.7.65 e retificado em 16.8.1965).

⁴³⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 143-144. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

⁴⁴⁰ Considerando a regra geral de que a garantia não pode comprometer a continuidade do serviço público, Alexandre Aragão entende que a parcela passível de ser comprometida no âmbito de cessão fiduciária em garantia deve ser aquela que sobeje os recursos necessários para manter a continuidade do serviço, vale dizer, os recursos necessários ao pagamento das despesas de operação e manutenção, incluindo folha de salários, tributos, insumos, dentre outras. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 587.

⁴⁴¹ Essa conta é chamada de conta reserva ou “colchão” e, em geral, deve ser mantida pelo devedor durante todo o prazo do contrato de financiamento, para pagamento de parcelas do principal e os respectivos encargos financeiros. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **Aplicabilidade das técnicas de Project finance para financiamento da infraestrutura no Brasil: caso da Implantação da Telefonia Celular Banda B de 1997 a 2001**. Tese de doutorado, Rio de Janeiro, COPPE/UFRJ, Engenharia da Produção, 2005, p. 137.

O EPC é um contrato de construção de obras de grande porte, pelo qual o empreiteiro assume responsabilidade integral pelo projeto da obra, pelos serviços de engenharia e administração, pela construção civil e por tudo mais que seja necessário à conclusão e entrega da obra. A vantagem dos contratos de EPC é a alocação de uma série de riscos ao empreiteiro que de outra forma seriam incorridos pela SPE da parceria.⁴⁴²

Atrelado ao contrato de EPC, usualmente é contratado um seguro, por meio do qual a entidade seguradora garante indenização até o valor assumido na apólice pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações assumidas pelo empreiteiro. Na apólice, deve constar a obrigação que qualquer indenização devida em decorrência do contrato de seguro deve ser paga ao BNDES.⁴⁴³

Há também a cessão ao BNDES de outros direitos creditórios que venham a se tornar exigíveis e pendentes de pagamento à SPE, em decorrência de outros contratos como, por exemplo, o contrato de fornecimento de bens e o de prestação de serviços de assistência técnica.⁴⁴⁴

Outra garantia sempre presente nos contratos de financiamento das PPPs é o penhor das ações da SPE ao BNDES. Comparecem como intervenientes, no contrato de financiamento, os acionistas que se obrigam a empenhar a integralidade das ações da SPE, nos termos estipulados no contrato de penhor de ações, que é parte integrante do contrato de financiamento. O contrato de penhor de ações inclui também o direito a todos os dividendos, juros sobre capital próprio, bonificações e quaisquer outros frutos e direitos econômicos derivados das ações empenhadas.⁴⁴⁵

⁴⁴² PINTO, José Emílio Nunes. **O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em 27. Jul. 2012.

⁴⁴³ Essa obrigação visa a resguardar o BNDES do risco que ocorre durante a fase de implantação da infraestrutura necessária para a prestação dos serviços já que até esse momento não há receita operacional, mas tão somente custos e despesas. RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 139-140.

⁴⁴⁴ Em certas circunstâncias, não é possível encontrar uma empresa que aceite, sozinha, por um preço competitivo, assumir integral e globalmente todas as responsabilidades de um contrato de EPC. Para atender a essas demandas, são celebrados outros contratos como: contratos de fornecimento de bens e de prestação de serviços de assistência técnica. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 336-339.

⁴⁴⁵ São cedidas também ao BNDES as debêntures conversíveis, partes beneficiárias ou outros valores mobiliários conversíveis em ações, além de direitos de preferência e opções que venham a ser subscritos ou adquiridos pelos acionistas. As acionistas da SPE se obrigam também a empenhar a favor do BNDES todas as novas ações que venham a adquirir no futuro durante a vigência do contrato. Essas ações futuras poderão ser adquiridas por força

Como o penhor de ações não impede o acionista de exercer o direito de voto, o BNDES estabelece o direito de veto em relação à deliberação dos acionistas, em determinadas matérias listadas no contrato de financiamento.⁴⁴⁶

Em alguns contratos, conforme se observa nos quadros apresentados, o BNDES exige fiança dos sócios da sociedade da parceria ou de uma empresa, em geral a controladora do grupo econômico a que pertence a SPE da parceria ou ainda fiança bancária. A fiança pode ser exigida de só um dos sócios ou de todos que fazem parte da SPE. Porém, em todos os casos, o BNDES exige renúncia pelo fiador de todos os benefícios e exceções, como a exoneração da fiança em caso de novação ou moratória da obrigação afiançada e ao benefício de ordem previsto no art. 827 do Código Civil.^{447/448}

Outra forma de garantir as obrigações assumidas pela SPE, no contrato de financiamento, é o Contrato de Suporte da Patrocinadora. Nesse contrato, a patrocinadora se obriga a aportar recursos à SPE de forma a provê-la em caso de qualquer insuficiência desses no decorrer da execução do contrato da parceria, acréscimos no orçamento global do projeto ou ainda qualquer problema com a fonte de recursos da PPP.⁴⁴⁹

de emissão, desmembramentos, grupamentos de ações, consolidação, fusão, permuta de ações, divisão de ações, reorganização societária que substituam ou não as ações originalmente empenhadas.

⁴⁴⁶ O fundamento legal do direito de veto sobre certas matérias é o art. 113 da Lei de S.A, que estabelece que “o penhor da ação não impede o acionista de exercer o direito de voto; será lícito, todavia, estabelecer, no contrato, que o acionista não poderá, sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações.” O BNDES exige o seu prévio consentimento para os acionistas deliberarem sobre mudança de objeto social, reestruturação societária, fusão, incorporação, cisão ou dissolução da SPE, dentre outras matérias.

⁴⁴⁷ Em geral, a fiança incide sobre todas as obrigações assumidas no contrato de financiamento, porém, em alguns dos contratos analisados, ela se restringiu a determinados valores ou a algumas obrigações, como normalmente acontece no caso de fianças bancárias face o seu elevado custo. O art.827 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicado no DOU de 11.1.2002) dispõe: “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”.

⁴⁴⁸ Foi verificado nos contratos analisados que a fiança bancária é exigida nos seguintes casos: liberações acima de 70 % (setenta por cento) dos valores contratados; em substituição à conta reserva, no valor de três a seis meses do serviço da dívida, ou ainda, determinado valor estipulado no contrato e definido na fase de análise da operação para a composição do conjunto de garantias.

⁴⁴⁹ O aporte de recursos pela patrocinadora pode ser realizado por meio de aumento do capital ou por adiantamento para futuro aumento de capital – AFAC ou por instrumento de dívida contratado entre as empresas do grupo econômico da patrocinadora e da SPE. Esse mútuo é contratado com cláusula de subordinação ao BNDES, isto é, assegura-se ao Banco prioridade no pagamento da dívida proveniente do contrato de financiamento celebrado entre a SPE e o BNDES. Os AFACs são os recursos recebidos pela sociedade, de seus acionistas ou quotistas, a serem utilizados com a finalidade de aumentar, futuramente, o capital social da sociedade. Os aportes realizados por AFAC não poderão ser remunerados ou corrigidos em favor dos acionistas patrocinadores e não poderão ser restituídos sem prévia e expressa anuência do BNDES. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 336.

Como regra, os contratos do BNDES estabelecem uma série de outras obrigações para a empresa beneficiária do financiamento⁴⁵⁰. Algumas dessas obrigações estão sempre presentes em razão de exigências legais, como: as licenças ambientais, a certidão negativa de débitos federais, não ter condenação por sentença transitada em julgado em razão da prática de atos que importem em trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente, e não ter, nos seus quadros, deputado federal ou senador que exerçam função remunerada ou que sejam proprietários, controladores ou diretores (art.52, inc.I e II, da Constituição Federal).

Outras obrigações exigidas da SPE se referem a aspectos, cuja presença foi considerada necessária durante o período da análise no BNDES, como nos seguintes exemplos:

- 1) a presença de indicadores de desempenho econômico-financeiro da empresa⁴⁵¹;
- 2) a exigência para que os acionistas integralizem o capital do SPE em dinheiro e com recursos próprios;
- 3) a adoção de medidas e ações destinadas a evitar ou corrigir danos ao meio ambiente que possam vir a ser causados pela SPE;
- 4) a não distribuição de quaisquer recursos aos acionistas sem prévia anuência do BNDES;
- 5) a não concessão , sem prévia anuência do BNDES, de mútuos aos seus acionistas ou qualquer outra empresa integrante do grupo econômico do qual faça parte;
- 6) a não celebração com os acionistas ou qualquer outra empresa integrante do grupo econômico do qual faça parte contratos de “*know-how*” e transferência de tecnologia;
- 7) a submissão à aprovação do BNDES de quaisquer propostas de matérias relativas à oneração de título e ações de sua propriedade ou qualquer outro ato que importe ou possa vir a

⁴⁵⁰ Essas obrigações correspondem às obrigações de fazer e de não fazer, disciplinadas pelo Código Civil. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. *Covenants: Instrumento de Garantia em Project Finance*. Rio de Janeiro: **Revista do BNDES**, v.6, nº11, p. 117-136, jun/1999. p. 132.

⁴⁵¹ São exemplos de indicadores: limitação do grau de endividamento da empresa contratada através de uma expressão financeira genérica a ser seguida e relatada a partir de dados do balanço da empresa; manutenção de capital de giro mínimo, estipulada a partir de um índice de liquidez corrente, calculado com base em valores do balanço auditado da empresa (a liquidez deve ser mantida para proteger o credor contra uma significativa expansão das responsabilidades de curto prazo ou contra uma possível diminuição do nível de negócios da empresa).

importar em modificações na atual configuração, ou mesmo que importe transferência do controle;

8) a comprovação de equipamentos que fazem parte do projeto, de um índice de nacionalização de no mínimo 60% (sessenta por cento)⁴⁵² ;

9) a não inclusão em acordo societário, estatuto ou contrato social, dispositivo que importe em restrições à sua capacidade de crescimento ou ao seu desenvolvimento tecnológico.

Conforme pode ser observado, os bancos públicos federais têm tido participação essencial no financiamento às PPPs. Nesse contexto, a próxima seção dedica a analisar as razões dessa forma de atuar dos bancos públicos federais nas parcerias.

2.5 Uma avaliação da atuação das instituições financeiras federais e seus recursos no financiamento às PPPs

Historicamente, a ausência de investidores privados atuando na infraestrutura brasileira tem sido compensada pela ação direta do estado, das empresas estatais e dos bancos públicos e seus financiamentos. Para assumirem o papel de relevo na infraestrutura, os bancos públicos contam, há muito, com um sistema de incentivos do governo, que permite que assumam uma posição de quase monopólio nos financiamentos de longo prazo na economia brasileira.⁴⁵³

A criação dos incentivos aos bancos públicos decorreu da interferência do estado na decisão voluntária de poupar pela via da tributação e destinação de parte da arrecadação para as instituições financeiras que, em grande medida, veem sustentando os investimentos de longo prazo realizados na economia.⁴⁵⁴

⁴⁵² O índice de nacionalização é o percentual que indica o nível de participação em valor e peso dos componentes nacionais na fabricação do equipamento. É regra dos contratos do BNDES a exigência que os equipamentos adquiridos com recursos do Banco possuam um índice de nacionalização de, no mínimo, 60% (sessenta por cento) em valor e peso. BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Ferramentas_e_Normas/Credenciamento_de_Equipamentos>. Acesso em 12. Ago. 2012.

⁴⁵³ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94. TORRES FILHO, Ernani Teixeira. MACAHYBA, Luiz. **O elo perdido. O mercado de títulos de dívida corporativa no Brasil: avaliações e propostas**. Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial. Junho/2012, p. 31. Disponível em: <<http://retaguarda.iedi.org.br/midias/artigos/4ff6e4934e2d3070.pdf>>. Acesso 10. Ago. 2012.

⁴⁵⁴ Para Schapiro, a criação do BNDES é exemplificativa dessa formação compulsória de poupança: desde a sua instituição, o Banco tem contato com recursos captados pela capacidade fiscal do Estado. SCHAPIRO, Mario Gomes. Op.cit., p. 72.

No Brasil, a característica do padrão de financiamento de longo prazo é determinada por um banco de grande porte, o BNDES, controlado pelo Estado e com autonomia frente ao mercado financeiro, em termos da formação da taxa de juros⁴⁵⁵, prazos e demais condições de empréstimos. O elevado porte do BNDES, no sistema financeiro brasileiro, é, em certa medida, a outra face de um mercado de crédito privado de longo prazo ainda incipiente, praticante de taxas de juros muito elevadas e empréstimos de prazos curtos e que tem, além disso, de disputar recursos em um mercado onde predominam instrumentos de captação absolutamente líquidos.⁴⁵⁶

Com efeito, o crédito bancário de longo prazo no Brasil sempre foi muito concentrado nos bancos públicos, sendo dominado pelo BNDES, que possuía em 2009, 67% (sessenta e sete por cento) de participação nesse mercado.⁴⁵⁷

Nas operações de financiamento, os bancos estatais assumem racionalidades distintas daquelas conduzidas pelas instituições financeiras privadas, tendo em vista atuarem como agentes financeiros das políticas públicas do Estado, situação em que agem na busca da promoção do desenvolvimento, atuando em suas operações financeiras com critérios diferenciados de seleção e execução.

Nessas circunstâncias, considerações de risco, custo e retorno dos financiamentos, habitualmente empregadas pelas instituições financeiras em geral são ladeadas pela verificação de mérito econômico e social, isto é, pela capacidade das operações de crédito de criarem efeitos positivos no plano de desenvolvimento do país pelos bancos públicos⁴⁵⁸. Além disso, dada a ampla atuação destes bancos na economia, as características de suas operações tendem a se generalizar como política de crédito subsidiado, de maior tolerância aos riscos dos projetos e maior propensão a experimentar novos instrumentos e procedimentos de

⁴⁵⁵ A TJLP, como mencionado, é a taxa de juros básica usada nos financiamentos do BNDES. Ela é determinada pelo Banco Central e sobre ela o BNDES adiciona outros custos até se chegar à taxa final que será paga pelo tomador do empréstimo.

⁴⁵⁶ TORRES FILHO, Ernani Teixeira. MACAHYBA, Luiz. Op.cit.

⁴⁵⁷ De 2009 até 2012, o BNDES ocupou o primeiro lugar das fontes de recursos mais utilizadas para investimento em infraestrutura pelas empresas. A segunda fonte de recursos mais utilizada pelas empresas são os capitais próprios - em geral oriundos de lucros não distribuídos. Em seguida, estão as captações externas e o mercado de capitais. TORRES FILHO, Ernani Teixeira. MACAHYBA, Luiz. **O Elo Perdido. O mercado de títulos de dívida corporativa no Brasil: avaliações e propostas.** Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial. Junho/2012, p. 19; p. 27. Disponível em: <<http://retaguarda.iedi.org.br/midias/artigos/4ff6e4934e2d3070.pdf>>. Acesso 10. Ago. 2012.

⁴⁵⁸ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia.** São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 82-83 e pp. 94-95.

contratação, como os financiamentos às parcerias público-privadas.⁴⁵⁹

Essa forma de atuar ocorre de maneira semelhante nas três instituições financeiras federais de crédito – Banco do Nordeste (BNB), Caixa Econômica Federal (CEF) e principalmente através do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) – no apoio à implantação das parcerias público-privadas, tanto na estruturação dos projetos pretendidos pela Administração Pública quanto no financiamento aos investimentos realizados pelo parceiro privado, além de apoio ao parceiro público para pagamento da contraprestação devida nos projetos e aporte ao fundo garantidor da contraprestação pública.

Para seus financiamentos, o BNDES, que tem realizado o maior número de operações financeiras às PPPs, conta com a fonte permanente de recursos do PIS/PASEP, destinados ao Fundo do Amparo ao Trabalhador – FAT, e com empréstimos frequentes do Tesouro Nacional⁴⁶⁰, além de financiamentos das instituições financeiras internacionais.

Se, por um lado, a política pública, através do BNDES e demais bancos estatais e federais, apresenta o lado positivo de viabilizar importantes projetos das parcerias público-privadas, por outro, pode despertar críticas por viabilizar empreendimentos que seriam caracterizados como parcerias “público-público”⁴⁶¹, por serem financiados majoritariamente com recursos públicos ou apenas pequena participação privada nos investimentos iniciais. Isto é, nas condições em que têm sido financiadas, as PPPs brasileiras parecem contrariar um dos objetivos da Lei 11.079/04: implantar projetos de interesse público com recursos da iniciativa privada, de modo a suprir a escassez de recursos públicos.

De fato, conforme mostram as estatísticas das operações de financiamento dos bancos públicos às parcerias contratadas no país, até agosto de 2012, a maior parte delas se tornou exequível por meio de crédito público.

⁴⁵⁹ Ibidem, pp. 82-83 e pp. 94-95.

⁴⁶⁰ No período 2009 a 2011, para fazer frente à diminuição do crédito no país em decorrência da crise de 2008, o Tesouro Nacional aumentou muito o montante dos empréstimos concedidos ao BNDES. Nesse período, os empréstimos do Tesouro ao BNDES atingiram o montante de R\$ 270.000.000.000,00 (duzentos e setenta bilhões de reais). Em 2011, os empréstimos foram responsáveis por 50% (cinquenta por cento) das fontes de recursos do BNDES. A mudança começou após 2007, naquele ano os fundos gerenciados pelo BNDES eram responsáveis por mais de dois terços das fontes de recursos do Banco. Em três anos, a participação desses fundos recuou para 28% (vinte e oito por cento). Nesse mesmo período, os empréstimos da União passaram de 6% (seis por cento) para 46% (quarenta e seis por cento) do total das fontes do Banco. Devido ao crescimento da demanda por fontes de recursos pelas empresas, os Fundos Institucionais do Banco se mostram desde 2008, insuficientes para dar conta do crescimento. BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em <www.bndes.gov.br/publicações/relatorioanual2011>, pp. 10-13. BNDES. Disponível em: <www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Custos_Financeiros>. Acesso em 23. Jun. 2012.

⁴⁶¹ Na chamada parceria público-público, quase a totalidade dos recursos são provenientes do setor público e aplicados majoritariamente por instituições financeiras oficiais de crédito, como a CEF, BNB e o BNDES.

Sobre este aspecto, cabem algumas considerações.

Primeiro, as normas bancárias vigentes para as operações das instituições oficiais de crédito em geral e as dos bancos públicos em particular não permitem, por segurança bancária⁴⁶², financiar qualquer projeto de investimento, inclusive os das parcerias público-privadas, no percentual de 100% (cem por cento) dos investimentos previstos. Na prática, o percentual máximo permitido para o financiamento aos projetos é variável e depende das características do empreendimento, do segmento da economia em que esse está inserido, e da região do país em que se localiza, mas nunca chega aos 100% (cem por cento) dos investimentos do empreendimento.

Em segundo lugar, há um percentual mínimo de recursos privados a serem aportados nas PPPs, no caso de concessões de recursos, realizadas por bancos públicos federais e demais entidades públicas. O legislador, preocupado em evitar que todo o capital a ser investido direta ou indiretamente viesse de fontes públicas⁴⁶³, inseriu na Lei das PPPs (art. 27) o limite de 70% (setenta por cento) de participação das empresas públicas e sociedades de economia mista, controladas pela União, no total dos recursos financeiros, a qualquer título, destinados aos investimentos, operações de crédito e de contribuições de capital às parcerias.⁴⁶⁴

Em terceiro, é importante lembrar que o endividamento das SPEs das parcerias público-privadas, mesmo quando se originam de créditos concedidos por instituições públicas, representam dívidas de particulares, que devem ser ressarcidas por uma empresa que é privada com pagamento de juros. O parceiro privado é quem assume os riscos do empreendimento, não servindo seu eventual insucesso para ilidir a obrigação de adimplir o empréstimo.⁴⁶⁵

⁴⁶² Segundo as normas bancárias, visando mitigar os riscos dos financiamentos e obter maior envolvimento do financiado com o projeto, é sempre recomendado praticar um percentual de envolvimento da instituição financeira com o projeto inferior a 100% (cem por cento) do investimento inicial.

⁴⁶³ RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Fundamentos econômico - jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 441.

⁴⁶⁴ Este limite, segundo a Lei, pode alcançar o percentual de 80%, caso os projetos da parceria sejam destinados a áreas em que o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH se situe abaixo da média nacional, podendo elevar-se a 80% (oitenta por cento) se os investimentos forem realizados conjuntamente por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União, ou ainda por entidades fechadas de previdência complementar. Nesse caso, o percentual de participação pode atingir o patamar de 90% (noventa por cento) do total dos recursos financeiros da parceria, desde que o empreendimento seja destinado a áreas em que o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH se situe abaixo da média nacional.

⁴⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **As parcerias público-privadas no saneamento ambiental**, pp. 298-348. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

Ademais, a atuação dos bancos públicos federais nas PPPs, em especial a do BNDES, faz parte do modelo institucional adotado pelo Estado Brasileiro para cumprir o ditame constitucional de fomento ao desenvolvimento⁴⁶⁶, estabelecido nos art. 3º, inc.II, e art. 174 da Constituição Federal⁴⁶⁷. Como se vê, através do BNDES e demais bancos públicos, o Governo Federal pratica uma política de fomento ao desenvolvimento e tenta encorajar determinados comportamentos do setor privado por meio de créditos com reduzidas taxas de juros e prazos longos, comparativamente aos praticados no mercado financeiro privado.⁴⁶⁸

O Governo Federal, por meio dos bancos públicos federais, realiza o fomento via crédito onde as operações financiadas possuem taxas de juros subsidiadas com objetivo de estimular operações de longo prazo e competitividade e corrigir as distorções econômicas existentes nos diversos setores da economia⁴⁶⁹. Na realidade, os subsídios, via crédito, com recursos públicos, estão presentes tanto nas parcerias público-privadas quanto em outras operações de financiamento das instituições bancárias oficiais. Tais subsídios, além de alcançarem grande número de setores produtivos da economia, como a agricultura, os segmentos exportadores e as indústrias nascentes, somam-se a outros promovidos por meio de políticas de isenção fiscal e subsídios diretos.

Apesar das críticas de que os subsídios do Tesouro ao BNDES causariam desequilíbrios das contas públicas e inibiriam a atuação do mercado privado, o fato é que a atuação do BNDES foi fundamental na crise como fonte de financiamento governamental doméstica em um momento de restrição da liquidez internacional.

Além disso, o custo da atuação do banco gerado para o Tesouro Nacional, devido à diferença de taxa de juros de captação e de empréstimos do banco, é muito menor do que os benefícios criados, como a maior demanda agregada, aumento da arrecadação do Estado e o aumento dos dividendos pagos pelo BNDES ao Tesouro Nacional.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 274-275.

⁴⁶⁷ O art. 3º, inc. II, da Constituição Federal, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional. Já o art.174 da Constituição estabelece que cumpre ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer a função de incentivo à atividade econômica.

⁴⁶⁸ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38.

⁴⁶⁹ Distorções provocadas pela existência de um incipiente mercado financeiro e de capitais que elevam artificialmente as taxas de juros e o custo dos financiamentos no mercado privado, distorções tributárias, inclusive sobre o custo da mão de obra, a falta de infraestrutura com o consequente aumento dos custos de transação na economia, etc.

⁴⁷⁰ LACERDA, Antonio Corrêa de. OLIVEIRA, Alexandre da Silva de. **O papel dos bancos públicos no Brasil**: uma análise da atuação do BNDES nos anos 2000. Artigo submetido ao IV Encontro Internacional de

Por fim, é importante observar que, nas parcerias público-privadas, a atuação do BNDES e dos demais bancos federais não tem sido diferente do que é praticado nas demais operações de financiamento realizadas por essas instituições aos diversos setores da economia considerados estratégicos para o desenvolvimento do país pelo Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As parcerias público-privadas surgiram no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de suplementar os recursos escassos e aumentar a eficiência governamental na realização de obras e serviços públicos, pelo aproveitamento dos capitais e da maior experiência do setor privado na condução de projetos de investimentos, sobretudo na infraestrutura.

A implantação da nova política no país tem sido marcada pela forte dependência do mercado financeiro, fato que tem transformado os financiadores das PPPs no Brasil em peça-chave para a viabilização dos projetos.

Já prevendo que os financiadores seriam a peça fundamental nas parcerias, para atraí-los, a Lei das PPPs introduziu alguns conceitos novos no linguajar jurídico brasileiro, como os mecanismos de garantia da contraprestação devida pelo parceiro público às parcerias, que poderão ser dados como garantia aos financiadores; o uso da técnica de financiamento de projetos denominada *project finance*; a regulamentação do direito de intervenção e transferência do controle da sociedade da parceria em dificuldades aos seus financiadores (o *step in rights*). Além desses, como forma de amenizar o risco jurídico, a Lei das PPPs permitiu o uso da arbitragem na solução de controvérsias entre os parceiros, o que também afeta diretamente o interesse dos financiadores dos empreendimentos já que permite a abreviação dos conflitos surgidos durante a execução dos contratos de parceria.

Apesar dos mecanismos de incentivo aos financiamentos previstos na Lei das PPPs, os parceiros privados das PPPs contam com fontes limitadas de recursos privados. Esse fato pode ter várias causas que demandam estudos aprofundados sobre o mercado de crédito do país e que fogem do escopo dessa dissertação. Porém, foram apuradas, em relação às fontes de recursos e financiamentos existentes no país para as parcerias, as conclusões que se seguem.

As principais fontes internacionais de recursos para os grandes projetos de investimento no Brasil, as agências multilaterais de crédito como o Grupo do Banco Mundial e o BID, não estão realizando operações financeiras significativas com empreendimentos de PPP. Em razão da crise econômica mundial, essas agências internacionais estão concentrando

seus esforços e recursos, principalmente, no fornecimento de apoio técnico para a estruturação de projetos de parcerias público-privadas e não para concessão de crédito ao parceiro privado.

Os bancos comerciais brasileiros também mostram resistência para financiar as parcerias, preferem concentrar os investimentos, como tradicionalmente sempre fizeram, em operações de baixo risco e elevada rentabilidade como os financiamentos de curto prazo, os empréstimos pessoais e o capital de giro das empresas. Financiamentos que apresentam as características dos projetos de PPP como elevado valor, longo prazo de maturação dos investimentos, riscos elevados e falta de garantias reais e de seguros de crédito capazes de cobrir o valor da operação de financiamento não têm despertado grande interesse nos bancos privados.

Já os recursos provenientes do mercado de capitais, por meio da emissão de valores mobiliários como títulos de dívida (debêntures) ou ações, têm tido pouca participação nas parcerias. A emissão pública de ações é apenas uma possibilidade teórica para as parcerias, pois não ocorreu nenhuma operação de lançamento de ações de uma SPE no mercado de capitais. Já as debêntures, o título de dívida mais utilizado pelas SPEs, não têm provido o montante de recursos demandado pelas parcerias.

Com o objetivo de impulsionar os investimentos privados nas PPPs, foram criadas, em 2011, com tratamento tributário diferenciado aos seus investidores, as debêntures de infraestrutura. Porém, por tratar-se de um incentivo governamental recente, as SPEs das parcerias contratadas ainda não utilizaram debêntures de infraestrutura para captar recursos no mercado de capitais.

Os fundos de pensão são outra potencial fonte de recursos para as PPPs, já que buscam aplicações de longo prazo, como é o tipo de demanda por financiamentos das parcerias público-privadas, cujo retorno é demorado. Apesar desse potencial, até o momento, a maior parte dos recursos dos fundos de pensão está dirigida para compra de ativos de renda fixa, particularmente para aplicações em imóveis e títulos da dívida pública brasileira. Porém, essa situação poderá ser alterada no futuro se as taxas de juros continuarem caindo. A concentração dos investimentos dos fundos de pensão em títulos de renda fixa, com a queda dos juros, terá que ser diversificada e provavelmente será considerada opção de investimento às parcerias.

A participação dos fundos de pensão nas PPPs ocorre principalmente através de fundos de investimento que aplicam seus recursos nas parcerias. Os investidores e instituições financeiras receberam incentivos para participarem das parcerias tais como empréstimos do Tesouro Nacional às instituições financeiras para que essas adquiram cotas de fundos de investimento e tratamento tributário diferenciado em relação aos rendimentos auferidos dos Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura por pessoas físicas ou jurídicas. Apesar desses incentivos para a participação nas PPPs, os fundos de investimento não têm fornecido o montante de recursos necessários às parcerias tendo um papel coadjuvante a outras fontes de recursos.

Em 2012, foram adotadas outras medidas que podem, no futuro, incentivar os investimentos em parcerias. A primeira medida refere-se à permissão que a Administração Pública possa realizar a contraprestação pública antes da operação do serviço. A segunda refere-se à possibilidade que a recém criada Agência Brasileira Gestora de Fundos e Garantias S.A.(ABGF) constitua um fundo garantidor que poderá cobrir os riscos dos projetos de PPP.

Apesar de todos os incentivos para a capitalização com recursos privados das parcerias brasileiras, estes ainda não produziram os efeitos pretendidos. Após oito anos de promulgação da Lei das Parcerias, há pouco mais de 26 (vinte e seis) contratadas pela Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal. Esses projetos contam com uma pequena participação do mercado financeiro e de capitais privados no financiamento dos investimentos e uma concentração de recursos que provém dos financiamentos obtidos junto aos bancos públicos federais, em especial o BNDES.

Observou-se que, na maioria das parcerias contratadas (vinte e três), foi adotada a modalidade da concessão administrativa, demonstrando que certamente esta modalidade está funcionando como um instrumento de realização de obras públicas seguidas de prestação de serviço, nas quais o risco comercial é pequeno, o regime é mais vantajoso para o contratado que o regime geral previsto na Lei 8.666/90 e há mais benefícios aos financiadores. Assim, um dos objetivos que justificaram a criação das PPPs, a alegada carência de recursos, não tem ocorrido na maioria das parcerias celebradas no país, já que é a Administração Pública que assume todos os dispêndios.

A média dos valores das parcerias contratadas é muito acima de cem milhões de reais e os prazos são bem maiores que cinco anos. A maioria dos contratos de PPP foi celebrado

após 2009, representando que, nos últimos anos, o instituto vem sendo compreendido e adotado.

Das 26 (vinte e seis) parcerias contratadas, a maior parte, dezessete, já foi apoiada financeiramente por bancos públicos federais, sendo que para três houve também apoio técnico. Das dezessete operações financeiras concedidas pelos bancos públicos federais, três foram apoiadas pela Caixa, três pelo Banco do Nordeste e a maior parte, onze, pelo BNDES. Além dessas, outras quatro parcerias já contratadas estão com pedidos de financiamento sendo analisados pelo BNDES.

O apoio do banco público federal que mais financiou as PPPs, o BNDES, pode ocorrer em duas frentes: para estruturação de projetos ao poder concedente e para financiamento tanto à SPE, quanto ao poder concedente.

O suporte à estruturação de projetos de PPP pelo BNDES é recente e começou diante da constatação que um dos maiores entraves à realização das parcerias é a dificuldade da Administração Pública de elaborar projetos e realizar as contratações.

Já quanto aos financiamentos, o BNDES, até agosto de 2012, só havia concedido empréstimos às concessões administrativas e na modalidade direta aos estados, Distrito Federal, municípios e SPEs, ou seja, sem participação de instituições financeiras privadas.

Os financiamentos concedidos pelo BNDES aos estados se destinaram às concessões administrativas, que têm como objeto a reforma e a adequação das arenas esportivas onde serão realizados os jogos da Copa do Mundo de Futebol de 2014. As garantias dadas ao BNDES nesses contratos foram: quotas-partes do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal ou garantia fiduciária da União.

A maioria dos financiamentos concedidos às SPEs das parcerias são realizados na modelagem de *project finance*. No entanto, esses financiamentos não ficaram baseados somente nas receitas futuras da concessionária. Foram exigidas várias espécies de garantia, tais como o penhor das ações da SPE, a fiança solidária dos controladores da SPE e a fiança bancária.

Apenas quatro contratos dos nove celebrados pelo BNDES previram o direito de assunção do controle da SPE, o que revela que o Banco não tem grande preocupação de inserir esse direito nos seus contratos.

De fato, no Brasil, a ausência de investidores privados atuando na infraestrutura tem sido compensada pela ação direta do estado por meio dos bancos públicos e seus financiamentos. Essas instituições financeiras contam com um sistema de incentivos do estado, promovidos via tributação e destinação a elas de parte da arrecadação que, em grande medida, vêm sustentando os investimentos de longo prazo realizados na economia. A característica principal desse padrão de financiamento brasileiro é a existência de um banco de grande porte, o BNDES, que concentra a maior parte do crédito de longo prazo no país.

O governo federal, por meio dos seus bancos públicos, realiza o fomento via crédito onde as operações financiadas possuem taxas de juros subsidiadas com objetivo de estimular as operações de longo prazo e a competitividade e de tentar corrigir as distorções econômicas existentes nos diversos setores da economia. Esse fomento ao desenvolvimento tem amparo constitucional, estabelecido nos art. 3º, inc.II, e art. 174 da Constituição Federal. Ao lado das considerações de risco, custo e retorno dos financiamentos, os bancos públicos verificam a capacidade de a operação de crédito criar efeitos positivos para o desenvolvimento do país.

Com efeito, a implantação da maior parte das parcerias público-privadas só se tornou possível por meio de crédito público, porém essa constatação não afronta um dos objetivos perquiridos pela Lei 11.079/04: implantar projetos de interesse público com recursos da iniciativa privada, de modo a suprir a escassez de recursos públicos.

Devem ser levadas em consideração não só as características peculiares do mercado financeiro brasileiro, mas também as condições pelas quais o financiamento às PPPs são concedidas: com cobrança de juros, exigência de garantias e obrigações contratuais especiais que estipulam metas financeiras a serem cumpridas pelos tomadores de crédito, ou seja, os financiamentos, apesar de realizados por bancos públicos, são feitos sob bases privadas, não podendo atingir a totalidade dos investimentos dos contratos de PPP. Além disso, a responsabilidade pelo pagamento dos financiamentos é privada, que assume os riscos do empreendimento não havendo, portanto, endividamento público.

Não se pode deixar de considerar que a atuação do BNDES e dos demais bancos públicos federais nas parcerias público-privadas não é diferente da praticada nas demais operações de financiamento realizadas por essas instituições aos setores da economia considerados estratégicos para o desenvolvimento do País.

Apesar de todos incentivos promovidos pela Lei das PPPs e outras legislações infraconstitucionais, o programa de parceria público-privada não atingiu o dinamismo esperado à época de seu lançamento, nem uma maior participação do setor privado no seu financiamento, cabendo aos bancos públicos, principalmente ao BNDES, o papel de seus principais financiadores.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ALESSI, Renato. *Le Prestazioni Administrative Rese ai Privati*. Giuffrè: Milano, 1946 *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. Compartilhamento de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas, pp. 241-268. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A indiscutível leveza do neoliberalismo no Brasil: uma avaliação econômica e política da era neoliberal. **Revista Espaço Acadêmico**, ano I, nº 10 - março/2002. Disponível em: <www.espacoacademico.com.br>. Acesso em 27. Set. 2011.

_____. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 87, agosto/2008. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/087/87pra.htm>>. Acesso em 08. Out. 2011.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2011.

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas como instrumento de uma nova governação pública**. Tese de doutorado. Universidade de Lisboa Faculdade de Direito, 2008.

AZEVEDO SETTE. Projetos de Parceria público-privada. Disponível em: <<http://www.azevedosette.com.br/ppp/projetos>>. Acesso em 10. Ago. 2012.

AZÚA, Daniel Real de. **Project Finance. Uma modalidade de financiamento internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BANCO DO NORDESTE. Disponível em: <www.bnb.gov.br/ppp/ações>. Acesso em 27. Jun. 2012.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <www.iadb.org/en/topics/public-private-partnerships/public-private-partnerships>. Acesso em 23. Jun. 2012.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Estratégia do BID com o País 2012-2014. Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/paises/brasil/estrategia-do-banco-para-o-pais>>. Acesso 23. Jun. 2012.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Informação Institucional. Disponível em: <www.iadb.org/pt/sobre-o-bid>. Acesso em 23. Jun. 2012.

_____. INFRAFUND. Disponível em: <<http://www.iadb.org/en/topics/transportation/infrafund,1635.html>>. Acesso em 12. Jun. 2011.

_____. INFRABRASIL. Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/infrabrasil>>. Acesso em 01. Ago. 2012.

BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://wbi.worldbank.org/wbi/topic/public-private-partnerships>>. Acesso em 09. Jul. 2012.

BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/HOMEPORPTUGUESE>>. Acesso em 05. Jun. 2011.

BANCO MUNDIAL. **Estratégia de Parceria com o Brasil – 2012 a 2015**. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview/EstrategiadeParceria2012-2015>>. Acesso em 09. Jul. 2012.

BANCO MUNDIAL. Relatório da conferência promovida pelo Banco Mundial denominada “Melhores práticas nos financiamentos das Parcerias Público Privadas na América Latina”, realizada nos dias 04 e 05 de maio de 2011 em Washington. Estados Unidos. Disponível em: <<http://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/ConferencereportPortuguese.pdf>>. Acesso em 04. Abr. 2012.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Desenvolvimento, estado e administração pública**. Curso de Direito Administrativo Econômico, v II. São Paulo: Malheiros, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas – comentários à Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Curitiba: Juruá, 2005.

BNDES. FINEM. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/FINEM/linhas_finem.htm>. Acesso em 15. Ago. 2012.

_____. **Custos financeiros**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Custos_Financeiros/Taxa_de_Juros_de_Longo_Prazo_TJLP>. Acesso em 21. Jul. 2012.

_____. **Fundo de estruturação de projetos-FEP**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Apoio_a_estudos_e_pesquisas/BNDES_FEP/index.html>. Acesso em 15. Jun. 2011.

_____. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Ferramentas_e_Normas/Credenciamento_de_Equipamentos>. Acesso em 12. Ago. 2012.

_____. Palestra proferida por Henrique Pinto: “Estruturação de Projetos no BNDES”, abril de 2012. Disponível em: <<http://www.sinaenco.com.br/downloads/BNDES%20AEP.pdf>>. Acesso 25. Jun. 2012.

_____. Palestra de PPP em Infraestrutura proferida na FIESP por Roberto Zurli - Diretor do BNDES em 08.03.2012. Disponível em: <www.fiesp.com.br>. Acesso em 19. Abr. 2012.

BNDES. Relatório Anual 2011. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações/relatórioanual2011>. Acesso em 24. Maio. 2012.

BOCKMAN, Egon. **Governando por contratos**. Disponível em: <www.pppbrasil.com.br/portal/artigo/governandoporcontratos>. Acesso em 19. Mar. 2012.

BONOMI, Cláudio Augusto; MALVESSE, Oscar. **Project Finance no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2002.

BORGES, Luis Xavier Ferreira e NEVES, César das. Parcerias Público-Privadas: riscos e mitigações em operações estruturadas de infraestrutura. Rio de Janeiro: **Revista do BNDES**, v. 12, n. 23, pp.73-118, jun. 2005.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier Borges e FARIA, Viviana Cardoso de Sá. *Project Finance*: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil. Rio de Janeiro: **Revista do BNDES**, v. 9, n. 18.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **Aplicabilidade das técnicas de project finance para financiamento da infraestrutura no Brasil**: caso da Implantação da Telefonia Celular Banda B de 1997 a 2001. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE, Engenharia da Produção, 2005.

_____. **Covenants**: Instrumento de Garantia em Project Finance. Rio de Janeiro: Revista do BNDES, v.6, nº11, p. 117-136, jun/1999.

BM&FBOVESPA. Renda Fixa. Fundo de Investimento em Direito Creditórios. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/renda-fixa/fidcs>>. Acesso em 01. Ago. 2012.

BRASIL, Lei 8.987/95. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Publicado no DOU de 14.2.1995 e republicado no DOU de 28.9.1998.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal e dá outras providências. Publicado no DOU de 5.6.1998.

BRASIL. Lei 10.735, de 11 de setembro de 2003. Dispõe sobre o direcionamento de depósitos à vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores e autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS. DOU de 12.09.2003.

BRASIL. Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. DOU de 31.12.2004.

BRASIL. Lei 6.404 de 15.12.1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. Publicado no DOU de 17.12.1976.

BRASIL. Lei 9.074/95. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Publicado no DOU de

8.7.1995 - Edição extra e republicada no DOU de 28.9.1998.

BRASIL. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Publicada no DOU de 5.5.2000.

BRASIL. Medida Provisória nº 575 de 07.08.2012. Publicada no DOU de 08.08.2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/projetos/projetos.html>>. Acesso em 10. Ago. 2012.

BRASIL. Portal da Transparência do Governo Federal. Contratos de Financiamento. Disponível em: <www.transparencia.gov.br/copa2014>. Acesso em 20. Jul. 2012.

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 48/2007. Publicada no DOU de 24.12.2007.

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 43/2001. Publicado no DOU de 26.12.2001.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e crise no Brasil**: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula. São Paulo, 2003.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da reforma do Estado**, v. 1. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2005.

CAB AMBIENTAL. **Informação Institucional**. Disponível em: <<http://www.cabambiental.com.br/Operacoes>>. Acesso em 10. Ago. 2012.

CALDAS, Roberto. **Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Apoio a Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <www.caixa.gov.br/PPP>.

_____. Palestra proferida por Rogério de Paula Tavares- PPP em Saneamento - Experiências Recentes da Caixa em 05.11.2008 no Congresso em Celebração ao Ano

Internacional do Saneamento. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/loracruz/ppp-em-saneamento-esxperincias-recentes-da-caixa-por-rogrio-tavares-caixa>>. Acesso em 27. Jun. 2012.

CARMONA, Alberto. **Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos: na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Fernando Froes de. **Infra-estrutura: privatização, regulação e financiamento**. Belo Horizonte: Una, 1998.

_____. **O financiamento de projetos e o project finance**. IBMEC. 2011. Texto Mimeografado.

CASSESE, Sabino. **La Arena Pública**, 2003, p. 157 *apud* OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. Trabalho apresentado no XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Manaus, 2008.

COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DO RIO DE JANEIRO-CDURP. Informação Institucional. Disponível em: <<http://www.portomaravilha.com.br>>. Acesso em 10. Ago. 2012.

CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley nº 164 del julio del 1991. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley nº 591, de 1982, del ministerio de obras publicas, y de las normas relativas a la ejecucion, reparacion, conservacion y explotacion de obras publicas fiscales por el sistema de concesion, contenidas en la ley nº 15.840 y el decreto con fuerza de ley nº 206, de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo nº 294, de 1984, del ministerio de obras publicas. Publicación 04 de setembre de 1991.*

CHILE. *Decreto Supremo MOP 900 del 31 de octubre del 1996. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del dfl mop nº164, de 1991, ley de concesiones de obras publicas. Publicación 18 del diciembre del 1996.*

CHILE. *Ley nº20.410 de 4 del diciembre del 2009. Modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica. Publicación 20 del enero de 2010.*

COMISSÃO EUROPÉIA, COM 2004/0324. Disponível em: <www.europa.eu.int/scadplus/leg/pt>. Acesso em 19. Dez. 2011.

COMMISSION ON PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS .*Building Better Partnerships*. Disponível em: <<http://www.ippr.org/publication/55/1234/building-better-partnerships>>. Acesso em: 20. Jun. 2011.

CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA DO BNDES COM A EBP. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br>. Acesso em 25. Jun. 2012.

COSTA E SILVA, Simon Riemann. **Parcerias público-privadas em Portugal** in SOUZA, Maria Campos de (coord) *Parcerias público-privadas. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias público-privadas**: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das parcerias público-privadas: PPPs**. 2. ed. Rio de Janeiro. GZ, 2010.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 391 de 16.07.2003. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. Disponível em: <www.cvm.gov.br/legislaçõeseregulamentaçõesCVM/atos>. Acesso em 27. Jun. 2012.

_____. Instrução Normativa nº 393, de 22 de julho de 2003. FIDC. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/renda-fixa/fidcs>>. Acesso em 01. Ago. 2012.

_____. Instrução Normativa nº 409 de 18 de julho de 2004. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. Disponível em: <www.cvm.gov.br/legislaçõeseregulamentaçõesCVM/atos>. Acesso em 27. Jun. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

EMPRESA BRASILEIRA ESTRUTURADORA DE PROJETOS. Estatuto da EBP. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br/quemsomos/estatuto>. Acesso em 20. Abr. 2012.

EMPRESA BRASILEIRA DE ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS. Informação Institucional. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br>. Acesso em 19. Abr. 2012.

EMPRESA DE TRANSPORTES FERROVIÁRIOS DE ALTA VELOCIDADE. Informação Institucional. Disponível em: <www.tavbrasil.gov.br>. Acesso 23. Jun. 2012.

ENEI, José Virgílio Lopes. ***Project Finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs e outras figuras afins)***. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTADO DA BAHIA. Secretaria de Saúde. Disponível em: <www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio>. Acesso em 01. Maio 2012.

ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Planejamento do Estado de São Paulo. Disponível em: <[http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/apresentacao\(3\).pdf](http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/apresentacao(3).pdf)>. Acesso em 01. Ago. 2012.

EUROPEAN COMISSION. ***Guidelines for sucessful Public-Private Partenerships. European Comission***, 2003.

FARIA, Viviana Cardoso de Sá. ***O papel do project finance no financiamento de projetos de energia elétrica: caso UHE Cana Brava***. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Programa de pós-graduação de engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003.

FARIAS, Luiz Carlos Everton de. ***O papel dos agentes financiadores no apoio aos projetos de Parceria Público-Privada***. Seminário Parcerias Público-Privadas (PPP) - Estratégias para a Região Nordeste, realizado em Fortaleza-CE, em junho de 2009. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/eventos/eventos.html>>. Acesso em 21. Jul. 2012.

FERES Marcelo Andrade. As Sociedades de Propósito Específico no Âmbito das Parcerias Público-Privadas - PPP. Algumas Observações de Direito Comercial sobre o Art. 9º da Lei 11.079/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, nº 694, 30 de maio de 2005, p.3. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em 01. Nov. 2011.

FERRAZ, Daniel Amin. **Joint venture e contratos internacionais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FERREIRA, Paulo Cesar. **Investimentos públicos e infraestrutura no Brasil**. Estudo apresentado na conferência “Restrições Macroeconômicas para a Transformação Produtiva com Equidade no Brasil”. Brasília, abril, 1995.

FINNERTY, Jonh D. **Project finance**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.

FILHO, Alberto Venâncio. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. O direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Temas diversos sobre concessão real de uso celebrada por sociedade de economia mista **Revista de Direito Administrativo Econômico** nº 14. Salvador: maio/julho de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-VLADIMIR>>. Acesso em 21. Jul. 2012.

FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil**: em busca da eficiência por meio de alocação de riscos. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

FUNDO MULTILATERAL DE INVESTIMENTO. Informação Institucional. Disponível em: <<http://www5.iadb.org/mif/acercade/QueeselfOMIN>>. Acesso em 11. Jun. 2011.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999 *apud* OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Trabalho apresentado no XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Manaus, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 32, out. 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público.** In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Parceria público - privada*. São Paulo: Malheiros, jul, 2005.

_____. **As parcerias na administração pública.** Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo, v. I, ago, 2006.

GUERRA, Luiz Antonio. **Licitação:** direito administrativo, consórcio empresarial e sociedade de propósito específico: proteção e segurança jurídica para o Poder Público, pp.10-11. Disponível em: <www.bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 21. Dez. 2011.

GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz. BATISTA, Adrian Machado. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI):** diálogos com a iniciativa privada. Apresentado no III Congresso Consad de Gestão Pública, em Brasília, 15.03.2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **As Parcerias Público-Privadas e a Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais.** In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada - em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, nº 16, Nov./Dez-2009, p.09. Bahia. Disponível em: <www.direitodoesestado.com.br>. Acesso em 20. Mar. 2012.

_____. A repartição de riscos na parceria público-privada. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, nº 24, out/dez, 2008.

HARADA, Kioshi. **Parcerias público-privadas:** inconstitucionalidade do fundo garantidor. In PAVANI, Sérgio Augusto Z. e ANDRADE, Rogério Emílio de. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: MP, 2006.

HORBACH, Carlos Bastide. **Parceria público-privada:** aspectos gerais. In: CASTRO, José Augusto Dias de. TIMM, Luciano Benetti (org). *Estudo sobre parcerias público privadas*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

HORTA, João Carlos Mascarenhas, MACIEL, Gustavo Eugênio. **Parceria Público-Privada. Guia Legal para empresários executivos e agentes de governo.** Belo Horizonte: Prax, 2003.

HORTA, João Carlos Mascarenhas. ADLER, Rafael. **A simbiose entre PPPs e fundos de investimento**. Disponível em: <www.lexuniversal.com/trabalhosacademicos>. Acesso em 28. Jun. 2012.

HUNT, E.K. **História do pensamento econômico**: uma perspectiva crítica. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Informação Institucional. Disponível em: <www.ibgc.org.br>. Acesso em 31. Jan. 2011.

INTER-AMERICAN INVESTMENT CORPORATE. Informação Institucional. Disponível em: <<http://www.iic.org/en/about-inter-american-investment-corporation>>. Acesso 23. Jun. 2012.

INTERNACIONAL FINANCE CORPORATION. Informação Institucional. Disponível em: <www.ifc.org>. Acesso 09. Jul. 2012.

INTERNACIONAL FINANCE SERVICES LONDON, 2003. *Public-Private Partnerships. Experiencies of Reino Unido for Internacional Markets*. Disponível em: <www.ifsl.org.uk>. Acesso em: 11. Maio 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 157 *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Serviço público no direito brasileiro**, pp. 375 - 407 *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, v. I, 2006.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LACERDA, Antonio Corrêa de. OLIVEIRA, Alexandre da Silva de. **O papel dos bancos públicos no Brasil**: uma análise da atuação do BNDES nos anos 2000. Artigo submetido ao IV Encontro Internacional de 2011 da Associação Keynesiana Brasileira. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/akb/encontros/2011/42.pdf>>. Acesso em 24. Ago. 2012.

LAFER, Celso. **O planejamento no Brasil**: observações sobre o Plano de Metas (1956-

1961). In BETTY MINDLIN LAFER (org.). Planejamento no Brasil, 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1975. O planejamento no Brasil - observações sobre o Plano de Metas (1956 a 1961). 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LARA RESENDE, Andre. **O Plano Real**. São Paulo: Atlas, 1999.

LESSA, Carlos. **A estratégia do desenvolvimento, 1974-1976: sonho e fracasso**. 2. ed. Campinas: UNICAMP-IE (Instituto de Economia), 1998.

LIANA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Renovar, Rio de Janeiro, nº 209, jul/set 1997.

LINDER, Stephen. VAILLANCOURT, Pauline. **Mapping the Terrain of the Public-Private Policy Partnership**. In VAILLANCOURT Roseneau, Pauline(coord.). *Public-Private Policy Partnership: Cambridge, MIT Press, 2000*.

MANTEGA, Guido. **O pensamento econômico brasileiro de 60 a 80 - anos rebeldes**. In LOUREIRO, Maria Rita (org.). 50 anos de Ciência Econômica no Brasil (1946-1996). Petrópolis: Vozes, 1997.

MARINS, Vinícius. **Parcerias público-privadas, intervencionismo consensual e análise econômica do direito: a visão do direito econômico**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **As parcerias público-privadas no saneamento ambiental**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. **Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o riscos nos contratos de delegação**. In: SOUZA, Mariana Campos de (coord.). *Parceria Público Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tributais, 2003

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As parcerias público-privadas (PPPs)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/depeso/asparceriaspublicoprivadas>>. Acesso em 10 jul. 2012.

_____. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito econômico dos contratos**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. 42.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 236, abril/jun. 2004.

_____. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O novo papel do Estado na economia. **Revista de Direito Administrativo** nº 241, julho/setembro de 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Governando por contratos**. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-governando-por-contratos>>. Acesso em 19 dez. 2011.

MOREIRA, Vital. **A tentação da Private Finance Initiative-PFI in** MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003 *apud* MARINS, Vinícius. *Parcerias público-privadas, intervencionismo consensual e análise econômica do direito: a visão do direito econômico*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

_____. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra, Almedina, 1997.

MUKAI, Toshio *et al.* **Parcerias público-privadas – comentários à Lei Federal 11.079/04, às leis estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e à lei municipal de Vitória/ES**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4.

MULLER, Pierre. *L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique*. In: **Revue française de science politique**, 50^o année, n^o 2, année 2000.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 35. CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

NIEHBR, Pedro de Menezes. **As parcerias público-privadas na perspectiva Constitucional Brasileira**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007.

NÓBREGA, Marcos. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, n^o 25, pp.45-80, abril/junho, 2009.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parcerias público-privadas. Aspectos de direito público econômico (Lei 11.079/04)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Século XXI**: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Trabalho apresentado no XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Manaus, 2008.

_____. **Parceria Público-Privada e o direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária**. **Revista de Direito Administrativo Econômico**: Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia número -3, agosto-outubro, 2005.

PAIVA, Sílvia Maria Caldeira e ROCHA, C. Alexandre A. **Parceria público-privada: o papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11.079/04**. Texto para discussão n^o 25. Brasília: maio/2005.

PASIN, Jorge Antonio Bozoti e BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **A Nova Definição de Parceria Público-Privada e sua Aplicabilidade na Gestão de Infraestrutura Pública**. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro, v.10, n^o 20, dezembro de 2003.

PPP BRASIL. **Relatório sobre Procedimentos de Manifestação de Interesse nos Estados**. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/noticias>>. Acesso em 01. Set. 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias (coordenador) e outros. **Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. **As parcerias público-privadas no direito estrangeiro e no Brasil:** instrumentos de concretização de políticas públicas e de direitos fundamentais. In PEIXINHO, Manoel Messias (coord.). *Marco regulatório das parcerias público privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

PEREIRA, Bruno. **Parcerias público-privadas:** o que o Brasil pode aprender com o Reino Unido? Disponível em: <www.pppbrasil.org.br>. Acesso em: 17. Dez. 2011.

_____. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado.** Disponível em: <www.pppbrasil.com.br/artigos>. Acesso em 25. Maio 2012.

_____.PROL, Flávio Marques. Relatório sobre Parcerias Público-Privadas Estaduais. Julho de 2011. Disponível em: <www.pppbrasil.com.br>. Acesso em 04. Abr. 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90:** lógica e mecanismos de controle. Cadernos MARE da reforma do Estado, v.1, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

_____. Gestão do setor público: estratégia e estruturação para um novo Estado. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

_____. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, vol.9, nº 3, julho-setembro/1989.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Privatização no Brasil: Por quê? Até onde? Até quando? A economia brasileira nos anos 90.** Organizadores: Giambiagi, Fábio, Moreira, Maurício Mesquita. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

PINHEIRO, Armando e GIAMBIAGI, Fábio. **A privatização no Brasil. Antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil.** In PINHEIRO, Armando Castelar e FUKASAKU, Kuchero (orgs.). *A Privatização no Brasil: o caso dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

PINTO, José Emílio Nunes. **O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em 27. Jul. 2012.

PINTO, Marcos Barbosa. A Função Econômica das PPPs. **Revista de Direito Administrativo Econômico**. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia nº 2, maio-

julho, 2005, pp.1-2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20. Fev. 2011.

_____. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro v. 13, nº 25, jun/ 2006.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL. Disponível em: <www.transparencia.gov.br/copa2014>. Acesso em 20. Jul. 2012.

PORTO MARAVILHA. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/revistas/b_p_5.pdf>. Acesso 01. Set. 2012.

PORTUGAL. Decreto-Lei 86/2003. Diário da República, 1-série-A, nº 97 de 26 de Abril de 2003.

PROGRAMA DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA DE PERNAMBUCO. Disponível em: <www.segov.pe.gov.br>. Acesso em 21. Jul. 2012.

PROGRAMA DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA BAHIA. Disponível em: <<http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp>>. Acesso em 21. Jul. 2012.

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. Hospital Metropolitano Doutor Célio de Castro. Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/>>. Acesso em 10. Ago. 2012.

PUBLIC-PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY (PPIAF). Disponível em: <<http://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/ConferencereportPortuguese.pdf>>. Acesso em 04. Abr. 2012.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Reflexões sobre o papel dos financiadores nas parcerias público-privadas (PPPs)**. In SOUZA, Mariana Campos de (coord.). *Parceria Público-Privada - Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

REINO UNIDO.HM TREASURY. *Reform of the Private finance Initiative. December 2011*. Disponível em: <www.hm-treasury.gov.uk>. Acesso em 17. Dez. 2011.

_____. *Value for Money Assessment Guidance*. Novembro de 2003, p. 11. Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_vfm_index.htm>. Acesso em 21. Nov. 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico - jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Brazilian PSP Program - a partnership between IFC, BNDES and IDB.** Disponível em: <<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/brazilian-psp-program-a-partnership-between-ifc-bndes-and-idb>>. Acesso em 23. Jun. 2012.

_____. **Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos.** São Paulo: Atlas, 2011

_____. *Promises and Perils of Infrastructure Projects in Brazil.* Palestra proferida na Universidade de Toronto em 20.01.2012. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/120120-the-promises-and-of-infrastructure-in-brazil-published>>. Acesso 01. Abr. 2012.

_____. **Licitações de PPPs e análise de Value for Money no Brasil.** Palestra proferida no Curso de Fundamentos das Parcerias Público-Privadas, promovido pelo BNDES, IFC e Empresa Brasileira de Projetos- EBP, em novembro de 2010 em São Paulo. Disponível em: <www.ebpbrasil.com.br/treinamentoemPPPs>. Acesso em 19. Abr. 2012.

SADDY, Andre. Fases evolutivas e cronologicamente distintas das formas de intervenção do Estado na economia. **Revista Fórum Administrativo de Direito Público**, ano 9, nº106, p.60-79, dezembro de 2009, Belo Horizonte.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia XXI.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda. MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

SAVOIA, José Roberto Pereira. SHINOHARA, Daniel Yoshio. **Parcerias público-privadas no Brasil.** São Paulo: Manole, 2008.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Bancos de desenvolvimento, regulação e auto-regulação:** complementaridade regulatória no mercado brasileiro de capital de riscos. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/BANCO_DE_DESENVOLVIMENTO_regulacao_autoregulacao.pdf>. Acesso em 14. Jun. 2012.

_____. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SEABRA, Isamara. **O Financiamento das Parcerias Público-Privadas**. In: FERRAZ, Daniel Amin(org.). *O Direito Empresarial como Marco Jurídico de Internacionalização das Empresas Brasileiras*. Curitiba: Editora CVR, 2012.

SEIXAS, Renato. *Project Finance* em empreendimentos de pequeno e médio porte. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Ano 10, nº 10, v. 37. Jul./Set. 2007.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **A concessão de empreendimentos e contratualização da gestão pública no Brasil**: a nova abrangência do regime de concessões no direito administrativo e o marco legal das parcerias público privadas. Dissertação de mestrado apresentada a Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2009.

SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. **Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20. Fev. 2012.

STIGUM E STIGUM. **Introdução à macroeconomia**. São Paulo: Atlas: 1978.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, Carlos Ari. VIEIRA, Oscar Vilhena (coords). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TALAMINI, Eduardo. **A arbitragem e a parceria público-privada (PPP)**. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TERRA, Ralph Lima. **Desafios estratégicos setoriais**. Palestra proferida em 17.08.2009 na Comissão de Infraestrutura do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/ci/ap/AP20090817_Ralph_Senado_Federal.pdf>. Acesso em 08. Ago. 2012.

TORRES FILHO, Ernani Teixeira. INHUDES, Adriana. SANT'ANNA, André Albuquerque. BORÇA JUNIOR, Gilberto Rodrigues. **Crise abre oportunidades para os fundos de pensão. Visão do Desenvolvimento nº68 de 03.08.2009**. Disponível em: <www.bndes.gov.br/publicações>. Acesso em 10. Ago. 2012.

TORRES FILHO, Ernani Teixeira. MACAHYBA, Luiz. **O elo perdido. O mercado de títulos de dívida corporativa no Brasil**: avaliações e propostas. Instituto de Estudos

para o Desenvolvimento Industrial. Junho/2012. Disponível em: <<http://retaguarda.iedi.org.br/midias/artigos/4ff6e4934e2d3070.pdf>>. Acesso 10. Ago. 2012.

TORRES, Rodolfo. AROEIRA, Cleverson. **O BNDES e a estruturação de projetos em infraestrutura**. In: BNDES. O BNDES em um Brasil em transição. Rio de Janeiro: BNDES, 2010. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Paginas/livro_brasil_em_transicao>. Acesso em 25. Jun. 2012.

VALLE, Vanice Lírio do. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no art.4º da Lei 11.079/04. **A&C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: ano 5, nº 19, jan/mar de 2005.

VASQUEZ, Juan Luiz Souza. **A sociedade de propósito específico na parceria público-privada**, in PEIXINHO, Manoel Messias (coordenador) e outros. Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

VELASCO JUNIOR, Licínio. Documento histórico: a privatização no Sistema BNDES. **Revista do BNDES** nº 33, junho de 2010.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

XAVIER, Bianca Ramos. **A parceria público-privada e as normas de direito financeiro**: aspectos gerais e a constitucionalidade das garantias ao investimento privado. In PEIXINHO, Manoel Messias (coord.). Marco regulatório das parcerias público privadas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.