

F.J.P. - BIBLIOTECA



70001660

NÃO DANIFIQUE ESTA ETIQUETA

ALINE HALIM SALIBA

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E RISCOS REGULATÓRIOS

MC
1660

elo Horizonte
embro de 2004

ALINE HALIM SALIBA

11C
1660

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E RISCOS REGULATÓRIOS

Monografia apresentada à Escola de Governo da Fundação João Pinheiro como requisito parcial para aprovação na disciplina Estágio II do Curso Superior de Administração – Habilitação em Administração Pública.

Orientador: Paulo de Tarso Linhares
Supervisor: Ramon Victor César

Belo Horizonte
Novembro de 2004

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO	
BIBLIOTECA	
N.º	<u>MC 1660</u>
Vol.	Ex.
Data:	<u>06 / 04 / 05</u>

Dedico este trabalho, sobretudo, a Deus, pela família que tenho; aos meus pais, sem os quais nunca teria chegado até aqui; aos meus queridos irmãos Dani e Ricardo, pela amizade e cumplicidade e aos amigos, pelos conselhos e apoio ao longo da elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto do esforço e auxílio de muitas pessoas, das quais não posso me esquecer. Dessa forma, agradeço ao meu orientador e professor Paulo de Tarso pelo apoio dado para delimitar meu tema de monografia, pela orientação e pelo que eu aprendi em suas aulas de Administração da Produção; ao meu supervisor, que passou a ser meu professor, Ramon Victor César, pelo auxílio na elaboração desta monografia e nas leituras; aos funcionários da SETOP – Secretaria de Transportes e Obras Públicas – que me acolheram e apoiaram, em especial à Neide, proporcionando-me um ambiente de trabalho agradável ao longo deste ano. Não posso deixar de agradecer ao meu irmão Ricardo, pelos conselhos e apoio para o desenvolvimento desta monografia; ao Edson, pela ajuda na reta final e à minha amiga Thaís, por seus conselhos e presteza.

“Onde há incerteza convém minimizar o risco.”

Kiriakos Vlahos

RESUMO

Este trabalho analisa os riscos regulatórios existentes nas leis que instituem as **parcerias público-privadas – PPPs** -, tanto no âmbito do estado de Minas Gerais, quanto na União, inserido no contexto de reforma do Estado, que implica as crises fiscal, de governança e de governabilidade. Para tanto, faz-se necessário, ao longo do trabalho, analisar o marco regulatório proposto por essas leis e o motivo que ensejou a adoção deste modelo de investimento com participação pública e privada. Neste ponto, a diferença entre a concessão e a delimitação dos riscos existentes no modelo de concessão são importantes aspectos para se observar o que as leis de PPP propõem como inovação institucional e de que maneira este arranjo legal reduz os riscos regulatórios, decorrentes da ação arbitrária do Estado. A partir da análise feita, conclui-se que o marco regulatório das parcerias público-privadas não é tão inovador se comparado ao modelo tradicional de concessões e, além disso, essas leis possuem muitas lacunas que podem colocar em dúvida a credibilidade do programa. Diante dos riscos, a tendência natural é que os particulares não participem de empreendimentos dessa natureza. Daí, então, aprimorar o marco regulatório das PPPs como forma de viabilizar os investimentos.

Palavras-chave: Reforma do Estado, governança, governabilidade, crise fiscal, concessões, parceria público-privada.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	8
2- CRISE E REFORMA DO ESTADO.....	11
2.1- Reforma do Estado.....	11
2.2-A crise e o ajuste fiscais.....	17
2.3- Alternativas para a solução da crise do Estado.....	20
3- CONCESSÕES E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.....	24
3.1- As concessões: Lei n.º 8987/95.....	24
3.2-Permissões.....	31
3.3- Parceria público-privada.....	32
4- NEO INSTITUCIONALISMO.....	41
5-RISCOS, CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	45
5.1-Risco e incerteza.....	47
5.1.1-Riscos exógenos.....	49
5.1.2- Riscos endógenos.....	51
5.2-Riscos em concessões.....	55
5.3 Alocação de risco em contratos de concessão.....	59
5.4- Cláusulas de proteção contra o oportunismo por parte do Estado em contratos de concessão.....	61
5.5- Riscos em parcerias público-privadas.....	62
5.6- Disposições na Lei 8666 a respeito da rescisão de contratos administrativos.....	77

6-CONFLITOS DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO E POSSIBILIDADES PARA SOLUCIONÁ-LOS.....	80
6.1- A arbitragem.....	80
7-AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	84
8- CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
9-REFERÊNCIAS.....	93
ANEXOS	
ANEXO A – Lei Estadual n.º 14.868, de 16 de Dezembro de 2003.....	98
ANEXO B – Lei Estadual n.º 14.869, de 16 de Dezembro de 2003.....	104
ANEXO C – Projeto de Lei da Câmara n.º10 (Substitutivo) de 3 de Junho de 2004.....	106

1-INTRODUÇÃO

Embora exista legislação referente aos contratos administrativos, firmados entre a Administração e os particulares, como as Leis de licitação e de concessões, este arranjo demonstrou-se insuficiente para atender às especificidades e à natureza de empreendimentos de **parceria público privada- PPP**. Logo, as Leis estaduais 14.868/2003 e 14.869/2003 e o Projeto de Lei da Câmara n.º10, Substitutivo do Projeto de Lei Federal n.º 2546/2003, foram criados para regulamentar o instrumento de PPP. Dessa forma, esta pesquisa consiste na análise desse marco regulatório proposto pelos governos estadual e federal, para que seja possível verificar se o arranjo institucional das parcerias público-privadas reduz a ocorrência risco regulatório, decorrente de comportamentos oportunistas por parte do Estado após o investimento do particular em empreendimentos nesta modalidade. Entretanto, não se pode desconsiderar que os comportamentos oportunistas sejam praticados apenas pelo Estado; os particulares, ao firmarem contratos administrativos, aproveitam-se das lacunas contratuais para extraírem rendas.

Porém, a análise das lacunas existentes nessas leis não é tarefa simples, uma vez que, dada a novidade do tema, há escassez de referências consolidadas a seu respeito. Aliado a este fato, a importância dada a este assunto pelos veículos de comunicação e pelo próprio Estado, foram motivadores para a elaboração desta pesquisa. Dessa forma, esta monografia foi elaborada a partir de uma tática não convencional, uma vez que o mais simples seria abordar um tema consolidado e menos polêmico. Entretanto, o resultado mais importante deste trabalho foi contribuir, com minhas próprias críticas, dentro da limitação de minha racionalidade, para a discussão relativa aos riscos do descumprimento dos contratos pelo Estado. Os arranjos de PPP apresentam lacunas que, diante da incipiência dos aspectos de governança e governabilidade, ainda não totalmente desenvolvidos pelo movimento de reforma do Estado, podem colocar a perder todo o esforço do governo para viabilizar a aprovação dessas leis.

Dessa forma, a análise dos riscos regulatórios em contratos de PPP inicia-se, no capítulo 2, com a discussão relativa à reforma do Estado e de suas três dimensões fundamentais: as crises fiscal, de governança e governabilidade. O desenvolvimento dessa discussão serve como contexto para abordar toda a discussão a respeito da implementação de PPPs: a implementação dessa modalidade de investimento deve ser fruto da conjugação e maturação dos aspectos de governabilidade e governança. Como forma de se desenvolver a

credibilidade institucional, criando-se um ambiente de confiança e segurança para propiciar investimentos, principalmente em infra-estrutura.

Em seguida, será introduzida, no capítulo 3, a legislação referente às PPPs: Leis estaduais nº 14.868/2003 e o Projeto de Lei da Câmara n.º10 (Substitutivo)/2004 que instituem normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública. Essas Leis representam o arcabouço legal que caracteriza as PPPs. Entretanto, será feita, antes, uma comparação entre as concessões tradicionais e o modelo de PPP, de forma que se observe o este propõe como inovação.

Visando a discussão dos riscos regulatórios em contratos de PPP, serão abordados, no capítulo 4, conceitos do neo institucionalismo, como a teoria dos custos de transação (COASE, 1937), a relação *agent x principal* (PRZEWORSKY, 1998), os comportamentos oportunistas (WILLIAMSON, 1975), que desembocam no Dilema da Ação Coletiva (OLSON,1999). A partir do desenvolvimento desses conceitos, será possível observar de que forma o risco regulatório pode ocorrer nos arranjos como os de PPP e de que maneira o marco regulatório das PPPs reduz a ocorrência desse risco.

O capítulo 5, por sua vez, analisa, inicialmente, os riscos existentes em concessões, como forma de diferenciá-los dos que podem vir ocorrer no modelo de PPP. Dessa forma, será possível entender quais são os riscos que não são garantidos pelo modelo de concessões, mas que são considerados no modelo de PPP como forma de se ampliar a garantia do cumprimento das obrigações do Estado. Para tanto, as PPPs tornam-se viáveis a partir do momento em que houver um marco regulatório que minimize os riscos inerentes a comportamentos oportunistas por parte do Estado ou por parte do parceiro privado. Logo, o capítulo 5, resgatando conceitos desenvolvidos no capítulo 4, analisa os riscos regulatórios no arranjo institucional proposto para o modelo de PPP, para que possa haver, realmente, segurança para o particular firmar um contrato administrativo de prestação de serviço a longo prazo e, com isso, explicitar o mecanismo do compartilhamento de riscos, grande proposta do modelo de PPP. A partir daí, é possível concluir se esse arranjo é *inovador* e viabiliza a prestação de serviços a longo prazo por particulares.

Em se tratando dos litígios entre Estado e particulares, que podem vir a ocorrer durante a execução do contrato, deve haver previsão de mecanismos que possibilitem a resolução do problema, cabendo , assim, a via judicial e a arbitragem. O capítulo 6 enfocará,

então, o mecanismo da arbitragem suas vantagens e o risco de esse instrumento de resolução de conflitos não poder ser adotado, sendo, então, mais um aspecto a ser discutido nos riscos existentes em PPPs.

As PPPs envolvem a prestação de serviços públicos por particulares, por meio de contratos de longo prazo, devendo ser feita com qualidade. Para tanto, cabe a intervenção do Estado, por meio de agências reguladoras, para que haja planejamento, regulamentação e fiscalização dos serviços prestados à comunidade. Para tanto, é necessário ressaltar de que forma as agências reguladoras devem intervir na regulamentação das atividades, algo que ocorre não apenas na concessão, mas também deverá ocorrer quando da concretização dos empreendimentos de PPP, sendo este assunto objeto do capítulo 7. Dessa forma, discute-se, também, a importância da independência das agências reguladoras, aspecto que deve ser desenvolvido para que o marco regulatório delimitado pelas PPPs possa ser efetivado. O capítulo 8 apresenta, assim, uma análise final dos aspectos desenvolvidos na monografia, como forma de contribuir para a melhoria do marco regulatório proposto para as PPPs.

2-CRISE E REFORMA DO ESTADO

A parceria público-privada, criada pela Lei estadual nº 14.868 responde às demandas, restrições e ambigüidades do contexto atual de crise do Estado brasileiro. Portanto, para atendê-las, é necessário reconstituir os elementos mais salientes deste mesmo contexto. A partir daí, é possível entender em que medida a criação das PPPs vai ao encontro do movimento de reforma do Estado.

2.1-Reforma do Estado

A reforma do Estado apresenta três dimensões fundamentais: as crises fiscal, de governança e governabilidade. A partir das explicações relativas a essas três dimensões, será possível compreender como o surgimento das parcerias público-privadas está ligado à natureza da crise do Estado brasileiro. Daí deriva o movimento de reforma do Estado, que se constitui em um conjunto de ações que visa a atuar sobre a crise do Estado, podendo viabilizar, assim, instrumentos por meio dos quais o governo deseja obter maior eficiência em suas ações. Exemplos desses instrumentos são as concessões, permissões, a criação de agências reguladoras e, mais recentemente, a adoção de parceiras público-privadas. Para tanto, é necessário que a reforma do Estado crie mecanismos institucionais que possibilitem que as questões de governança e governabilidade não sejam empecilhos para que esses instrumentos possam contornar a escassez de recursos, decorrente da crise fiscal.

Por isso, é importante explicar o processo que motivou a reforma do Estado, uma vez que, conforme *Diniz (1996:6-7)*, há uma conjugação entre fatores exógenos e endógenos que desembocam nesta mudança.

Em se tratando de fatores externos, *Diniz (1996: 6-7)* ressalta que os fatores decorrentes da crise de âmbito mundial e das pressões internacionais levaram ao colapso do modelo desenvolvimentista, implantado no Brasil desde o pós-guerra, fazendo com que a intervenção estatal ativa e abrangente, que visava a promoção da industrialização e da substituição de importações, aos poucos, se tornasse incapaz de obter auto-sustentação. A origem exógena do esgotamento desse modelo está no choque do petróleo, em 1973, cujos resultados foram sentidos na década de 1980 (*MACHADO, 2002:25*). Assim, a crise dos anos

80 teve reflexos internos, levando ao fim a política de substituição de importações, que ocorreu no governo Collor e

o impacto da crise externa sobre as contas públicas foi de grande magnitude. Reduzem-se os gastos correntes bem como os investimentos, sem distinção entre os setores afetados. O aumento da dívida interna e a emissão monetária conduzem à aceleração inflacionária, e à instabilidade financeira, com seqüelas sobre o volume de investimentos, a distribuição de renda e as próprias finanças públicas. Isso acabou contribuindo para a implantação das reformas institucionais que culminaram com a modificação do papel do Estado na economia. (SAINZ e CALGAGNO¹ apud MACHADO, 2002:25-26)

Diante dessa situação, o Estado optou pela privatização, iniciada na década de 80, já que se encontrava “[...] sem condições de investir [...] e necessitava dos recursos da privatização para reduzir suas dívidas” (PEREIRA, 1998:98). Sob este ponto de vista, a crise fiscal é um dos aspectos endógenos que Diniz (1996:7) considera que contribuíram para o processo de reforma do Estado, além de fatores estruturais, como “[...]as formas predominantes de articulação entre o Estado e a sociedade, as relações capital-trabalho, o padrão de administração do conflito distributivo e a modalidade de relacionamento entre os setores público e privado” (DINIZ, 1996:7).

Quanto ao primeiro aspecto interno, Nascimento (2000) relata que, em consequência das políticas recessivas implantadas para combater a inflação, o Estado entrou em uma trajetória de crise fiscal freqüente, na qual as reduções de receitas - já que havia menor atividade econômica - não eram acompanhadas por reduções de gastos, contribuindo para o endividamento público. Havia também uma insatisfação da população que não observava melhorias e efetividade nas políticas mesmo com o aumento dos tributos. Diante deste quadro, assistiu-se à falta de recursos para financiar iniciativas e empreendimentos em infra-estrutura, além de ocorrer a degradação do que já existia, devido à insuficiência de manutenção. Além disso, com a Constituição de 1988 “[...] houve um encarecimento significativo do custeio da máquina administrativa, tanto no que se refere a gastos com pessoal como bens e serviços, e um enorme aumento da ineficiência dos serviços públicos” (MINISTÉRIO DA REFORMA DO ESTADO E ADMINISTRAÇÃO FEDERAL, 1995:29).

Dessa forma, convivia-se, por um lado, com a falta de recursos públicos para implementar políticas e, por outro, devido à Constituição de 1988, a ampliação do campo de atuação do Estado e o movimento de redemocratização, houve a necessidade de atender, cada vez mais, a mais demandas e grupos. Com essa ampliação das atribuições do estado, a tendência foi, então, o agravamento da crise fiscal, com reduções em investimentos, que passaram a ser variáveis de ajuste na equação do equilíbrio macroeconômico.

Os fatores internos estruturais levantados por Diniz (1996:7) dizem respeito ao fato de ter havido mudanças nas relações entre Estado e sociedade, no sentido de que os interesses de cada uma das partes não serem tão comuns uns aos outros como outrora: o que se observou foi um descompasso entre o Estado e a sociedade, no qual o primeiro buscava manter o “[...]padrão de controle corporativo [...] sobre a sociedade. Combinando formatos corporativos, clientelistas e pluralistas” (DINIZ, 1996:7), ao passo que a sociedade se encontrava mais mobilizada, organizada e desejosa de ter suas preferências atendidas. Porém, a rigidez estatal impedia o atendimento das demandas sociais, pois, embora o processo de redemocratização estivesse possibilitando maior vocalização de preferências, isso, no entanto, não implicava o seu atendimento. Logo, a tendência foi a substituição do modelo de Estado mais concentrador para um mais descentralizado e flexível.

Um outro aspecto que Diniz (1996:8) considera na alteração da relação entre o Estado e a sociedade está na priorização de políticas de estabilização econômica - conforme apontado por Nascimento (2000) - o que resultou em disputa pelos escassos recursos públicos. Assim, conviviam, na agenda política, a estabilização econômica, a escassez de recursos, reformas sociais e estratégias de desenvolvimento econômico, sendo que estes dois últimos temas foram sacrificados em detrimento dos dois primeiros. Conseqüentemente, “[...]privilegiou-se uma agenda minimalista, em franco desacordo com a dinâmica democratizante, esta alargando a participação, diversificando as demandas e multiplicando os canais de vocalização à disposição dos diferentes segmentos da sociedade” (DINIZ² *apud* DINIZ, 1996:8).

Pereira (1997:5-7) relata que, após a eclosão da crise de endividamento internacional nos anos 80, buscou-se, inicialmente, o ajuste estrutural, que implicou o ajuste

¹ SAINZ, P.; CALGANO, A. En busca de outra modalidad de desarrollo. *Revista de la Cepal*, n.48:7-8, dez. 1992.

² DINIZ, Eli. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. *Dados*, vol.38, n.3.

fiscal e as reformas orientadas para o mercado. Nos anos 90, apesar de ainda haver a preocupação com o ajuste estrutural, foi dada maior ênfase à questão da reforma do Estado, pois constatou-se que esse ajuste estrutural não bastaria para retomar o desenvolvimento: o ajuste fiscal, a liberalização do comércio, a privatização e a desregulamentação não foram suficientes para que se retomasse o crescimento. A idéia de que um Estado mínimo que deveria garantir apenas os direitos de propriedade e os contratos não vingou pelo fato de não ter demonstrado legitimidade política junto às sociedades e, além disso, a existência das falhas de mercado demonstraram-se piores do que as falhas de Estado. Deste último aspecto pode-se afirmar que, embora haja limitações na intervenção do Estado, as políticas públicas desempenham importante papel no capitalismo, já que não se reduzem à “[...] mera realização de uma despesa a cargo do governo ou de uma empresa estatal [...] [, envolvendo] a adoção de políticas ou tomada de decisões de gasto [...] que tragam benefícios para o público, entendendo este como [...] a coletividade como um todo” (GIAMBIAGI & ALÉM: 2000:433). Dessa forma, reformar o Estado, segundo Pereira (1997:12), não significa definhá-lo, mas reconstruí-lo, sendo, assim, uma resposta à crise do Estado.

[Quanto aos fatores que levaram à crise do Estado, Pereira, L. (1995:4-5) analisa-os sob quatro aspectos: a crise fiscal do Estado, do modo de intervenção desse Estado na economia e na sociedade, do seu aparelho e a crise política. O primeiro aspecto retrata o colapso do modelo protecionista e de substituição de importações e a “[...]incapacidade do Estado contemporâneo de geração de poupança pública positiva, que lhe permita realizar os investimentos sociais e de infra-estrutura necessários, já que o custeio da máquina compromete a maior parte da arrecadação” (PEREIRA *apud* FERREIRA, 1996:6). Já o segundo refere-se ao fracasso da tentativa de se criar um Estado de Bem-Estar Social, quando o Estado passou a intervir, tanto no campo da economia, quanto na prestação de serviços, assumindo papéis que, ele mesmo, não conseguiu cumprir, uma vez que se verificou a baixa qualidade na prestação dos serviços públicos e que, ainda que não seja generalizável, para Ferreira (1996:8) acabou fazendo com que a imagem do serviço público se deteriorasse perante a sociedade, passando a ser visto como ineficiente e executor de políticas de cunho clientelista.

A crise política, por sua vez, remete ao fim da aliança entre a burocracia e os capitalistas, que ocorreu a partir de meados da década de 70. Já a crise do aparelho do Estado apresenta dois aspectos importantes: se por um lado, existe o problema do clientelismo e da falta de profissionalização dos servidores, por outro, convive-se com o enrijecimento da

burocracia. Assim, a “[...]conseqüência dos dois males é a ineficiência e a má qualidade da administração pública central e dos serviços sociais do Estado” (PEREIRA, L., 1995:4-5). Este ponto de vista é também compartilhado por Anastasia, A. (1997: 18-19), que ressalta que a Constituição de 1988 - que surgiu com o fim do período autoritário - acabou limitando a ação da administração pública, uma vez que foram impostos rígidos controles e amarras, prejudicando a atividade administrativa. No entanto, isso ocorreu devido à incerteza que existia em relação ao retorno do regime, entendendo-se por bem limitar a ação do executivo. Agora, torna-se necessário reformar o Estado, o que implica, para Pereira, L. (1995:3) superar a crise fiscal, completar a mudança na forma de intervenção do Estado nos planos econômico e social e rever a estrutura do seu aparelho e de seu pessoal, de forma que sejam prestados serviços mais baratos e de melhor qualidade.

A reforma do Estado é, então, um tema amplo. Segundo Pereira (1997:8), envolve aspectos políticos - como é o caso da governabilidade - econômicos e administrativos - que buscam ampliar a governança. Assim, não se pode desconsiderar aspectos de governabilidade e a governança no processo de reforma do Estado, sendo que o primeiro implica

as condições sistêmicas mais gerais sob as quais se dá o exercício do poder em uma dada sociedade, tais como as características do sistema político, a forma de Governo (parlamentarismo ou presidencialismo), as relações entre os poderes (maior ou menor assimetria, por exemplo), os sistemas partidários (pluripartidarismo ou bipartidarismo), o sistema de intermediação de interesses (corporativista ou pluralista) (DINIZ, 1996:12-13).

Assim, segundo o conceito de Diniz (1996), a governabilidade relaciona-se com as relações entre Poderes e partidos, que estabelecem coalizões de forma que seja possível obter apoio para a aprovação de projetos e, em última instância, governar. Ressalta-se, neste ponto, a importância da democracia para possibilitar essa legitimidade nas ações do governo. Para Ferreira (1996:5), o conceito de governabilidade refere-se às condições de legitimidade de um governo para realizar as mudanças necessárias, ou seja, remete ao fato de o governo ter credibilidade diante da população para que suas ações sejam reconhecidas. Então, a idéia subjacente à governabilidade está na unidade e na consistência das ações do Estado, de forma que se crie um ambiente que, decorrente das relações entre Poderes e partidos, possibilite um mínimo de previsibilidade em suas ações. Ou seja, a credibilidade

consiste no fato de que cabe ao Estado manter um certo padrão de conduta ao agir, no sentido de que se possa garantir que os compromissos estabelecidos anteriormente serão mantidos.

Já a governança, segundo Ferreira, (1996:5), relaciona-se com a capacidade – técnica, administrativa e financeira - do Estado para implementar tais mudanças. Esse conceito de governança de Ferreira (1996) é compartilhado também por Diniz (1996:13), implicando a capacidade do governo de implementar as políticas e conseguir alcançar metas coletivas, o que pressupõe a existência de um Estado mais flexível, “[...] capaz de descentralizar funções, transferir responsabilidades e alargar, ao invés de restringir, o universo dos atores participantes, sem abrir mão dos instrumentos de controle e supervisão” (DINIZ, 1996:13). Dessa forma, governança e governabilidade são conceitos distintos, mas complementares que são parte importante da reforma do Estado, pois não basta a existência da democracia, juntamente com o processo de escolha dos governantes por meio de eleições; é necessária a governança para que o Estado promova modificações que venham a auxiliar nas crises financeira e de desempenho enfrentadas pelo Estado perante a sociedade. Nas palavras de Ferreira,

Ainda que garantida a governabilidade, esta não é suficiente para produzir a mudança, o que coloca em relevo a necessidade de ampliar a governança, como ingrediente determinante da estratégia de enfrentamento da crise, a partir de duas manifestações centrais: a crise financeira e a crise de desempenho (FERREIRA, 1996:6).

Observa-se, então, que o movimento de reforma do Estado relaciona-se com o contexto de mudança social, política e econômica, de forma que a Administração Pública possa, realmente, implantar políticas efetivas, ao utilizar instrumentos de governança que propiciem a governabilidade. Logo, a questão assenta-se justamente no fato de se viabilizar a operacionalização das políticas previstas. Para tanto, o movimento de reforma deve ter como fator auxiliar a capacidade de coordenação dentro do próprio Estado, entre os poderes e as esferas de governo. A governabilidade não é simples resultado de escolha de governantes de forma democrática; ela deve englobar critérios de capacidade técnica, administrativa e financeira – governança - para viabilizar ações que visem ao longo prazo, além das instituições, como é o caso das relações entre Poderes e partidos.

A governança é, então, forma de possibilitar a governabilidade. Segundo Bento (2003:88), há uma convergência entre esses conceitos, já que os aspectos sociais gerenciais e

técnicos da governança não se dissociam da noção de governabilidade, que compreende o ambiente político sobre o qual incidem. Existe, na Administração Pública a coexistência de questões não apenas técnicas, mas também políticas, desembocando na interligação entre governabilidade e governança. Essa questão é fundamental em se tratando do fato de que instrumentos de provisão de serviços públicos como as concessões, permissões e parcerias público-privadas dependem de aspectos institucionais para que sejam postos em prática. Não se pode cogitar a viabilização desses instrumentos – por meio de contratos de longo prazo - se não houver um marco regulatório que estabeleça um compromisso confiável por parte do Estado, garantindo aos particulares segurança ao firmar contratos administrativos com o Estado. Neste aspecto, um marco regulatório deve prezar por questões de governabilidade e governança, uma vez que, conforme explicado, a consistência e a unidade das ações do Estado são fundamentais para a criação de um ambiente seguro para se investir.

2.2-A crise e o ajuste fiscais

Diante dessa crise enfrentada pelos países a partir dos anos 70, devido à intervenção do Estado e das “primeiras experiências bem-sucedidas de desregulamentação econômica, inclusive em países em desenvolvimento [...] como os do Sul da Ásia” (RIBEIRO, 2003:19), durante as décadas de 80 e 90, houve o debate acerca do papel que o Estado deveria desempenhar: por um lado, os neoliberais e, por outro, os social-democratas. Os primeiros consideravam que não havia lugar para o Estado na economia, ao passo que os segundos consideravam o mercado não apresentava condições favoráveis para o sucesso de programas de desenvolvimento sócio-econômico (MACHADO, 2002:23).

A partir dessa discussão relativa ao papel do Estado, optou-se por um modelo no qual os governos liberalizariam suas economias, “[...] sem abrir mão dos instrumentos de controle do mercado, o que na prática se aproxima da proposta social-democrata” (MACHADO, 2002: 23), sendo que houve apoio do sistema financeiro internacional. Este modelo surgiu durante a conferência realizada pelo Instituto de Economia Internacional de Washington, que discutiu a crise da dívida externa da América Latina (MACHADO, 2002:23), havendo concordância entre os participantes.

Tal concordância em relação às ações político-econômicas a serem adotadas foi chamada de ‘consenso de Washington’, em face das coincidências com

as políticas econômicas preconizadas pelos governos e entidades acadêmicas norte-americanas e pelas instituições internacionais com sede naquela cidade, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. (RIBEIRO, 2003:20)

O consenso de Washington apresentou alguns dos instrumentos por meio dos quais os países poderiam amenizar o problema do endividamento: “[...] disciplina fiscal, taxas de juros positivas, reforma fiscal, liberação comercial, gastos públicos prioritários em educação e saúde, privatizações, abertura a investimentos externos, desregulamentação da economia e outros” (MACHADO, 2002:23).

Logo, em se tratando de política fiscal, deve-se considerar que esta é a forma pela qual o financiamento e os gastos públicos se articulam no contexto da política governamental, implicando uma visão conjunta de receitas e gastos públicos. Assim, considerando-se as necessidades de reforma do aparelho do Estado e de ajuste fiscal, resta ao governo implementar medidas que visem o aumento de tributos e/ou redução dos gastos públicos. Salienta-se que o financiamento do setor público pode ser feito por três maneiras diferentes, que podem combinar-se entre si, compreendendo a emissão monetária, o lançamento de títulos públicos, empréstimos (internos ou externos) ou a tributação (RIANI, 1996). No entanto, a primeira forma possui efeitos inflacionários e a segunda causa endividamento público, podendo levar à instabilidade econômica, problema já enfrentado pelo Brasil (PEREIRA, 1998:41-42) e, pelo consenso de Washington, não se demonstram como alternativas viáveis aos governos. Dessa maneira, a tributação passa a ser o principal mecanismo de financiamento do governo e instrumento de política econômica –juntamente com os gastos públicos–, não apresentando tantos efeitos negativos para as contas públicas quanto às outras três formas.

Diante deste quadro, os governos de diversos países têm buscado formas de parceria entre os setores público e privado, uma vez que o Estado se viu privado dessas fontes tradicionais de financiamento, pois

[...] não foi mais possível [...] aos governos ou às empresas estatais se lançarem à construção de grandes projetos, pelo menos na intensidade observada no passado. As restrições fiscais; o menor espaço para a prática de políticas irresponsáveis; e a crescente exigência de estabilidade

macroeconômica – leia-se: inflação baixa – limitaram o escopo de atuação dos governos (GIAMBIAGI & ALÉM, 2000:425).

Assim, embora os governos enfrentem problemas fiscais, é necessário promover investimentos, dado que o crescimento econômico depende, também, da existência de infra-estrutura, como rodovias, ferrovias e hidrelétricas. Para tanto, essas formas de parceria entre o público e o privado – dentre elas as parcerias público-privadas *strictu sensu* – têm sido vistas como alternativas para viabilização de certos investimentos que o governo hoje, por recursos públicos, exclusivamente, não é capaz de promover, uma vez que demandam altas exigências de capital e longo prazo de maturação, limitados pela restrição orçamentária (GIAMBIAGI & ALÉM, 2000:425).

Segundo Riani (1996), os gastos públicos englobam os gastos governamentais e as despesas do governo em atividades econômicas produtivas, considerando-se, também, as empresas estatais. Por gastos governamentais, entendem-se as despesas das unidades que compõem as administrações direta e indireta, incluindo-se as autarquias e fundações (RIANI, 1996). O que se observa, na prática, é que o Estado brasileiro tem maior autonomia decisória para modificar seus gastos do que para alterar tributos, embora a carga tributaria tenha atingido elevados patamares.

Os gastos públicos podem ser vistos como a escolha política dos governos, em se tratando dos serviços a serem prestados à sociedade (RIANI, 1996), representando, assim, a quantidade e a qualidade dos bens/serviços oferecidos pelo Estado. Exemplo disso é observado no Brasil onde, atualmente, no governo Lula, visa-se à ampliação dos recursos para a área social e o aumento do superávit primário, havendo, conseqüentemente, cortes nos investimentos, diante da necessidade de ajuste fiscal. Com isso, a tendência é que haja menos recursos destinados justamente às áreas de infra-estrutura e manutenção (OLIVEIRA, 2001:5), que passaram a ser as variáveis de ajuste, uma vez que o Estado priorizou o saneamento das contas públicas.

Assim, dada essa limitação dos recursos, faz-se necessário estabelecer alternativas de investimento em setores que, tradicionalmente, são marcados pela intervenção do Estado para sua provisão. A importância deste aspecto está no fato de que a “[...] recuperação do investimento em infra-estrutura é condição necessária para a retomada do crescimento econômico sustentado no Brasil” (RIGOLON & PICCININI, 1997:5), já que o

efeito multiplicador dos empreendimentos em infra-estrutura implica o aumento de empregos, maior integração do comércio, além da atração de indústrias (MACHADO, 2002:44). Nos Estados Unidos, por exemplo, estima-se que “para cada 1% de acréscimo no investimento em infra-estrutura rodoviária há um aumento indireto de 0,121% a 0,127% do PIB nos estados” (SMITH³ *apud* MACHADO, 2002:44).

Daí a emergência dos temas de privatização, concessão, agências reguladoras e parcerias público-privadas para se propiciar a provisão de serviços públicos de forma mais eficiente e sem que haja tantos dispêndios por parte do setor público para a execução do projeto⁴, aplicando-se, aí, o princípio da subsidiariedade⁵. Para tanto, deve haver um arranjo que garanta a viabilização desses empreendimentos que depende de um marco regulatório delimitado por questões subjacentes como a governança e a governabilidade, que desembocam no tema da reforma do Estado.

2.3- Alternativas para a solução da crise do Estado

Inicialmente, as ações em prol de uma solução para a crise do Estado partiram do ajuste fiscal. Entretanto, o ajuste fiscal, por si só, não resolveu questões estruturais de eficiência e racionalidade no emprego de recursos públicos. Dessa forma, em 1995, a discussão - que existia desde o final da década de 80 - acerca de uma administração pública de caráter mais gerencial, foi sistematizada por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). Nesse contexto, a principal missão do processo de Reforma baseou-se na busca de solução para questões urgentes como: a necessidade do ajuste fiscal; reformas econômicas, com o auxílio de uma política industrial e tecnológica, propiciando a concorrência interna e, posteriormente, externa; reforma da previdência; defasagem na quantidade e na qualidade dos serviços públicos e a reforma do aparelho do

³ SMITH, Warrick. *Public policy for the private sector: utility regulators; role ad responsibilities*. Washington, D.C.: The World Bank, 1997

⁴ As concessões são remuneradas pelos recursos oriundos da prestação do serviço. Com isso, o Estado não utiliza recursos públicos para financiar a atividade, além de arrecadar receitas tributárias da atividade da concessionária. Nas parcerias público-privado, em sentido estrito, as atividades, embora financiadas, em parte ou em sua totalidade, por recursos públicos, são executadas por particulares a um custo menor do que o executado pelo Estado; consideram-se, então, aspectos da eficiência conjugados com a escassez dos recursos públicos para prover o serviço (embora os recursos sejam escassos, o serviço é financiado pelo Estado, mas a provisão pelo particular é mais barata).

⁵ Uma idéia subjacente a este princípio está nas parcerias público-privadas, dado que o Estado auxilia os empreendedores em atividades que, reconhecidamente, não remuneram o capital investido.

Estado⁶.(MINISTÉRIO DA REFORMA DO ESTADO E ADMINISTRAÇÃO FEDERAL, 1995:9).

Assim, a reforma do aparelho do Estado, buscou a implementação de uma administração pública mais eficiente e “[...] permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins)” (MINISTÉRIO DA REFORMA DO ESTADO E ADMINISTRAÇÃO FEDERAL, 1995:9).

Constata-se, então, que, por meio de uma administração pública de caráter gerencial, é possível, segundo Pereira (1998 : 110) que o ajuste fiscal seja facilitado, já que os recursos públicos seriam utilizados de forma mais racional, eliminando-se gastos desnecessários e aplicando-os onde houver demanda e métodos eficientes para tal. Neste ponto, pode-se ressaltar a aplicação do princípio da subsidiariedade⁷, do qual derivam as seguintes idéias, segundo Di Pietro (1996: 21-24):

-idéia de privatização, como forma de reduzir o tamanho do Estado, devido a fatores financeiros, jurídicos e políticos. Os fatores financeiros referem-se à redução dos gastos públicos com empresas públicas deficitárias. Os jurídicos relacionam-se com a necessidade de se empregar formas de gestão privada em serviços públicos, sem os controles e formalismos excessivos por parte da Administração direta. Os políticos remetem à concepção neoliberal de se substituir a atuação do Estado pela dos agentes privados, vistos como mais aptos para gerir atividades comerciais e industriais;

-idéia de fomento, já que a sociedade pluralista não apresenta um interesse público único, mas vários interesses. Cabe ao Estado fomentar e não intervir em prol de todos esses interesses; incentivando a iniciativa privada quando se tratar de interesse público;

⁶ Cumpre distinguir a diferença entre reforma do aparelho do Estado e reforma do Estado. Por aparelho do Estado, segundo Nascimento (2000) considera-se “[...] a administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado[...] constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos Três Poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar”. O Estado, engloba, além do aparelho, o sistema constitucional – legal, sendo o “agente detentor do monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território” (WEBER, 1982:98).

⁷ O princípio da subsidiariedade, conforme Di Pietro (1996:20), implica que o Estado deve deixar ao particular as atividades que este tenha condições de exercer com iniciativa e recursos próprios, reduzindo a intervenção estatal e, ao mesmo tempo, estimulando e criando condições, quando necessário, para que os particulares possam conduzir seus empreendimentos.

-parceria do setor público com o setor privado⁸ - privatização⁹ - por meio de instrumentos de desestatização¹⁰, permissão, concessão, autorização, arrendamentos e parcerias público-privadas;

-idéia de eficiência no desempenho dos serviços a cargo do Estado, culminando no modelo de Administração Pública gerencial, conforme previsto no PDRAE;

-princípio do interesse público: busca-se a humanização do interesse público, confundindo-se com a idéia de bem comum, cabendo ao Estado agir para reduzir as desigualdades sociais e propiciar a toda a coletividade o bem-estar social;

-princípio da legalidade que, aprimorado, implica que os órgãos do estado devem submeter-se não só à lei, mas também aos princípios do ordenamento jurídico, independente de previsão expressa no Direito positivo.

Dessa forma, a implementação das concessões e, posteriormente, da elaboração da Lei relativa às parcerias público-privadas podem ser vistas como alternativas para a crise do Estado e como continuação do PDRAE, no sentido de que este prevê a ampliação da participação do setor privado nas atividades estatais, lucrativas ou não. Assim, a reforma do Estado busca atingir tanto o lado do Estado quanto do cidadão, desembocando no sentido amplo de privatização: para o cidadão restaura-se e prestigia-se a livre concorrência e a liberdade individual, implicando a privatização (em sentido estrito), reforma regulatória¹¹, fomento e instrumentos de parceria com o setor privado; para o Estado, busca-se maior eficiência na prestação de serviços públicos (DI PIETRO, 1996:24) e, além disso, demonstram-se como alternativas para investimento diante do problema da crise fiscal.

⁸ As parcerias entre o setor público e o setor privado são uma designação genérica para a participação privada em empreendimentos de natureza pública, sendo que as PPPs (parcerias público-privado, strictu sensu) são uma das modalidades de participação do setor privado em atividades reservadas ao setor público. Essa designação genérica de parcerias entre o setor público e o privado corresponde ao conceito de privatização, em sentido amplo (DI PIETRO, 1996).

⁹ A privatização, em sentido amplo, implica "reduzir a ação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado. Nesse sentido amplo, é correto afirmar que a concessão de serviços e obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado constituem formas de privatizar, e que a própria desburocratização proposta para algumas atividades da Administração Pública também constitui instrumento de privatização" (DI PIETRO, 1996:13-14).

¹⁰ Desestatizar corresponde a privatizar em sentido estrito: vender ações de empresas públicas, visando a diminuição dos ativos do Estado (DI PIETRO, 1996).

¹¹ A reforma regulatória é importante no processo de reforma do Estado, uma vez que "[...] o aparato regulatório [...] é enorme e velho, burocratizante, intervencionista e estatista. Se o objetivo é criar um Estado regulador moderno, então reformar a função regulatória significa mudar exatamente a natureza e o formato institucional da função que caracterizará o novo Estado" (ABRANCHES, 1999:19).

Entretanto, deve haver correlação entre as idéias de ampliação da participação do setor privado com as de governança, governabilidade. Isso deve ser ressaltado porque a reforma do Estado está ligada a uma reforma institucional, no sentido de que a governabilidade e a governança devem possibilitar segurança aos particulares ao firmarem contratos com o Estado. A partir daí, é possível cogitar a discussão acerca da viabilização de instrumentos de parceria público-privada, *strictu sensu*. A discussão assenta-se, então, no fato de que a participação de agentes privados em empreendimentos em conjunto com o Estado depende da existência de um marco regulatório que contemple essas idéias e delimite a ação arbitrária do Estado, que, ao firmar contratos, pode, simplesmente, não cumpri-los. A questão do respeito aos contratos tem, então, como aspectos subjacentes, a discussão acerca da governabilidade e da governança: os riscos de projetos dessa natureza aumentam à medida em que percepção dos investidores acerca da governança e da governabilidade do Estado se reduzem. Com isso, a tendência é que projetos que demandem longo prazo de maturação tenham seus custos aumentados devido à falta de credibilidade do Estado ou que, devido ao risco, não venham a se viabilizar. Ao longo desta monografia serão, então, desenvolvidos temas relativos ao arranjo institucional proposto para a implementação de parcerias público-privadas e de que forma a Lei n.º 14.868 procura responder à crise do Estado, no que se refere à governabilidade, à governança e à crise fiscal.

3- CONCESSÕES E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A origem da intensificação das relações entre os setores público e privado tem, como pano de fundo, a crise do Estado. A mudança no papel do Estado, segundo Cherobim (1999:110), está relacionada ao fato de que, a partir dessa crise, os governos não foram mais capazes de atender às demandas da sociedade em relação a serviços públicos e à provisão de infra-estrutura, além da tendência à redução da intervenção da atuação estatal no sistema sócio-econômico.

Assim, assistiu-se ao envolvimento do setor privado nas atividades do Estado, com a prestação de serviços e a provisão de bens públicos por particulares, podendo haver, em troca, a remuneração pré-estipulada e paga pelo poder público ou paga pela exploração do serviço. As concessões caracterizam-se por serem remuneradas pelo usuário, ao utilizar o serviço disponibilizado (OLIVEIRA et al. [2003?]: 13). Atualmente, as parcerias público-privadas são mais uma alternativa para a prestação de serviços públicos, caracterizadas pela remuneração pré-estipulada e paga pelo poder público ou por uma combinação entre o valor pago pelo usuário e pelo Estado.

Inicialmente, deve-se considerar que as parcerias público-privadas foram criadas devido às peculiaridades que apresentam em relação aos arranjos tradicionais das concessões e permissões. Logo, convém explicar os modelos de concessões e permissões, de forma que se demonstrem as inovações trazidas pelo arranjo das parcerias público-privadas, que também possibilitará a celebração de contratos entre a Administração Pública e os particulares. Salienta-se que a análise abaixo enfocará as características das concessões, forma pela qual é possível adotar o modelo de parcerias público-privadas em rodovias.

3.1- As concessões: Lei n.º 8.987/95

A tendência de se transferir responsabilidades na prestação de serviços ao setor privado é fruto da mudança de concepção a respeito do papel do Estado, uma vez que, após a Segunda Guerra Mundial, este passou a assumir novos papéis, consolidando-se em Estado Social ou Estado de Bem-Estar, visando à correção das distorções geradas pelo liberalismo, nos âmbitos econômico e social. Com isso, constatou-se uma ampliação de suas responsabilidades, seja por meio da assunção de certas atividades - via serviços públicos,

aumentando a quantidade de empresas estatais e fundações para fornecê-los – pela intervenção em atividades de natureza econômica - através de sociedades de economia mista, empresas públicas e empresas sob controle acionário do Estado - e, além disso, por meio do incentivo às atividades reservadas, tipicamente, ao setor privado (DI PIETRO, 1996:14-15).

Entretanto, observou-se um crescimento acentuado do Estado Social de Direito (Estado que, além de Social, era o protetor das liberdades individuais), sendo necessário, conforme relata Di Pietro (1996:16-17), limitá-lo, devido aos riscos de ineficiência em suas ações, já que havia vários campos de intervenção estatal, além de excesso de regulações e monopólios a seu favor. Além do mais, convivia-se com a crise enfrentada pelos países após o choque do petróleo em 1973.

Eram necessárias, então, transformações na concepção tradicional do Estado Social de Direito, adicionando-se o elemento democrático, resultando em um Estado Democrático de Direito, primando-se pela participação cidadã nas ações do Estado. Di Pietro (1996:20) acrescenta, também a idéia de Estado Subsidiário, aproveitando-se da noção do princípio da subsidiariedade. Dessa forma, à luz desse princípio, percebe-se a necessidade de se encontrar novas formas de gestão do serviço público e das atividades exercidas pela Administração Pública, apoiada pela iniciativa de reforma do Estado. Inicialmente, delegou-se a execução de serviços públicos a empresas privadas via concessão. Di Pietro (1996:35) ressalta que, com isso, o Estado teria um serviço público essencial sem a necessidade de se investir recursos públicos e de correr os riscos do empreendimento, remetendo à questão da crise fiscal enfrentada pelo Estado.

As concessões, previstas no art.175 da Constituição Federal de 1988, foram regulamentadas pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão na prestação de serviços públicos, aplicável à União, Estados, Distrito federal e Municípios, que poderão legislar sobre normas específicas para seus respectivos âmbitos¹². A Constituição Federal considera a regulamentação da matéria da seguinte forma:

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹² A Lei 9.074/95 estabeleceu, por sua vez, normas para a outorga e prorrogação das concessões de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I-o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II-os direitos dos usuários;

III-política tarifária;

IV-a obrigação de manter serviço adequado

A concessão de serviço público, conforme o artigo 2º, II da Lei 8.987/95 implica “ a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente¹³, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”, podendo ser precedida ou não da execução da obra pública. A concessão de serviço público precedida de execução da obra pública é, por sua vez, tratada no inciso III do mesmo artigo, consistindo em

construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

A partir daí, Medauar (2003:344) caracteriza a concessão, como sendo um tipo de contrato administrativo. Um contrato administrativo é aquele que, segundo Santos (1995a:177-178), a Administração celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, devendo reger-se pelas normas pertencentes ao Direito Público. Uma característica

¹³ Giambiagi e Além (2000) distinguem o poder concedente do regulador, embora possa haver a coincidência entre eles. O poder concedente compreende “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão” (Art. 2º, I da Lei 8.987/95). O poder concedente é o responsável pela prestação do serviço, devendo dimensionar, planejar e decidir pela prestação do serviço; feita a concessão, “[...] cabe ao poder concedente fazer cumprir as condições do contrato de concessão [...] visando, principalmente, o aumento de eficiência. [...], em geral, [é] exercido pelo governo (GIAMBIAGI & ALÉM, 2000:400). Já o poder regulador, embora represente um poder de Estado, “[...] não é diretamente responsável pela provisão de serviço, mas tem a

típica do contrato administrativo está no fato de que o Estado tem supremacia em relação à outra parte, sendo titular de privilégios e prerrogativas e, também, determinando a execução, o cumprimento e a extinção do contrato, mas não pode, entretanto, alterar seu equilíbrio econômico-financeiro. Conclui-se, então, que, mesmo que um contrato de concessão seja um acordo de vontades, deve-se considerar que o fato de se estar contratando com a Administração implica uma diferença entre as partes contratantes, explicitada pela presença de cláusulas exorbitantes, que garantem a supremacia do Estado durante o cumprimento dos contratos, dando-lhe poderes unilaterais. A Lei de licitações – n.º 8.666/93 – prevê quais são os poderes reservados ao poder público:

Art.58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I-modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II-rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III-fiscalizar-lhes a execução;

IV-aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V-nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

É importante considerar que os particulares devem garantir que a modificação unilateral dos contratos de concessão respeitará os direitos do contratado, havendo maior segurança para os investidores no negócio. Ressalta-se a importância das agências reguladoras na execução do serviço público, ao estabelecerem critérios para a sua prestação e fiscalizando a atuação dos concessionários.

A concessão é então, um contrato administrativo, precedido de licitação, entre o poder público- poder concedente- e pessoa jurídica ou consórcio de empresas privadas –

obrigação de zelar pelas regras estabelecidas, setorialmente, para a prestação de serviços públicos por terceiros, garantindo a qualidade do serviço” (GIAMBIAGI & ALÉM,2000:401).

concessionária -, no qual há transferência da responsabilidade pela provisão do serviço público e execução de atividades de operação e manutenção de infra-estrutura do poder concedente para a concessionária (OLIVEIRA et al. [2003?]: 12). Os contratos de concessão diferenciam-se dos demais contratos administrativos pelo fato de que à empresa concessionária cabem todos os aspectos de operação, manutenção de infra-estrutura e provisão do serviço público. Os contratos administrativos que representem menor envolvimento dos particulares como ocorrem nas concessões são remunerados diretamente pelo setor público, sendo este o responsável pela obtenção dos recursos necessários para tal, sendo que, usualmente, o particular recebe uma remuneração pré-estipulada e fixa (OLIVEIRA et al. [2003?]:13).

Na concessão, a remuneração da concessionária é, geralmente, baseada em uma tarifa cobrada diretamente do usuário. Exemplo disso são as rodovias que, após serem concedidas, passaram a ter como fonte de remuneração o pedágio¹⁴. A propriedade do termo geralmente está no fato da possibilidade da existência de “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados [...] com vistas a favorecer a modicidade das tarifas” (art.11 da Lei n.º 8.987/95). São atividades, então, paralelas à essencial a ser prestada pelo concessionário, como é o caso de restaurantes existentes ao longo de rodovias concedidas, conforme exemplifica Branco (1997:89-90). Deve-se salientar que estas receitas não são consideradas como lucro além do previsto para a concessão: visando à modicidade da tarifa e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é que o poder concedente possibilita a exploração destas atividades. Além dessas atividades alternativas, Oliveira et al. ([2003?]: 13) demonstra que o próprio poder público pode remunerar uma concessionária que opere em uma concessão de rodovia, por meio do pedágio sombra¹⁵.

¹⁴ Entretanto, segundo Oliveira ([2003?]: 43-44), a cobrança de pedágios em rodovias objeto de concessão de não configura bitributação. Esse argumento é levantado ao afirmar que, ao pagar impostos como o IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – o governo já recebe recursos para que onserve as vias urbanas e rodoviárias. Entretanto, o pedágio não se constitui em um tributo, mas preço público ou tarifa, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal e, por isso, não se sujeita à legislação tributária. Além do mais, mesmo que o pedágio fosse considerado um tributo, a bitributação se configura quando dois tributos incidem sobre a mesma base geradora: no caso do IPVA, a base é a propriedade do veículo; no ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – sobre combustíveis, a base geradora é a compra do combustível e, no caso do pedágio, é a passagem pela praça de pedágio. Dessa forma, mesmo que fosse considerado como tributo, o pedágio não configuraria bitributação. Além disso, não se pode esquecer que impostos não têm vinculação específica, não se podendo afirmar que a função do IPVA é a conservação de vias urbanas e rodoviárias.

¹⁵ O pedágio sombra é aquele no qual “a concessionária é remunerada por pagamento direto do poder concedente, sem cobrança de pedágio [...] as concessionárias recebem do poder concedente um pagamento fixo mais um pagamento proporcional ao volume de tráfego” (OLIVEIRA et al. [2003?]: 15).

Considerando o aspecto da remuneração das concessões, Di Pietro apresenta duas idéias que se contrapõem, tratando-se, “[...] de um lado, de um *serviço público* que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração; de outro lado, de uma *empresa capitalista* que comporta, no pensamento daquele que está à sua testa, o máximo de proveito possível” (GEORGE VEDEL & PIERRE DEVOLVÉ¹⁶ *apud* DI PIETRO, 1997:36, grifo do autor). Assim, cabe observar que, embora o concessionário esteja prestando um serviço público, a concessão tem por objetivo o lucro daqueles que exploram esta atividade. Dessa forma, coexistem, neste empreendimento, a idéia do interesse público indisponível e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que possibilite a continuidade da prestação do serviço por parte do concessionário.

Em se tratando do interesse público, a concessão, como prestação de serviço público, outorga aos concessionários prerrogativas próprias do poder público, como “promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato” (Lei n.º 8.987/95, art. 31, VI) e “captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço” (Lei n.º 8.987/95, art.31, VIII). Além disso, o concessionário deve se submeter aos princípios inerentes à execução dos serviços públicos, principalmente aos da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e igualdade dos usuários.

A continuidade implica a impossibilidade de interrupção da prestação do serviço, exceto quando for por razões técnicas, de segurança das instalações ou por inadimplemento do usuário, considerando-se o interesse coletivo (Lei n.º 8.987/95, art. 6º, § 3º, I e II), sendo condição para a prestação de serviço adequado, ou seja, aquele serviço “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas” (Lei 8.987/95, art.6º § 1º), entendendo-se por atualidade a constante manutenção na prestação do serviço, além da melhoria da tecnologia e expansão da prestação do serviço (Lei n.º 8.987/95, art. 6º, §2º).

O princípio da mutabilidade significa a possibilidade de alteração unilateral, devidamente motivada pelo poder concedente, das cláusulas contratuais visando ao atendimento do interesse público, não cabendo ao concessionário ou ao usuário opor-se às alterações, já que não há direito adquirido em relação ao regime jurídico vigente no momento de celebração do contrato (DI PIETRO, 1996: 52). Porém, o art. 9º, § 4º da Lei 8.987/95

¹⁶VEDEL, George; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.

prevê que, caso a alteração unilateral do contrato afete o equilíbrio econômico financeiro inicial, este deverá ser recomposto, concomitantemente à alteração. Embora a Lei de concessões não estipule um limite para as alterações unilaterais nos contratos, cabe a aplicação do art. 65 da Lei 8.666/93, ou Lei de licitações, que prevê o limiar de 25% do valor inicial, já atualizado, do contrato.

O princípio da igualdade perante o serviço público, por sua vez, remete ao princípio da isonomia, previsto na Constituição de 1988, devendo a prestação do serviço ser igual para todos os cidadãos que se encontrem na mesma situação, sendo que qualquer diferença de tratamento deve ser justificada (DI PIETRO, 1997 :37).

Os serviços públicos, sob o ponto de vista do Direito Administrativo, são conceituados por Medauar (2003:337-338) como as atividades realizadas pela Administração, no âmbito do Executivo, referindo-se às atividades prestacionais, por meio das quais propicia-se algo necessário à vida coletiva, como é o caso do fornecimento de água, energia e transporte. Dessa forma, não se confundem com as atividades-meio, como é a cobrança de impostos e serviços de limpeza e vigilância de repartições. Os serviços públicos submetem-se a normas de Direito Público, ao passo que os serviços privados obedecem às normas pertencentes ao Direito Privado.

Quanto aos modos de prestação, os serviços públicos, segundo Medauar (2003: 342), podem ser prestados tanto pela Administração direta quanto pela indireta. No caso da direta, o Estado é titular e prestador dos serviços, executando-os por meio de seus órgãos próprios, em seu nome, sob sua responsabilidade, sendo os serviços centralizados. Os descentralizados são aqueles atribuídos por outorga ou delegação. A outorga ocorre quando o Estado cria uma entidade (pessoa jurídica: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas) e transfere, por lei, determinado serviço público, definitivamente. Já a delegação ocorre quando o Estado transfere, por contrato (concessão ou permissão) ou ato administrativo, somente a execução do serviço a pessoas físicas, a jurídicas de Direito Privado ou a jurídicas de Direito Público (por meio de convênio) por prazo determinado (MEIRELLES¹⁷ *apud* MEDAUAR, 2003:342).

Logo, é importante considerar que, as concessões, forma de delegação de serviços públicos, conforme explicitado, são uma transferência da execução do serviço, por

meio de lei, porém, a titularidade se mantém com o poder público. Com isso, a Administração possui um poder de direção e controle sobre a prestação dos serviços, prezando pela fiel execução do contrato, podendo aplicar sanções aos concessionários caso isso não ocorra. Assim,

O concessionário gere a prestação do serviço, enquanto a administração controla, configurando-se uma verdadeira 'política de serviço', que implica um contínuo e ininterrupto controle de inspeção e intervenção, que se manifesta de diferentes maneiras, como ordens, atos de disposição, organização, direção e planejamento do serviço público, exame dos documentos e livros do concessionário, a fim de comprovar os resultados econômicos de sua exploração, vigilância da prestação material do serviço, fiscalização de certas operações financeiras que pretenda efetuar o concessionário, etc (ESCOLA¹⁸ *apud* DI PIETRO, 1997:39).

Sendo assim, as concessões são uma forma de lidar com o problema da escassez de recursos públicos para promover a manutenção e os investimentos das infra-estruturas dos serviços públicos, ao contar com a participação de particulares em sua prestação. Para tanto, deve haver mecanismos institucionais que incentivem os empreendedores a participar dos investimentos dessa natureza. Com isso, emergem questões acerca das agências reguladoras e riscos inerentes a concessões, assuntos a serem tratados adiante.

3.2- Permissões

A permissão implica um "ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por terceiros" (DI PIETRO, 1996:79). Segundo a Lei de concessões, arts. 2º, IV e 40:

Art.2º [...]

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Permissão e concessão de serviço público. *Revista de Direito Público*. out./dez. 68. p. 100-134

¹⁸ ESCOLA, Hector Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1979, v. 2. p. 78-79.

IV- *permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.*

Art.40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta lei.

Dessa forma, para Medauar (2003:352), as diferenças entre a concessão e a permissão estão no fato de que

a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica;

b) a concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração (MEDAUAR, 2003:352).

As permissões são, então, uma forma mais precária de prestação de serviço público por meio de contrato administrativo. Esse contrato é de adesão¹⁹, o que implica que o permissionário aceita as cláusulas contratuais postas pela administração, sem tantas garantias como as da concessão.

3.3- Parceria público-privada

A Lei n.º 14.868/2003 do estado de Minas Gerais dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas. Antes de conceituá-las, é necessário explicitar que, conforme o art.11 da Lei n.º 14.868,

Art. 11 - São instrumentos para a realização de parceria público-privada:

¹⁹ O contrato de adesão é conhecido, popularmente, como “pegar ou largar”, ou seja, o interessado deve aceitar todas as cláusulas estabelecidas em contrato, sem que haja discussão a respeito delas. É o que ocorre, por exemplo, em contratos para abertura de contas bancárias e assinatura de cartões de crédito.

I - a concessão de serviço público, precedida ou não de obra pública;

II - a concessão de obra pública;

III - a permissão de serviço público;

IV - a subconcessão;

V - outros contratos ou ajustes administrativos.

A partir daí, pode-se observar que as parcerias público-privadas – PPPs - são contratos administrativos para prestação de serviço público a longo prazo realizados por meio dos arranjos tradicionais de concessão, permissão e subconcessão. Conclui-se, então, que as PPPs, *strictu sensu*, são uma forma de rearranjar os modelos de parceria entre os setores público e privado, *latu sensu*, existentes. Salienta-se que, conforme o *caput* do art. 12 da Lei 14.868/2003, esses instrumentos são regidos pela Lei de concessões e permissões e pela Lei de licitações, além de se admitir as funções reguladora, controladora e fiscalizadora do Estado, por meio da presença de agências reguladoras, que devem estimular a competitividade na prestação de serviços (art. 2º, VI e VIII da Lei 14.868/2003). Por se tratar da prestação de serviços públicos, deve-se considerar que o disposto nos incisos II, III e IV do art. 2º da Lei 14.868/2003 são comuns às diversas modalidades de prestação de serviços públicos, também não se caracterizando como aspectos inovadores nesse modelo. Resta saber, assim, o que há de peculiaridades nesse arranjo de PPP, ou seja, o que ensejou a criação desta legislação.

Para tanto, deve-se analisar, inicialmente, o conceito de PPP. Combinando o parágrafo único do art. 1º com o art. 2º da Lei n.º 14.868, tem-se que:

Art. 1º - [...]

Parágrafo único. As parcerias público-privadas de que trata esta Lei constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhe contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas.

BIBLIOTECA DA
FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO

BIBLIOTECA DA
FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO

O programa de PPP, segundo o art. 2º da Lei 14.868, prevê que serão observadas diretrizes de:

- I - eficiência na execução das políticas públicas e no emprego dos recursos públicos;
- II - qualidade e continuidade na prestação dos serviços;
- III - universalização do acesso a bens e serviços essenciais;
- IV - respeito aos direitos dos usuários e dos agentes privados responsáveis pelo serviço;
- V - garantia de sustentabilidade econômica da atividade;
- VI - estímulo à competitividade na prestação de serviços;
- VII - responsabilidade fiscal na celebração e execução de contratos;
- VIII - indisponibilidade das funções reguladora, controladora e fiscalizadora do Estado;
- IX - publicidade e clareza na adoção de procedimentos e decisões;
- X - remuneração do contratado vinculada ao seu desempenho;
- XI - participação popular, mediante consulta pública.

Dessa forma, as PPP são conceituadas, segundo Grimsey e Lewis (1999) como contratos de longo prazo firmados entre os setores público e privado, por meio de acordos para construção ou gerenciamento de infra-estrutura pública por entidades privadas, ou a provisão de serviços públicos utilizando a infra-estrutura pública. A partir desse conceito, observa-se que as parcerias público-privadas – PPPs - englobam não apenas a construção e o gerenciamento de infra-estrutura, mas a prestação de serviços públicos utilizando-se a infra-estrutura pública. Elas diferenciam-se do modelo de concessões e permissões tradicionais ao contemplar mais atividades do que as previstas, tradicionalmente pelas concessões, conforme disposto no art. 5º, § 1º da Lei 14.868/2003: educação, saúde e assistência social; transportes públicos; saneamento básico; segurança, sistema penitenciário, defesa e justiça; ciência, pesquisa e tecnologia; agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agroindustrialização; outras áreas públicas de interesse social ou econômico. Assim, com a

implementação do modelo de parceria público-privada, observa-se uma ampliação das possibilidades de participação nas atividades de Estado, não se incluindo as atividades típicas de Estado, conforme previsto no art. 6º da Lei 14.868/2003, como, por exemplo, o poder de polícia.

Além disso, observando o disposto nos incisos do art. 2º da Lei 14.868/2003, as PPPs têm, como aspecto subjacente, a idéia de que deve haver o gerenciamento e/ou manutenção do que foi objeto do contrato, possibilitando maior qualidade e eficiência na prestação do serviço, uma vez que a remuneração do parceiro privado está vinculada ao seu desempenho (art. 2º, X da Lei 14.868). Este aspecto reduz a ocorrência de comportamentos oportunistas do tipo risco moral por parte do parceiro privado que poderia utilizar matérias-primas de qualidade inferior em obras, mas que, devido ao longo prazo dos investimentos e da prestação do serviço, requer qualidade em sua construção e execução. Ao tratar do aspecto da sustentabilidade econômica do projeto de parceria, o inciso V do art. 2º explicita que “[...] a parceria público-privada deve atender tanto às necessidades de retorno financeiro do parceiro como também às exigências do interesse público do objeto do contrato” (GOMES, 2004).

Entretanto, as parcerias público-privadas não são sinônimos do modelo de *project finance*. O *project finance* refere-se à “realização de um projeto, a cargo de uma personalidade jurídica constituída especificamente com o fim de oferecer um certo serviço, especialmente na área de infra-estrutura” (GIAMBIAGI & ALÉM, 2000:432). As origens desse modelo estão no desejo dos participantes de compartilhar riscos e evitar a concentração excessiva de riscos em um só setor. Isso porque, continuam Giambiagi e Além (2000), os grupos de investidores somam esforços para financiar conjuntamente determinado projeto, que, isoladamente, demandariam grandes volumes de capital e representariam maiores riscos para investir. Além disso, os agentes participantes de um *project finance* são solidários entre si na execução do projeto, mas inexistente relação do investidor com os outros negócios que ele, separadamente, possui, ampliando as garantias do particular. Dessa forma, o *project finance* é uma alternativa para a realização de grandes investimentos em um contexto de restrições de financiamento por parte do setor público. A partir do exposto, observa-se que o *project finance* refere-se a empreendimentos que apresentam retorno por si sós, podendo ser aplicado na exploração de rodovias entregues em concessão. As parcerias público-privadas incluem, assim, em seu rol de aplicação, a modalidade de *project finance*.

Os contratos de parcerias público-privadas, conforme prevê o art. 2º do Projeto de Lei da Câmara n.º 10 (Substitutivo)/2004 terão duração não inferior a cinco²⁰ e não superior a quarenta e cinco anos, cabendo ao particular a responsabilidade pelo financiamento do projeto. Para tanto, a celebração desses contratos será precedida da escolha do parceiro privado por meio de licitação na modalidade concorrência, obedecendo ao disposto nos arts. 10 e 13 do Substitutivo, sendo que o julgamento basear-se-á, conforme dispõe o art. 14 do Substitutivo, de acordo com um dos seguintes critérios:

Art. 14 [...]

I-melhor proposta econômica;

II-melhor combinação entre a proposta técnica e a econômica.

Além disso, o parágrafo único do art. 14 do Substitutivo serão considerados no julgamento das propostas *econômicas*, além de outros aspectos relacionados à natureza do objeto e desde que haja previsão no edital, prevê que:

I – o valor das tarifas a serem cobradas dos usuários após a execução da obra ou do serviço;

II – os pagamentos devidos pelo parceiro privado em razão da concessão ou da permissão do serviço abrangido pelo contrato;

III – a contraprestação da administração pública, a ser efetuada nos termos do art. 5º;

IV – as melhorias ou benfeitorias a serem realizadas no patrimônio público envolvido na execução do objeto;

V – as utilidades e benefícios a serem assegurados às populações alcançadas pelo contrato de parceria público-privada.

Combinando-se o art. 2º, X com o § 1º do art. 15 da Lei 14.868/2003 tem-se que, além de condicionar o pagamento à qualidade do serviço, a remuneração do parceiro ocorrerá a partir do momento em que for possível utilizar a obra, serviço ou empreendimento. Este ponto merece ser aprofundado, uma vez que deve-se discutir se o parceiro privado terá

²⁰ Esta é uma diferença do modelo de parceria público-privada em relação à Lei de licitações (Lei n.º8666/93), já que esta última veda a celebração de contratos para prestação de serviços contínuos com prazo superior a

recursos suficientes para disponibilizar todo o serviço objeto do contrato ou a partir de qual etapa do projeto será possível disponibilizar a sua utilização. Nas concessões de rodovia, o particular executa obras de “maquiagem”, ou seja, são obras que permitem a utilização mínima da rodovia, permitindo o início da arrecadação. Isso ocorre porque a partir do momento em que se arrecadam recursos é que passa a ser possível realizar os investimentos realmente maiores, como viadutos e pontes. A “maquiagem” implica, então, as etapas iniciais, como a recuperação das vias e a instalação de praças de pedágio, de sinalização mínima e primeiros socorros (informação verbal)²¹.

Observando o rol de atividades passíveis de serem viabilizadas por meio de PPP, percebe-se que nem todas elas apresentam retorno integral: mesmo havendo cobrança de tarifa, esta não é suficiente para cobrir os custos de manutenção, como ocorre nas concessões tradicionais. Cabe, então, ao setor público remunerá-las, conforme disposto acima. Em se tratando de remuneração, os incisos I e II do art. 12 da Lei 14.868/2003 estipulam de que forma serão adotados os indicadores de metas e resultados a serem atingidos pelo parceiro privado, que deverão ser especificados em contrato e no edital de licitação. Os incisos do art. 15, por sua vez, especificam as maneiras pelas quais o parceiro privado pode ser remunerado, sendo que pode haver combinação entre essas formas de pagamento:

Art. 15 [...]

I - tarifa cobrada dos usuários, nos contratos regidos pela lei federal de concessão e permissão de serviços públicos;

II - recursos do Tesouro estadual ou de entidade da Administração Indireta estadual;

III - cessão de créditos do Estado ou de entidade da Administração Indireta estadual, excetuados os relativos a impostos;

IV - transferência de bens móveis e imóveis, na forma da lei [desde que sejam alienáveis];

V - títulos da dívida pública, emitidos com observância da legislação aplicável;

VI - cessão do direito de exploração comercial de bens públicos e outros bens de natureza imaterial, tais como marcas, patentes, bancos de dados;

VII - outras receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.

O conteúdo do inciso VII do art. 15, remete ao art. 11 da Lei de concessões, que prevê, também a possibilidade de se aferir receitas alternativas, complementares ou acessórias como forma de se estabelecer modicidade nas tarifas e contribuir para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que é cabível, então, em PPPs. Os outros mecanismos de pagamento previstos no art. 15 da Lei 14.868 são formas de se garantir o pagamento das obrigações assumidas pelo Estado, caso o pagamento do parceiro privado não seja efetuado e, dessa forma, possibilitar aos particulares o retorno do capital investido. A modicidade nas tarifas pode ser observada, também, quando couber ao setor público complementar a remuneração do parceiro privado, diminuindo, diretamente, o custo do serviço para o usuário. Entretanto, não se pode esquecer que os recursos públicos vêm, em última instância, dos mecanismos de financiamento dos gastos públicos. O modelo de parceria público-privada apresenta, segundo a Lei de parcerias, maior eficiência na provisão do serviço público, uma vez que o setor privado não se atém em aspectos de licitação e concursos públicos, de forma que, para ele, os custos da prestação do serviço são menores do que os do Estado

Observa-se, então, semelhanças entre as Leis 14.868/2003 e 8.987/95, mas a inovação trazida pelas parcerias público-privadas, além da ampliação das áreas passíveis de adoção do modelo de PPP, está, segundo Grimsey e Lewis (1999) em uma maior redução dos gastos públicos em infra-estrutura e nos benefícios do compartilhamento de riscos e recompensas entre os setores público e privado. Isso porque nas concessões, conforme visto, a responsabilidade pelo risco do negócio é do particular. A grande proposta das parcerias público-privadas está nesse compartilhamento de riscos entre os parceiros. Segundo Gomes (2004), essa repartição ocorre conforme a capacidade que cada um dos parceiros tem para gerenciar os riscos da atividade a ser executada pelo parceiro privado: cabe à Administração a responsabilização pelas garantias e, ao particular, a execução, o investimento e o financiamento inicial do projeto.

Em se tratando do processo de escolha dos parceiros e dos projetos a serem implementados na modalidade PPP, em Minas Gerais, art. 19 da Lei 14.868/2003 prevê que o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGPPP –, vinculado à Governadoria do

Estado e será composto por secretários de Estado, conforme disposto no art. 19, § 2º da Lei 14.868/2003, cabendo-lhe a elaboração do Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas e aprovação dos editais, contratos, seus aditamentos e prorrogações. Para tanto, o CGPPP será assessorado pela Unidade de coordenação de parcerias público-privadas – Unidade PPP – que divulgará conceitos e metodologias próprios dos contratos de parcerias público-privadas (art. 20, II da Lei 14.868/2003).

A Unidade PPP, conforme disposto no art. 5º do Decreto 43702/2003, está vinculada à Subsecretaria de Assuntos Internacionais da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico tendo, também, por função executar atividades operacionais e de coordenação de parcerias público-privadas, auxiliando na metodologia de elaboração de projetos, editais, contratos e licitação para a escolha dos parceiros.

Em Minas Gerais, os projetos elaborados dentro da modelagem da Parceria Público-Privada, serão firmados no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo, sendo que cada órgão ou entidade da Administração estadual tem autonomia para firmar contratos de PPP. Entretanto, como forma de evitar que se firmem contratos de forma despadronizada, colocando em risco a credibilidade do programa, cabe à Unidade PPP, dentre outras funções, as seguintes, conforme o Decreto 43.072/2003:

[...]

V - prestar assessoramento técnico às Unidades Setoriais de PPP;

VI - encaminhar para aprovação do Grupo Coordenador do Fundo de PPP estudo técnico de garantias para cada projeto proposto

[...]

X - gerenciar a rede de Parcerias Público-Privadas no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo

Dessa forma, um projeto de parceria público-privada parte do interesse de órgão ou entidade da Administração estadual, em viabilizá-lo, devendo ser enviado ao CGPPP para que seja aprovado e incluído no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas. A elaboração do projeto, do edital e do contrato e os aspectos financeiros da licitação devem ter apoio técnico da Unidade PPP. O CGPPP deve aprovar o projeto para que, posteriormente,

elabore-se o edital para que, ao final, os empreendimentos em PPP possam ser iniciados pelos parceiros.

Cabe, então, analisar como a Lei 14.868/2003, com base no Projeto de Lei da Câmara n.º10 (Substitutivo)/2004, considera os riscos em projetos de parceria público-privada e de que formas são colocadas as questões de governança e governabilidade neste dispositivo legal, para que, ao final, seja possível analisar se a Lei mineira realmente considera e mitiga os riscos, tanto do negócio, quanto os decorrentes do oportunismo do Estado.

4- NEO INSTITUCIONALISMO

A análise do risco regulatório em contratos de concessão e parceria público-privada está embasada em conceitos do neo institucionalismo. Através da explicação da teoria dos custos de transação, do oportunismo e dos custos de agência decorrentes de relações *agent versus principal*, pode-se observar quais são os riscos inerentes ao comportamento do Estado após a participação dos particulares nesses empreendimentos.

A teoria dos custos de transação, tratada, inicialmente, por Coase (1937), busca explicar a razão da existência das firmas, ou seja, o que leva as empresas a se verticalizarem em vez de adquirir os bens que necessitam diretamente no mercado. A teoria dos custos de transação explica que isso ocorre porque os custos que as firmas têm ao recorrer ao mercado é alto. Por isso, é mais conveniente verticalizar-se e assumir para si as tarefas que o mercado poderia desempenhar se isso implicar menos custos para as organizações.

Dessa forma, os “custos de transação são os custos que os agentes enfrentam toda vez que recorrem ao mercado” (FIANI, 2002:269), ou seja, são os custos de estipular cláusulas contratuais, negociar e garantir o cumprimento desses contratos, além de obter informações no mercado. Esses custos existem devido à racionalidade limitada dos agentes, ao ambiente complexo e incerto e à existência de especificidade de ativos.

Simon (1982), ao discutir a racionalidade limitada dos agentes considera que os indivíduos são dotados de limitada capacidade mental, o que impossibilita a estipulação de contratos completos, já que há custos tanto para obter informações quanto para estipular os contratos com todas as cláusulas possíveis, remetendo aos custos de transação ao se estipular contratos. Com isso, os contratos firmados entre os agentes são, naturalmente, incompletos, dada a ineficiência para se elaborar contratos que contemplem todas as situações possíveis durante seu cumprimento. Já a limitação da racionalidade humana é considerada um elemento importante quando se está inserido em um ambiente de complexidade e incerteza, uma vez que os agentes não podem especificar o que poderá, ou não, ser feito em determinada circunstância. Em ambientes simples, entretanto, a limitação da racionalidade não impede os agentes de tomar decisões, pois as restrições da racionalidade dos agentes não são atingidas. A combinação de racionalidade limitada e incerteza gera a assimetria de informação, ou seja, a diferença de informação entre os agentes envolvidos em uma transação, que firmam contrato entre si (FIANI, 2002:269-270).

A assimetria de informação, aliada à incompletude dos contratos, acaba possibilitando a ocorrência de comportamentos oportunistas de uma das partes da transação. O oportunismo consiste no fato de que os agentes, ao encontrarem lacunas nos contratos, passarão a agir de forma que obtenham vantagens em relação à outra parte do contrato (FIANI, 2002:270). O oportunismo pode ocorrer antes ou depois de se firmar o contrato. O oportunismo *ex-ante* ou seleção adversa é aquele que uma das partes que irá firmar o contrato constitui-se em uma amostra não aleatória, ou seja, essa parte sabe, de antemão, que não possui condições de cumprir o contrato.²² O oportunismo pós-contratual ou *ex-post* pode se apresentar sob a forma de risco moral (*moral hazard*) ou de refém (*hold up*). O risco moral consiste no fato de que, após a assinatura do contrato, o agente muda seu comportamento, pois a outra parte não é capaz de monitorar perfeitamente o cumprimento do contrato²³. O oportunismo pós contratual do tipo refém ocorre quando o contrato refere-se a ativos especializados²⁴, pois, ao investir nesse tipo de ativo, compradores e vendedores passam a se relacionar de forma exclusiva ou quase exclusiva, já que existe apenas um produtor e um único consumidor. Essa especificidade é que origina, então, o problema do refém, pois, após uma das partes investir em um ativo especializado, a outra pode ameaçá-la ao querer encerrar a relação; com isso, pode haver barganha da parte ameaçadora para obter maiores vantagens no contrato (FIANI, 2002:271-272). Logo, o oportunismo está essencialmente associado à manipulação de assimetrias de informação entre os agentes, além da incompletude dos contratos.

Além do oportunismo, a assimetria de informações pode fazer com que os agentes tenham acesso a informações diferentes, levando ao estabelecimento de relações do tipo agent versus principal – ou agente versus mandatário – nas quais, segundo Przeworsky, o agente age em nome do mandatário, porém é, também, permeado por interesses próprios. Isso ocorre devido à assimetria de informações entre os mandatários e os agentes: “os *agents* sabem o que os motiva, têm conhecimento privilegiado sobre suas capacidades, e podem ter a

²² Exemplos clássicos são os que ocorrem com as seguradoras de carros, pois as pessoas com maiores probabilidades de terem seus carros roubados é que fazem o seguro, constituindo-se, então, em seleção adversa (PRZEWORSKY, 1998).

²³ O oportunismo pós-contratual do tipo risco moral ocorre, por exemplo, após a realização do contrato de seguro de um automóvel: o proprietário do veículo, sabendo que está protegido pelo seguro, passa a ser mais displicente quanto aos cuidados que deve ter para com seu carro (PRZEWORSKY, 1998).

²⁴ Os ativos especializados são aqueles que possuem utilidade apenas se forem utilizados em conjugação com outros, ou seja, são depreciados ou deixam de existir fora de lugares específicos. Isso ocorre, por exemplo, com uma estrada de ferro implantada, exclusivamente, para escoar a produção de uma mina de carvão: caso a produção da mina não seja escoada por essa estrada, essa estrada deixa, simplesmente, de ter o seu valor e sua utilidade (FIANI, 2002:270).

chance de observar coisas que os *principals* não podem ver. Executam inclusive algumas ações que, pelo menos em parte, são feitas sem o conhecimento do *principal*” (PRZEWORSKY, 1998:45, grifo do autor). Dessa forma, as relações entre *agents* e *principals* devem ser estruturadas o suficiente para permitir que a economia funcione bem; essas relações ocorrem, segundo Przeworsky (1998: 46), entre o Estado e os agentes econômicos privados, entre políticos e burocratas e entre cidadãos e Estado.

Entretanto, não se pode deixar de mencionar que passarão a existir custos de gerenciamento dos contratos - custos de agência (NISKANEN, 1971)- ao firmar-se contratos entre o Estado e o setor privado. Em se tratando de empreendimentos que envolvam o setor privado e o Estado, deve haver benefícios para os agentes privados que visarem ao interesse público e punições caso o contrário ocorra. Porém, os particulares, ao firmarem contratos com o Estado não têm certeza de que, se agirem bem, serão recompensados, dado o risco moral proveniente da ação do Estado.

Coloca-se, então, a questão como um Dilema da Ação Coletiva, que, conforme Elster (1994:151), existe nas relações sociais e ocorre quando os indivíduos agem conjuntamente, necessitando de cooperação entre si, para que haja uma ação coletiva. Para executar essa ação, os participantes têm a possibilidade de escolher se desejam empenhar-se, ou não, para empreender determinada tarefa. O indivíduos têm “ [...] um problema de ação coletiva se for o melhor para todos se alguns o fizerem do que se ninguém o fizer, mas melhor para cada um não fazê-lo. [...] Cooperar é agir contra o próprio auto-interesse de um modo que beneficie a todos se alguns, ou possivelmente todos, agirem daquela forma” (ELSTER, 1994:151). Dessa forma, não cooperar é mais racional do que cooperar, dado que haverá maiores benefícios para aqueles que recebem as recompensas das ações dos outros indivíduos. Exemplo disso está no fato de que, para viabilizar uma concessão em uma rodovia, o particular deve realizar investimentos. Esses investimentos são feitos a partir do momento em que o Estado garante ao particular que cooperará com ele, ou seja, irá reajustar tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não criará rotas de fuga, por exemplo. Com base nisso, o particular investe em um ativo especializado – uma estrada. Entretanto, em um segundo momento, é mais benéfico para o Estado não cooperar com o particular, dado que ele terá retornos positivos junto à população por não ter aumentado o valor do pedágio, ou então, por ter criado uma rota de fuga. Dessa forma, o Dilema da Ação Coletiva consiste em demonstrar, inicialmente, que se deseja cooperar com a outra parte, para que, em um segundo momento, adote-se comportamento diverso daquele demonstrado

inicialmente, algo mais benéfico e racional para aquele que não coopera, já que terá benefícios diante da ação do outro. Isso não se restringe à ação do Estado, alcançando, também, o particular.

Logo, o problema do Dilema da Ação Coletiva está no fato de se cooperar ou não com a outra parte em um segundo momento, já que, em se tratando de uma relação *agent versus principal*, a tendência é que ocorra um comportamento oportunista do tipo pós-contratual, ou seja, após o investimento em um ativo especializado, impossibilitando o retorno do capital investido pelo particular, em se tratando do oportunismo por parte do Estado, caso a ser tratado no caso de parcerias público-privadas.

Dai a importância de se discutir o papel que as instituições têm como forma de reduzir os riscos regulatórios e serem garantidoras dos compromissos firmados pelo Estado, por um lado e, por outro, de criar mecanismos que fiscalizem as ações do particular, já que se estabelece uma relação *agent versus principal*. O problema está, justamente, em se pensar no longo prazo, de forma que os compromissos hoje firmados não sejam mantidos, posteriormente, devido à falta de credibilidade institucional dos governos, ao priorizar-se políticas que visem ao curto prazo e a reeleição. A questão dos riscos regulatórios remete a discussão, em última instância, aos aspectos de governabilidade e governança, sendo necessário, então, conciliar esses aspectos para que a agenda de reforma do Estado inclua a importância da credibilidade institucional para viabilizar ações conjuntas entre Estado e particulares.

5-RISCOS, CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Os projetos de concessões e parcerias público-privadas, para que sejam viáveis, devem demonstrar sustentabilidade econômica e consistência política ao longo do tempo. Dessa forma, faz-se necessária uma remuneração adequada do investimento, além de credibilidade e compromisso por parte do governo. Caso isso não ocorra, haverá dificuldades para se firmar contratos posteriores ou para renovar os contratos que se encontrem em andamento. Nesses casos, a dificuldade encontra-se justamente no fato de que esses contratos são de longo prazo, podendo existir riscos que não haviam sido previstos no momento do contrato. No caso das parcerias público-privadas, a dificuldade é ainda maior devido à falta de experiências em relação a este novo arranjo contratual. Com isso, caso haja interesse do Estado, em viabilizar a participação do setor privado em investimentos públicos, deve-se garantir o retorno do montante investido.

Porém, a experiência brasileira tem demonstrado que a maior fonte de riscos, para os particulares, - em se tratando de concessões - é o arbítrio do poder concedente. Isso porque as revisões contratuais e, principalmente, de valores tarifários decorrem de pressões políticas dos usuários sobre o governo (OLIVEIRA, 2001:6-7)²⁵. Isso pode levar a um comportamento oportunista do tipo refém, dado que, após o investimento por parte do concessionário em um ativo especializado, o Estado possui incentivos para ter um comportamento diferente do que havia se comprometido à época de se firmar o contrato; logo, em um segundo momento, o Estado não coopera com o particular, que sai prejudicado no contrato.

Observa-se, assim, que uma importante característica das concessões, enumerada no art. 2º da Lei de concessões, é o elemento do risco. Dessa forma, as concessionárias, ao aplicarem capital em empreendimentos desta natureza, buscarão uma remuneração que possibilite um retorno sobre o capital, além da compensação sobre o risco do empreendimento. Logo, é necessário estabelecer a remuneração adequada aos investidores, para que os empreendimentos de concessão, de longa duração, possam ocorrer para propiciar, no futuro, a renovação de contratos. Além disso, deve haver punição efetiva para o Estado quando desrespeitar o contrato, destacando-se, assim, a importância das agências reguladoras.

²⁵O governo, ao reajustar a tarifa avalia os custos e os benefícios deste reajuste. Ao não conceder o aumento tarifário, ele obtém retorno político junto aos usuários em futuros pleitos, embora a credibilidade junto aos empreendedores seja prejudicada.

Oliveira (2001) relata que a principal forma legal de proteção dos investidores contra esse arbítrio do poder concedente, ou risco regulatório, está na garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, conforme previsto no art. 9º, § § 2º e 4º da Lei de concessões:

Art. 9º [...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

[...]

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete seu equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Esse equilíbrio é estabelecido quando o poder concedente analisa que os benefícios de uma concessão são maiores do que seus custos e, também, quando o concessionário avalia a concessão como uma atividade que lhe proporciona um retorno sobre os custos diretos²⁶ e sobre o custo de capital²⁷ (OLIVEIRA, 2001).

Entretanto, não cabe à Lei de concessões contemplar todos os aspectos referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento. O edital e o contrato de concessão complementam a lei. Porém, apesar de haver a garantia desse equilíbrio, Oliveira (2001: 7) observa que há duas dificuldades para seu estabelecimento. Primeiramente, não há consenso a respeito do que vem a ser o equilíbrio econômico financeiro²⁸. Em segundo lugar, o restabelecimento do equilíbrio pode ser prejudicado pela morosidade do sistema judiciário, ocasionando perdas que prejudiquem ou possam levar à inviabilidade do negócio da concessão.

²⁶ Os custos diretos compreendem aqueles gastos relacionados com a eficiência da concessionária e com os necessários ao provimento dos bens/serviços referentes ao contrato de concessão (OLIVEIRA, [2003?]:18).

²⁷ O custo de capital é dado pela soma da taxa de juros básica, que seria o retorno obtido pela aplicação desse capital em um ativo sem risco, além do prêmio pelo risco do empreendimento, o adicional que acionistas e/ou instituições financeiras exigem devido a esse risco. Logo, o custo de capital é a taxa cobrada pelos financiadores para adiantarem recursos para os empresários, que os remunerarão ao longo do tempo do empreendimento. Cabe ao concessionário arrecadar recursos em um volume tal que possibilite o pagamento do que foi aplicado por ele próprio e do que foi antecipado. (OLIVEIRA, [2003?]:18).

²⁸ O equilíbrio econômico-financeiro, equação econômica ou equação financeira compreende “a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargos assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato”(PI PIETRO, 1996:60). Dessa forma, o

A viabilidade de uma concessão consiste no fato de se conseguir cobrir os gastos com amortizações de investimentos e despesas operacionais, além de possibilitar o retorno sobre o capital investido (OLIVEIRA, [2003?]: 18). Uma concessão deve, então, possibilitar que os custos diretos e o custo do capital sejam cobertos pelo retorno do investimento. Observa-se, porém, que os custos de capital, se forem minimizados, tendem a fazer com que os custos do projeto diminuam bastante. Para isso, é necessário reduzir um importante componente do custo de capital: o risco decorrente do arbítrio do poder concedente. Daí enfatizar-se a estabilidade do marco regulatório nos custos das concessões. Para tanto, faz-se necessário entender a representação que esses riscos têm para o empreendimento, já que se traduzem em custos para o concessionário, que, em última instância, são transferidos aos usuários (OLIVEIRA, 2001).

A partir da experiência das concessões, a criação do modelo de parceria público-privada faz com que os investidores tendam a ter desconfiança em relação à ação do Estado, devido à natureza dos empreendimentos, que requerem, também, retornos a longo prazo, além de tratarem de ativos especializados. Dessa maneira, a questão está em demonstrar quais são os mecanismos legais que limitam o arbítrio do governo, reduzindo, então, os riscos das parcerias público-privadas. Fica claro, assim, que quanto maiores os riscos, maiores serão os custos dessas parcerias, o que pode fazer com elas deixem de ser atrativas, tanto para o Estado quanto para os investidores, respectivamente.

5.1-Risco e incerteza

Inicialmente, convém diferenciar risco de incerteza. Segundo Knight²⁹ *apud* Grimsey e Lewis (1999), em ambas as situações o resultado futuro não é predizível com certeza. Mas, no caso dos riscos, as probabilidades dos variados resultados futuros são conhecidos, matematicamente ou de acordo com as experiências passadas. Entretanto, na incerteza, as probabilidades dos diversos resultados futuros são meras suposições. Em um empreendimento existem tanto riscos quanto incertezas. As chances de encontrar um terreno menos adequado à construção pretendida, portanto, com custos mais elevados, constitui um risco, já que a experiência passada informa a probabilidade de ocorrência deste evento em um

equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão busca estabelecer um denominador comum para os esforços a serem empenhados tanto pelo particular quanto pelo Estado para que se execute o contrato.

²⁹ KNIGHT, F. *Risk, uncertainty and profit*. Boston:Houghton Mifflin, 1921.

caso concreto. Riscos implicam custos em um empreendimento; logo, quanto menores eles forem, mais eficientes serão os empreendimentos. Já as incertezas, pela sua natureza imprevisível podem vir a inviabilizar um investimento, mesmo que este se apresente aparentemente rentável. Neste sentido, o arranjo institucional das PPPs pode ser analisado quanto a sua capacidade de restringir a ocorrência de incertezas e a de reduzir os riscos, sendo que o foco deste trabalho está na análise dos riscos em projetos de parceria público-privada.

As empresas privadas, ao investirem, deparam-se com a escassez de recursos próprios para viabilizarem seus empreendimentos. Logo, recorrem a fontes de financiamento das mais diversas: acionistas, bancos e linhas internacionais de crédito. Além disso, antes de investirem em qualquer tipo de negócio, os empresários realizam uma análise de investimento, ou seja, avaliam o custo de oportunidade para se aplicar o capital³⁰. Uma vez decididos a investir, eles passam a considerar, além do retorno planejado, os riscos desse projeto. Com isso, a partir do momento em que observarem que as cláusulas contratuais e a legislação permitem a proteção e a segurança contra comportamentos oportunistas por parte do Estado, ou seja, analisarem os riscos e incertezas do empreendimento, os empresários passarão a investir e entrarão no negócio.

Entretanto, todos esses mecanismos estão sujeitos a restrições para a viabilidade da contratação do crédito, que se sujeita a condições de risco. Dessa forma, quanto maiores esses riscos, mais caros serão os recursos captados. Para tanto, vale fazer uma análise dos riscos relativos a empreendimentos entre particulares e Estado.

Em se tratando de concessões, Oliveira (2001:41-43) relata que há dois tipos de fontes de risco: os decorrentes de assimetria de informação³¹ e os riscos externos ao contrato³². Esta análise pode ser estendida às parcerias público-privadas, dado que dentre os instrumentos de parceria público-privada estão, segundo o art. 11 da Lei 14.868/2003, a concessão de serviço público, concessão de obra pública e permissão de serviço público, regidos pela Lei de concessões.

³⁰ Essa análise consiste na avaliação de duas situações: a) o fluxo de caixa do projeto com base em um modelamento que muitas vezes é difícil pelos fatores de incerteza e b) a simulação do mesmo investimento em um fundo que possua uma rentabilidade atraente. Se a situação a) apresentar resultados inferiores aos levantados na situação b), o investidor optará por não investir (HIRSCHFELD, 1984).

³¹ Referem-se aos comportamentos oportunistas por parte do Estado.

³² São os riscos relativos a eventos naturais, sociais e econômicos, que não estão sob controle das partes. Exemplos disso são acidentes naturais e a desvalorização cambial.

A assimetria de informação gera problemas de informação escondida (*hidden information*) e de ação escondida (*hidden action*) que, conseqüentemente, levam ao comportamento oportunista das partes. Os primeiros derivam de comportamentos oportunistas pré-contratuais, ao passo que os segundos desembocam no oportunismo pós-contratual ou seleção adversa (OLIVEIRA, 2001). Além disso, essa assimetria de informações implica custos de agência, que consistem, para o Estado, no custo de se gerenciar o cumprimento dos contratos por parte do particular, tarefa considerada difícil por se tratar de uma relação *agent versus principal*.

Os riscos externos, por sua vez, podem ser endógenos ou exógenos. Os exógenos são aqueles que não podem ser controlados por nenhuma das partes do contrato, pois a origem desses riscos não é atribuída à ação direta dos agentes envolvidos no contrato; ao alocá-los em uma das partes, não há alteração sobre a sua magnitude. Além disso, o critério econômico para sua alocação está em atribuí-lo à parte com melhores condições de defender-se dele, por meio, por exemplo, de seguros. Já os endógenos consistem nos riscos “ [...] que podem ser reduzidos pela identificação e atribuição de seu controle às partes que possuam o incentivo adequado para diminuir ao máximo sua exposição a eles. [...] alocando cada parcela de risco à parte que melhor puder controlá-la” (OLIVEIRA, 2001:44)³³. Dessa forma, pode-se avaliar se os arranjos institucionais possibilitam a redução dos riscos do projeto, ao contemplar as obrigações de cada uma das partes, de forma que haja um equilíbrio, tanto de obrigações quanto de garantias.

5.1.1-Riscos exógenos

Os riscos exógenos compreendem os seguintes riscos: a) econômico; b) de força maior; c) financeiro de variações da taxa de juros; d) financeiro de variações cambiais e e)risco político. A seguir, serão explicados, conforme Oliveira (2001:45-47), cada um desses riscos:

a)Risco econômico: embora o projeto tenha cumprido as especificações e os prazos planejados, existe o risco de não haver demanda suficiente pelo serviço prestado para

³³ Por exemplo: se em um contrato de concessão de rodovias, couber ao concessionário a responsabilidade por obras de proteção contra deslizamento de barreiras, ele também será responsável pela reparação da rodovia se ocorrer deslizamento. Essa é uma forma de se incentivar a concessionária a esforçar-se pela manutenção da rodovia (OLIVEIRA, 2001:44).

gerar o fluxo de caixa necessário para que a concessão se mantenha. Com isso, podem ocorrer, nas concessões de rodovias, alteração do volume e da composição do tráfego de veículos;

b)Riscos de força maior: são os riscos relativos à ocorrência de eventualidades que possam implicar a perda de capital, total ou substancial. Exemplos disso são fenômenos naturais, como terremotos e tempestades ou de fundo político, como guerras ou ataques terroristas. Os contratos de seguro são uma alternativa de proteção contra esses riscos de força maior. Além disso, os contratos de concessão de rodovia prevêem a possibilidade de término caso ocorra um evento de força maior;

c)Risco financeiro de variações da taxa de juros: se as taxas de juros que financiam os projetos forem flutuantes ou se os prazos das dívidas contratadas forem menores do que o período de duração do contrato de concessão, o aumento da taxa de juros prejudicaria a capacidade de os concessionários honrarem os compromissos firmados;

d)Risco financeiro de variações cambiais: isso ocorre quando o fluxo de receitas está definido em uma moeda diferente da do fluxo de despesas. Com isso, caso houver uma mudança na taxa de câmbio que onere o fluxo de despesas o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é afetado;

e)Risco político: relaciona-se com as ações do governo em geral, de autoridades políticas, por meio de “[...]ações não específicas para a concessão, mas que podem interferir no desenvolvimento do projeto, comprometendo o seu equilíbrio econômico-financeiro” (OLIVEIRA, 2001:46). Dessa forma, esse risco engloba as ações de autoridades em geral - que não sejam o poder concedente - que não possuem relação direta com o contrato, mas que nele repercutem: não se interfere, inicialmente, no desenvolvimento do programa de concessões, mas essas ações incidem, de forma indireta, nos resultados econômicos do empreendimento. Por exemplo, mudanças nas legislações trabalhista, ambiental ou tributária fazem com que, indiretamente, os custos do projeto aumentem.

5.1.2- Riscos endógenos

Os riscos endógenos, por sua vez, contemplam, segundo Oliveira (2001:47-51) os seguintes riscos: a)de construção; b)financeiros – financiabilidade *ex-ante* e insolvência e c)regulatório. Esses riscos das concessões são explicitados abaixo:

a)Riscos de construção: envolvem, segundo Giambiagi e Além (2000:436), a possibilidade de não-atendimento das condições planejadas e das datas acordadas: atraso/abandono da obra por parte do responsável e aumento dos custos previstos na fase de construção, envolvendo, assim, os componentes técnico e econômico. Oliveira (2001:47-48) analisa esses dois componentes: o econômico refere-se às elevações inesperadas e acima do planejado dos custos de construção, levando ao aumento dos custos de capital e comprometendo o equilíbrio financeiro do projeto. Já o técnico relaciona-se com a adoção de tecnologias inovadoras nos projetos, de forma que se atendam os requisitos previstos nos contratos.

O Contrato de Garantia, conforme relata Oliveira (2001:47-48) é uma forma de se lidar com o risco da não conclusão do projeto, pois envolve a obrigação de concluí-lo ou repagar a dívida assumida: o valor de um projeto inacabado é muito baixo, fazendo com que o projeto, por si só, não possa servir como garantia única aos credores. Logo, a garantia é concedida não só pela construtora mas, também, por exemplo, por fornecedoras de equipamentos, já que o projeto é realizado em conjunto;

b)Riscos financeiros – financiabilidade *ex-ante* e insolvência: implicam, segundo Oliveira (2001:48-49), a preocupação do poder concedente em obter dos financiadores um comprometimento formal sobre a exequibilidade financeira do projeto – financiabilidade *ex-ante*. Isso ocorre porque os contratos de concessão alocam como risco do concessionário a obtenção e a estruturação dos financiamentos dos projetos, além das renegociações e reestruturações de dívidas para garantir a manutenção dos contratos. Dessa forma, a exequibilidade financeira do projeto é fundamental para sua continuação e, também a existência de um fluxo de caixa adequado é fator preponderante para que haja financiamento,

por meio de credores e acionistas³⁴, já que estes estão interessados no retorno do que foi investido.

Os fornecedores de crédito, antes de decidirem por sua concessão, analisam se o projeto pode ser concluído no prazo e especificações previstas, se o projeto será, na prática, conforme foi planejado e se o que se previu para receitas futuras e custos de construção é adequado. Uma possibilidade para se prevenir a insolvência é a criação de um fundo de reservas para garantir a continuidade do serviço da dívida durante determinado período de tempo, sendo que a remuneração dos acionistas está sujeita à constituição deste fundo (OLIVEIRA, 2001:48-49);

c)Risco regulatório: o risco regulatório é um tipo de “[...] o risco político [neste caso] decorrente das interações entre governo e concessionária em processos de reajustes e revisões contratuais, bem como de imposição de restrições legais adicionais” (OLIVEIRA, 2001:49-50) e implica ações unilaterais por parte do poder concedente que alterem, diretamente, o equilíbrio econômico-financeiro do projeto. Dessa forma, o risco regulatório não se confunde com o risco político, uma vez que no primeiro a atuação do poder concedente interfere, *diretamente* no equilíbrio econômico-financeiro, ao passo que no segundo esse risco é decorrente de ações do governo, mas que reflete, *indiretamente*, no contrato. Para Di Pietro (1996:64), o risco regulatório relaciona-se diretamente com o contrato, compreendendo qualquer conduta da Administração que impossibilite sua execução ou que implique seu desequilíbrio econômico. Esse conceito de risco regulatório desenvolvido por Oliveira (2001)

³⁴ É importante salientar que existe uma heterogeneidade do custo do capital em relação a fontes de financiamento e momentos diferentes de tempo. Isso ocorre porque os mercados financeiros são incompletos e imperfeitos, fazendo com que alguns agentes tenham acesso a crédito mais barato do que outros. Além disso, as diferentes fontes de capital e diferentes empreendimentos implicam custos e riscos diferentes entre si. A razão disso está no fato de que nenhum projeto tem a garantia de retorno de 100%: daí os investidores preferirem negócios de menor risco e aceitarem participar de empreendimentos mais arriscados apenas se a remuneração oferecida for maior. Considerando as diferentes fontes de financiamento, como, por exemplo, acionistas e terceiros (bancos e organizações financeiras), observa-se uma diferença dos custos de capital dependendo da fonte de financiamento, uma vez que os bancos e organizações financeiras têm a remuneração prefixada contratualmente e arcam apenas com o risco de inadimplência, ao passo que a remuneração do capital dos acionistas depende dos resultados do negócio e, com isso, arcam com todos os riscos do negócio. Por isso, o custo do capital dos acionistas ser mais elevado do que o de terceiros. Além disso, as percepções a respeito do risco podem mudar com o tempo, principalmente no que se refere ao risco político e, em última instância, do risco regulatório. Entretanto, não é possível financiar 100% do projeto por meio de capitais de terceiros, pois a empresa se endivida mais, aumentam os custos de capital, uma vez que aumenta o risco da insolvência financeira (compromissos quebrados ou honrados com dificuldade) e o risco de agência (o bem-estar do credor – a remuneração do empréstimo concedido – passa a depender das ações dos empresários; não havendo restrições, a tendência é que os proprietários tomem decisões que lhes beneficiem. Ocorrem, então, comportamentos oportunistas do tipo risco moral: para baixos graus de endividamento, os proprietários arcam com os custos. Porém, à medida que aumenta o endividamento, os credores é que passam a ser onerados com essas custos (OLIVEIRA, 2001:27-35).

e Di Pietro (1996) corresponde ao conceito de risco político de Giambiagi e Além (2000:437), que está ligado à capacidade de um governo, por meio do arbítrio, alterar cláusulas essenciais para o cálculo econômico do projeto, como, por exemplo, os reajustes de tarifas e a quebra de contratos.

Além disso, o risco regulatório pode ser derivado de atos legislativos de caráter específico, que impactem, diretamente, nas receitas das concessionárias, como é o caso de se conceder isenção tarifária a categorias de usuários (OLIVEIRA, 2001:58). Outros exemplos de atos unilaterais que se aplicam a concessões de rodovias são, segundo Oliveira (2001:50): atos unilaterais que alterem os condicionantes do início da cobrança do pedágio, impedimento para a cobrança do pedágio, mesmo que as condições estipuladas no contrato tenham sido seguidas pelo concessionário, concessão de benefícios tarifários e facilitação de rotas de fuga, que impossibilitam a cobrança do pedágio. Observa-se, assim, que o risco regulatório está ligado aos conceitos do neo-institucionalismo econômico, já que questões de custos de agência, oportunismo e custos de transação não podem ser excluídas das considerações acerca do comportamento do Estado após o investimento do particular em empreendimentos sujeitos à cooperação por parte do setor público.

Dessa forma, a questão do risco regulatório implica a existência do poder arbitrário por parte do Poder Executivo e, também do Legislativo que, por meio de leis, pode criar exceções à cobrança de pedágio e alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por isso consideram-se os riscos regulatórios como endógenos, pois cabe ao poder concedente controlar suas próprias ações de forma a promover o equilíbrio econômico-financeiro do projeto. Com isso, deve haver garantias legais e institucionais que ofereçam aos concessionários proteção quanto a comportamentos oportunistas por parte do Estado que devem ser reduzidos, por meio, por exemplo, de políticas que aumentem a punição pelo não-cumprimento dos contratos por parte do poder concedente, dissociando-os do poder regulador (OLIVEIRA, 2001: 50-51). Daí a importância de agências reguladoras independentes, pois a redução dos riscos decorrentes do descumprimento dos contratos por parte do poder concedente está ligada à existência de punições efetivas pelo seu desrespeito. Przeworsky (1998:48-49) esclarece isso: para intervir de forma acertada não basta o governo dispor de informações sobre os custos da empresa, ser legalmente capaz de fixar os preços da empresa regulada e ter receita de impostos suficiente para subsidiar a empresa.

Isso porque, mesmo que o investimento seja subsidiado pelos consumidores ou diretamente pelo Estado, a empresa não optará por fazê-lo a menos que seja razoavelmente garantido o lucro advindo do investimento não será confiscado tão logo os custos sejam abatidos. Suponhamos agora que a empresa suspeite de que o governo vai mudar e de que o novo governo, a título de imposto, ficará com todos os ganhos extras auferidos depois de feitos os investimentos. Neste caso a empresa não investe, mesmo que receba incentivos; e o governo do período 1, por sua vez, sabendo de antemão que a empresa não vai investir, tem como intervenção ótima não subsidiar o investimento, ainda que este seja socialmente benéfico. Logo, para poder intervir bem, o Estado deve comprometer-se a não confiscar lucros durante o período 2 (PRZEWORSKY, 1998:49).

A partir do exposto por Przeworsky (1998), o problema do risco regulatório decorre do risco moral do *principal*. Em se tratando de concessões e parcerias público-privadas, mesmo que o governo, o *principal*, deseje que o particular (*agent*) invista, em um segundo momento, após o investimento em um ativo especializado, o Estado pode fazer com que a empresa pague mais impostos, ou crie leis que prejudiquem o negócio. Dessa forma,

os *agents*, portanto, não podem ter certeza de que, se agirem bem, serão recompensados. Esse problema [...] é inerente às relações políticas [...] [pois] nenhum governo pode assumir, antecipadamente, compromisso por todos os governos futuros. Não é possível garantir de forma absoluta o direito de propriedade. [...] Logo, os direitos de propriedade são inerentemente inseguros (PRZEWORSKY, 1998: 49).

Essa insegurança em relação aos direitos de propriedade implica que, embora até mesmo as Constituições prevejam a sua proteção, nada impede a ocorrência de mudanças constitucionais e, também, devido à racionalidade limitada dos legisladores, não é possível estabelecer todos os direitos de propriedade em leis. Além do mais, deve-se considerar que as Constituições não podem especificar tudo, de forma que se deixe espaço para o arbítrio do Poder legislativo e para a interpretação do judiciário. Uma forma de se reduzir o risco decorrente de ações arbitrárias por parte do executivo – risco regulatório – está na elaboração de uma legislação extremamente detalhada, forçando o comprometimento do executivo. Entretanto, o próprio sistema político gera uma situação complexa: por um lado, se esse sistema político implicar a disciplina e a maioria partidárias, é possível, então, que as leis se

alterem quando houver mudanças na composição da maioria legislativa. Por outro, como é o caso do Brasil, quando esse sistema se apresenta de forma fragmentada, é difícil tanto alterar a legislação adotada, quanto adotá-la (PRZEWORSKY, 1998:49-51).

Przeworsky (1998:52) conclui que a qualidade da intervenção do Estado depende da maneira pela qual as instituições estão *organizadas*, das relações entre políticos e burocratas e do desenho das instituições democráticas. Sendo assim, a questão do risco regulatório não pode, então, ser dissociada da reforma do Estado e da importância da governabilidade e da governança para que se *garantam que esses instrumentos que ampliam as parcerias entre o setor público e o setor privado, em sentido lato, possam ser utilizadas de forma efetiva pelo Estado para promover investimentos, principalmente em infra-estrutura.*

5.2-Riscos em concessões

Os riscos inerentes às concessões podem ser analisados, segundo Oliveira (2001), sob dois pontos de vista: em primeiro lugar, considerando-se uma atividade submetida ao controle e à fiscalização do poder público, as concessionárias podem ser surpreendidas por decisões do governo que prejudiquem o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, além da morosidade da justiça para resolver estas situações. Em segundo lugar, existem os riscos da própria atividade, como é caso da demanda, que podem reduzir o lucro dos empreendimentos de concessão.

As concessões - firmadas, após o processo licitatório, por meio de contrato administrativo – devem conciliar o interesse público e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro no contrato³⁵. Da idéia de *interesse público* deriva a princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que não permite a adoção do princípio da igualdade entre as partes em contratos dessa natureza. Entretanto, o poder unilateral que deriva dessa supremacia do público não pode ser utilizado de forma arbitrária pelo Estado, devendo atender a interesses públicos e seu uso deve ser motivado. Com isso, os contratos de concessão devem considerar que o interesse público é indisponível, mas, em se tratando de um empreendimento capitalista, deve-se salientar a *natureza contratual da concessão para que se possibilite o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.*

³⁵Neste ponto, resgata-se a idéia de conciliar os interesses de empresas capitalistas com o interesse público.

Os contratos de concessão apresentam, então, cláusulas financeiras e regulamentares. As cláusulas financeiras são aquelas que estabelecem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não podendo ser alteradas unilateralmente pela Administração, compreendendo “as referentes à tarifa e outras fontes de receitas, além de qualquer outra que possa dizer respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão” (DI PIETRO, 1996:50). As regulamentares, por sua vez, remetem ao fato de que a concessão é uma forma de prestação de serviço público e que, por isso, “tudo o que diz respeito à organização do serviço é fixado unilateralmente pelo Poder Público e pode ser alterado também unilateralmente para adaptação às necessidades impostas em benefício do interesse público” (DI PIETRO, 1996:50). Logo, a Administração pode intervir, unilateralmente, em cláusulas regulamentares, mas não nas financeiras. Com isso, Oliveira afirma que se o poder concedente alterar uma cláusula regulamentar do contrato, o concessionário deve acatá-la³⁶, mas se alterar uma cláusula financeira, modificando a tarifa ou a fórmula de reajuste, por exemplo, é cabível a rescisão do contrato por parte do concessionário, uma vez que se trata de direito líquido e certo maculado (MEIRELLES³⁷ *apud* OLIVEIRA, 2001:55)³⁸. Além disso, completa Santos (1995a:178), que, apesar de se tratar de um contrato administrativo, caracterizado pela presença de cláusulas exorbitantes – que garantem ao Estado atuar com supremacia, privilégios e prerrogativas – não é cabível o desequilíbrio de sua equação econômico-financeira

Dessa forma, a Lei de concessões, considera o direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro, por se tratar de cláusula financeira e que, por isso, sujeita-se a riscos. A lei considera a alocação dos riscos que afetam esse equilíbrio da seguinte forma:

atribuir o risco comercial, técnico e econômico ao empresário e o risco político, social e inflacionário, ou seja, o risco extraordinário, inevitável e imprevisível ao Poder Público. Ocorrendo a última das situações, está o Poder Público obrigado a restabelecer o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato* (WALD et al., 1996:114-115, grifo do autor).

³⁶ Se esta medida vier a alterar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o particular pode reivindicar seu restabelecimento, mas, mesmo assim, deve cumprir o que foi determinado pela cláusula alterada.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.11. 1991.

³⁸ A arbitragem ocorrerá, então, quando estiverem em conflito cláusulas que não sejam as de aceitação obrigatória para a concessionária, mas as que constituam direito da concessionária mantê-las (OLIVEIRA, 2001:55-56).

Dessa forma, é característica inerente às concessões a exploração do serviço por conta e risco do concessionário (art. 2º, II e III da Lei de concessões). É importante notar que esses riscos são aqueles existentes em qualquer atividade empresarial, como é o caso de riscos econômicos (exógenos) e os de construção, financiabilidade e insolvência (endógenos). Dessa forma, são os riscos específicos do projeto, conhecidos como *álea*³⁹ ordinária ou empresarial, nos quais não cabe ao particular o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Exemplo concreto desse risco é o risco da demanda em uma concessão de rodovias: havendo redução do tráfego de veículos ou alteração da composição do tráfego, não cabe ao concessionário o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro em relação à situação prevista, inicialmente, em contrato.

Continuando o raciocínio de Wald et al.(1996), o equilíbrio econômico-financeiro é garantido quando há ocorrência de *álea* extraordinária. A *álea* extraordinária engloba os casos de *álea* econômica e administrativa. A *álea* econômica⁴⁰ define-se como “todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio econômico-financeiro muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado” (DI PIETRO, 1996:67).

A *álea* administrativa refere-se ao “poder de alteração unilateral do contrato, a teoria do fato do príncipe e a teoria do fato da administração” (DI PIETRO, 1996:63). A alteração unilateral remete ao conceito de risco regulatório já desenvolvido, estando previsto no art. 9º, § 4º da Lei de concessões, que prevê a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão caso seja decorrente de ato unilateral da Administração. A teoria do fato do príncipe⁴¹, corresponde, segundo Di Pietro (1996:63) ao conceito de risco político analisado anteriormente. O fato da Administração compreende a conduta comportamento da Administração que torne impossível a execução do contrato ou cause seu desequilíbrio econômico, podendo levar à paralisação temporária ou definitiva da execução do contrato. Nesse caso, isenta-se o particular de sanções administrativas que ocorreriam normalmente, podendo, até mesmo caber ao contratado o direito ao restabelecimento do

³⁹ O vocábulo *álea* remete à palavra aleatório, que implica, segundo Fiúza (2004) o risco quanto à existência ou quanto à quantidade da contraprestação prevista em contrato. Em um contrato de concessão de rodovias, a *álea* ordinária pode ser, por exemplo, a quantidade de veículos que trafegam na via e possibilitam a remuneração pelo pedágio.

⁴⁰ Os riscos de *álea* econômica referem-se, por exemplo, a variações em taxas de juros e de câmbio ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

⁴¹ Embora não haja consenso na doutrina a respeito do conceito de fato do príncipe, Di Pietro (1996:63) restringe o conceito ao risco político, embora outros autores considerem, também, o poder de alteração unilateral do contrato.

equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O fato da Administração ocorre, por exemplo, “quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou não expede a tempo as competentes ordens de serviço, ou pratica qualquer ato impediendo dos trabalhos a cargo da outra parte” (MEIRELLES⁴² *apud* DI PIETRO: 1996: 64).

A ocorrência de álea econômica conforme o conceito exposto, dá margem à aplicação da teoria da imprevisão. A teoria da imprevisão representa uma evolução na teoria dos contratos. Cabe, inicialmente, explicitar o conceito de contrato, como sendo “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.”(PEREIRA, C.1995:2). Um requisito básico de formação do contrato é a declaração de vontade, criada pelo consentimento entre as partes, constituindo-se no princípio da força obrigatória ou *pacta sunt servanda*. Desse princípio deriva a idéia de que o contrato faz lei entre as partes, uma vez que a formação do vínculo obrigacional do contrato se deve à livre manifestação da vontade do agente. A pessoa exerce, livremente, a faculdade de contratar ou não. Feita a opção de contratar, a liberdade na qual se fundou a escolha se acaba, ficando as partes obrigadas a cumprir o contratado entre elas. Assim, com base nesse princípio, tem-se que tudo que está definido não pode ser modificado, de forma que se garanta a segurança para os contratantes (FONSECA, 1958).

Apesar de serem frutos da autonomia da vontade, os contratos⁴³ devem ser flexíveis o suficiente, adequando-se a possíveis alterações que, durante a sua execução, conforme Santos (1995b:192), são decorrentes de fato imprevisível, estranho à vontade das partes, inevitável e que cause desequilíbrio muito grande no contrato, mas sem perder sua essência. Dessa forma, observa-se que o princípio da obrigatoriedade deve ser relativizado, já que ele leva a uma rigidez dos contratos, pois nem sempre é possível manter constantes as situações previstas quando do acordo entre as partes.

Nesse contexto, surge a teoria da imprevisão ou *rebus sic standibus*, como forma de buscar o equilíbrio contratual em casos de reconhecida anormalidade, nos quais tais situações não puderam ser previstas no momento da contratação (FONSECA, 1958). A

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996.

⁴³ Os contratos são o exemplo mais clássico de negócio jurídico, sendo que este que implica “toda ação humana combinada com o ordenamento jurídico, voltada a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, cujos efeitos vêm mais da vontade do que da lei” (FIÚZA, 2004:189). Dessa forma, o conceito de contrato apresentado deriva da noção de negócio jurídico, representado a expressão da autonomia da vontade do indivíduo.

cláusula *rebus sic standibus* implica que, “nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação” (FONSECA, 1958:18). Dessa forma, a teoria da imprevisão busca restabelecer o equilíbrio do contrato, caso ocorram eventos imprevisíveis e inevitáveis, relativizando o princípio da obrigatoriedade dos contratos firmados.

É importante observar, então, que alterações contratuais efetuadas pela Administração devem ser bem planejadas, uma vez que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é alterado. Quando as alterações decorrentes de ato unilateral da Administração alteram este equilíbrio, faz-se necessário recompô-lo. Porém, tal restabelecimento é feito às custas de recursos públicos. Dessa forma, deve-se analisar em que medida os benefícios das alterações recompõem os custos advindos desta alteração, já que as ações visam ao interesse público. (OLIVEIRA, 2001:55)

Sendo assim, observa-se que o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro parece já estar consolidado, reduzindo custos de transação para estipular o que é passível ou não de recomposição, além de garantir maior segurança jurídica ao contrato. Há, porém, dificuldades não só para se estabelecerem critérios aceitáveis para ambas as partes, propiciando o mínimo de divergência e de interpretação, por meio de clara previsão no contrato, como também instrumentos que agilizem o processo de solução de controvérsias, principalmente em relação à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, e possibilitem, posteriormente, a renovação dos contratos (OLIVEIRA, 2001:59).

5.3 Alocação de risco em contratos de concessão

No Brasil, os contratos de concessão prevêm que a maior parte dos riscos do negócio da concessão está alocada nos particulares: são os riscos de álea ordinária ou empresarial. A título de exemplo, vale observar como os contratos de concessão de rodovias no estado de São Paulo lidam com a questão dos riscos do negócio:

15.1 A CONCESSIONÁRIA é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento dos serviços abrangidos pela CONCESSÃO, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas neste CONTRATO.

15.3 A CONCESSIONÁRIA não poderá alegar qualquer disposição, cláusula ou condição do(s) Contrato(s) de Financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para se eximir, total ou parcialmente, das obrigações financeiras assumidas neste CONTRATO, cujos termos são de pleno conhecimento da(s) INSTITUIÇÃO(ÕES) FINANCEIRA(S)

[...]

23.1 A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados *unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.*

23.2 *Variações de receita decorrentes de alterações da demanda de tráfego em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA a correta avaliação do possível impacto sobre a exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO decorrente da evolução futura dessa demanda.*

23.3 A CONCESSIONÁRIA assume, especialmente, os riscos de redução do tráfego em relação às projeções consideradas na PROPOSTA, ressalvados os casos em que essa redução resulte de ato unilateral do CONTRATANTE ou PODER CONCEDENTE, impactando o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

23.4 *Variações de custo decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA sua correta avaliação (OLIVEIRA, 2001:62-63, grifo do autor).*

Dessa forma, observa-se que cabe à concessionária a responsabilidade pelo cumprimento do que foi estipulado contratualmente e pela obtenção de recursos financeiros para viabilizar o empreendimento – risco de financiabilidade - além dos riscos de demanda e de construção (aumento no valor dos custos dos fatores de produção utilizados). A concessionária tem direito a proteção e, conseqüentemente, ao equilíbrio econômico-financeiro quando se tratar de riscos de força maior não passíveis de coberturas por seguros;

riscos de ocorrência de eventos excepcionais que alterem as projeções financeiras para mais ou para menos nos contratos e provoquem alterações nos mercados financeiro e contábil, além de alterações legais específicas que afetem, diretamente, para mais ou para menos, as receitas ou custos dos serviços relacionados com a concessão (OLIVEIRA, 2001:63).

5.4- Cláusulas de proteção contra o oportunismo por parte do Estado em contratos de concessão

Conforme visto anteriormente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é o principal mecanismo de proteção da concessionária tanto em relação a riscos de álea extraordinária quanto a comportamentos oportunistas por parte do poder concedente (OLIVEIRA, 2001:64). Esse restabelecimento pode ser visto, por exemplo, nos contratos de concessão de rodovias no estado de São Paulo:

I.Modificação unilateral, imposta pelo CONTRATANTE ou pelo PODER CONCEDENTE nas condições do CONTRATO desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique-se para a CONCESSIONÁRIA uma significativa alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos.

II.Ocorrências de casos de força maior, [...].

III.Ocorrências de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações no mercado financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados nas elaborações das PROJEÇÕES FINANCEIRAS, para mais ou para menos.

IV.Alterações legais de caráter específico, que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou sobre os custos dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO, para mais ou para menos (OLIVEIRA,2001:64, grifo do autor).

Verifica-se que a disposição I trata do oportunismo pós-contratual do tipo refém; ao limitar o arbítrio do poder concedente, cabendo, assim, o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento de concessão. As demais cláusulas são de álea econômica, permitindo, também, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

5.5- Riscos em parcerias público-privadas

Antes de se considerar os riscos em projetos de parceria público-privada, é importante salientar que a análise será feita em relação aos dispositivos da Lei 14.868/2003 do estado de Minas Gerais, tendo como legislação auxiliar o Projeto de Lei da Câmara n.º 10 (Substitutivo) do Projeto de Lei Federal n.º 2.546/2003. Uma análise completa dos riscos seria possível se já houvesse um contrato de PPP. Entretanto, este se encontra em fase de elaboração.

Baseando-se na análise dos riscos existentes em concessões, tanto na lei, quanto nos contratos, faz-se necessário estabelecer o que as parcerias público-privadas propõem para prevenir esses riscos. A partir do que foi exposto acerca dos riscos em concessões, observa-se que o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro está previsto em lei e, também, nos contratos de concessão. Logo, se garantida a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, já nas concessões tradicionais, deve-se esclarecer o que significa o compartilhamento de riscos proposto pelo modelo de PPPs e como ele é posto em Lei. A única questão que não é assegurada em contratos de concessão, é o risco decorrente de álea ordinária, ou seja, aqueles advindos do risco da atividade.

Inicialmente, deve-se considerar que, para haver participação dos parceiros privados neste tipo de empreendimento, é necessário que haja um equilíbrio de interesses entre o Estado e o particular. O art. 10, I, II e III da Lei 14.868/2003 prevê que o projeto de parceria público-privada deve proporcionar vantagem econômica e operacional para o Estado, além de maior eficiência na aplicação de recursos públicos, comprovada através de indicadores do desempenho do particular. Para o parceiro privado, esse artigo prevê que a atividade deve ser viável a ponto de cobrir os gastos para provisionar o serviço. Isso vai ao encontro do que Pinto (2003) afirma: em se tratando do Estado, a atratividade de um projeto de parceria público-privada – PPP - está na prioridade a ele atribuída; já para o parceiro privado, o investimento deve possibilitar o retorno sobre o custo do capital. Há, dessa forma, uma afinidade eletiva entre os dois setores, pois

[na] prática, essas parcerias viabilizam a implementação de projetos que, em função do alto risco envolvido, não seriam (ou dificilmente viriam a ser) implementados pelo setor privado agindo isoladamente sem repercussão

desse risco na remuneração do projeto. Nem tampouco, em função do volume de recursos a serem carreados para esses projetos, teria o setor público fôlego necessário para enfrentá-los sozinho, já que mobilizariam recursos a serem compartilhados com outras prioridades governamentais (PINTO, 2003).

Entretanto, embora haja interesses comuns entre as partes, não se garante que os compromissos firmados por ambos serão realmente seguidos durante a execução do contrato. Para tanto, deve haver mecanismos legais e contratuais que dificultem a ocorrência de comportamentos oportunistas tanto por parte do parceiro privado quanto do setor público. Considerando-se que o foco, neste trabalho, está em discutir os mecanismos institucionais que diminuam os riscos regulatórios em contratos dessa natureza, ou seja, os riscos decorrentes do oportunismo do Estado, é importante discutir como o marco regulatório proposto pelas Leis n.º 14.868/2003 e 14.869/2003 propicia estabilidade, clareza e transparência aos parceiros privados no processo de execução do contrato.

Essa discussão, desenvolvida por Pinto (2003), é importante no sentido de que a estabilidade no marco regulatório não implica que ele seja estático, mas que ele deve ser dinâmico a ponto de atender às necessidades de cada etapa de desenvolvimento do setor da atividade relacionada aos projetos de PPP. Um marco regulatório estável se traduz na “aplicação consistente ao longo do tempo de regras básicas de forma a assegurar que se possa planejar a atividade e prever resultados futuros, [mesclando-o com acontecimentos relacionados ao] interesse público” (PINTO, 2003), o que não significa, então, sua inalterabilidade. Pinto (2003) continua, ao afirmar que o dinamismo dos setores de atividades reguladas deve estar em conformidade com o seu desenvolvimento, derivando, daí, a idéia de estabilidade.

Parker e Hartley (2001) relatam que as parcerias público-privadas envolvem a estipulação de contratos sob condições de informação imperfeita e assimétrica, envolvendo, assim, aspectos de racionalidade limitada, oportunismo e ativos especializados. A combinação desses elementos é campo propício para a existência de riscos, especialmente os de natureza regulatória, em contratos de longo prazo, como são os de parceria público-privada. Isso porque a impossibilidade de se estipular cláusulas contratuais de forma exaustiva, que está ligada à limitação da racionalidade e assimetria de informações entre as partes que estipulam um contrato referente a um ativo especializado – devido aos custos de transação – dá espaço

ao oportunismo, do tipo refém. Isso porque o parceiro privado, após o investimento, passa a depender das ações do governo para que seja possível haver um retorno no empreendimento. Parker e Hartley (2001) explicam que o investimento em um ativo especializado para satisfazer ao contrato, induz a outra parte a se comportar de maneira oportunista quando chegar o momento de sua renegociação.

Então, o problema está no fato de que o investidor, freqüentemente, não consegue recuperar os custos totais do empreendimento, salvo se renovar o contrato. Dessa forma, observa-se que, devido ao risco pós-contratual, o particular resolve não investir e, com isso, pode haver uma provisão sub-ótima do serviço/bem, em se tratando do interesse público; isso é consequência, então, do oportunismo do Estado que, em um primeiro momento, consegue benefícios para si, remetendo à discussão acerca do Dilema da Ação Coletiva. Porém, o resultado, posteriormente, não é positivo, dado que esse comportamento pós-contratual impossibilita a existência de um ambiente institucional que reduza os riscos de se firmar contratos de longo prazo e que demandem grandes capitais por parte do particular.

Diante desses riscos, Parker e Hartley (2001) relatam que podem decorrer desse oportunismo da parte contratante duas situações: seleção adversa ou *moral hazard* por parte do contratado. A seleção adversa ocorre porque, dentre as opções disponíveis para se contratar, restam apenas as inferiores para provisionar o bem/serviço. Quanto ao *moral hazard*, conforme explicado, haverá riscos de o contratado alterar, também, seu comportamento após firmar acordo com o Estado. Dessa forma, uma alternativa, diante de tantos riscos por parte do Estado seria a verticalização (*hierarchies*⁴⁴), ou seja, a assunção da atividade para si próprio, como forma de se reduzir os custos de transação. Entretanto, diante da crise fiscal e da necessidade de maior eficiência nas ações do Estado faz-se necessário buscar alternativas que possibilitem maior flexibilidade e menores custos na provisão de serviços/bens públicos, já que, ao assumir para si a prestação dos serviços o Estado incorreria em custos de agência para coordenar e provisionar mais bens/serviços e, além disso, despenderia mais recursos para fazê-lo.

Assim, uma forma de se controlar o comportamento dos agentes está na especificação de regras. Entretanto, é impossível estipular leis e contratos que, exaustivamente, prevejam o que pode vir a ocorrer durante a sua execução. Parker e Hartley

⁴⁴ Segundo Williamson (1975), a solução para esses comportamentos oportunistas está em integrar, verticalmente, as atividades, para que sejam exercidas pelo próprio contratante.

(2001) mostram que o mais racional, para ambas as partes, é procurar informações que ampliem e melhorem as condições para se contratar. Neste ponto, continuam os autores, aspectos como reputação (baseada no comportamento passado) e confiança (baseada nas expectativas do comportamento futuro) são fundamentais e, segundo Williamson (1975), reduzem os custos de transação para se firmar contratos.

Com isso, a partir da dependência mútua das partes contratantes, a tendência é que haja menores custos de transação e compromissos estabelecidos mais solidamente. Entretanto, conforme Grabher⁴⁵ *apud* Parker e Hartley (2001), não bastam a reputação e confiança; é necessário estabelecer mecanismos de sanção para comportamentos desviantes, ressaltando-se aqui, a importância da independência das agências reguladoras, que não devem se ater, idealmente, a aspectos políticos e particulares, assumindo, então, posição imparcial no processo de regulação. Além disso, cabem alternativas para solução de controvérsias entre o Estado e o parceiro privado. Para isso, a Lei n.º 14.868 prevê a arbitragem e a solução pela via judicial.

Dessa forma, observa-se que o risco das parcerias público-privadas está, então, na possibilidade de o capital investido pelos particulares não ser remunerado pelo Estado, devido aos riscos regulatórios. Isso porque o particular é responsável, segundo o Projeto de Lei da Câmara, pelo financiamento da atividade; após obter o recurso, ele deve investir, em se tratando de parcerias público-privadas em rodovias - ativos especializados. A remuneração do serviço, por sua vez, está sujeita ao desempenho do particular, a partir do momento em que o serviço, obra ou empreendimento estiver disponível para utilização. Daí a necessidade de se estipular contratos de prestação de serviço a longo prazo e avaliar se o prazo de vigência do contrato é compatível com a amortização do que foi investido, *dado o escopo dos recursos necessários em um projeto de parceria público-privada.*

Desta discussão é que deriva a importância da consideração de aspectos de governança e governabilidade como forma de se manter os compromissos firmados, contratualmente, pelo Estado; a credibilidade institucional é fator fundamental para o sucesso de empreendimentos de parceria público-privada. Ao desenvolver mecanismos de governança, por meio de maior qualificação do corpo técnico do governo, e ao agir de forma uniforme e consistente, o governo poderá priorizar as parcerias, demonstrando o seu interesse

⁴⁵ GRABHER, G. (Ed.). *The embedded firm: on the socio-economics of industrial networks*. Routledge, London, 1993.

em assumir compromissos confiáveis junto aos particulares. Com isso, os custos dos projetos de parcerias público-privadas, inclusive os custos de transação para se elaborar contratos, tendem a diminuir, uma vez que o risco, componente importante para a análise de investimentos, é reduzido significativamente. As parcerias público-privadas devem ser vistas, então, como projeto de Estado e não de Governo, uma vez que há comprometimento do orçamento público, além da criação de tarifas para os usuários durante longos períodos, podendo chegar até a quarenta e cinco anos, conforme o Projeto de Lei da Câmara. Este é um ponto relevante em se tratando do marco regulatório e dos riscos a ele inerentes.

De acordo com o exposto acima, o modelo de parceria público-privada propõe, como inovação institucional, se comparado aos arranjos tradicionais, *latu sensu*, de parceria entre os setores público e privado, o compartilhamento de riscos entre os parceiros, conforme previsto no art. 2º, VI do Projeto de Lei da Câmara n.º 10 (Substitutivo)/2004:

Art. 2º [...]

[...]

VI – repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los;

Além disso, combinando-se o art. 2º, VI do Projeto de Lei com os arts. 2º, V e 14,V da Lei 14.868, tem-se que:

Art. 2º - O Programa observará as seguintes diretrizes:

[...]

V - garantia de sustentabilidade econômica da atividade;

Art. 14 - São obrigações do contratado na parceria público-privada:

[...]

V - sujeitar-se aos riscos do empreendimento, salvo nos casos expressos previstos no contrato e no edital de licitação;

Entretanto, esse compartilhamento de riscos, embora seja a grande proposta do modelo de PPP não é tão inovador se comparado ao modelo de concessões, já que não se explicitam formas de aumentar a atratividade de certos projetos que apresentam o risco de

álea econômica, diante da interpretação do inciso V do art. 14. Concretizando-se o risco de álea econômica, o contrato de concessão não garante ao particular o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Analogamente, conforme o disposto nas leis supracitadas, também não se garante a remuneração caso haja, por exemplo, uma redução de tráfego em uma rodovia objeto de PPP. O Estado pode garantir a remuneração de até um certo número de veículos, para garantir o retorno do investimento, algo que existe por meio do pedágio sombra o que, em última instância, é uma maneira de se fazer PPP, remunerado por meios de recursos públicos, sem que o usuário pague pedágio. Isso porque a remuneração dos empreendimentos de parceria público-privada pode ser feita, total ou parcialmente, pelo Estado. Dessa forma, a repartição de riscos, por meio da qual cabe ao Estado, conforme exposto por Gomes (2004), a responsabilização de garantias, é vista mais como uma forma de aumentar a garantia de remuneração para os parceiros privados do que realmente uma inovação institucional. Ou seja, as garantias servem como um mecanismo para que o Estado tenha uma obrigação não apenas moral, mas legal, de remunerar o particular que prestou o serviço público.

Porém, observa-se que a responsabilidade pelo compartilhamento de riscos, no caso de álea ordinária, estipulada pelo modelo de PPP, é transferida, segundo a Lei mineira, para arranjos como contratos e editais de licitação, que não possuem o valor que uma lei possui. Logo, esse compartilhamento de riscos, questão fundamental nos empreendimentos de parcerias público-privada, conforme o disposto no art. 2, V do Projeto de Lei da Câmara não é colocada de forma explícita, algo que deveria ocorrer, por questões de segurança jurídica. Isso porque a discussão relativa aos riscos existentes em concessões, desenvolvida anteriormente, já considera que a alocação de riscos deve estar de acordo com a capacidade de cada uma das partes em gerenciá-los. Dessa forma, a elaboração de contratos de parceria público-privada e dos editais de licitação pode passar a ser feita de forma casuística, dando espaço à captura⁴⁶ e ao *rent seeking*⁴⁷. Com isso, os problemas decorrentes de governabilidade e governança não são atacados de forma direta, uma vez que é possível que grupos pequenos, fortes e mobilizados, venham a barganhar, junto ao governo contratos mais detalhados que garantam maior proteção contra comportamentos oportunistas por parte do Estado. Isso ocorre devido

⁴⁶ A captura consiste no fato de o Estado ser pressionado por pequenos grupos organizados e com recursos para que a legislação elaborada atenda aos seus interesses particulares. De acordo com Stigler (2003), tais grupos apóiam os legisladores no período de eleição, daí estes privilegiarem suas demandas em detrimento das demais.

ao fato de esses grupos fortes possuírem mais recursos para poderem ter seus interesses protegidos junto ao Legislativo e/ou ao Executivo.

Dessa forma, a lei de PPP, em vez de explicitar que o governo deseja acabar com instrumentos clientelistas para a elaboração de contratos e licitações⁴⁸, acaba deixando, cada vez mais explícito, o problema da deficiência dos aspectos de governança e governabilidade, que, mesmo com a reforma do Estado, continuam existindo e estão arraigados nas ações do Estado. Com isso, o problema do compartilhamento de riscos não é, então, colocado de forma clara, uma vez que a questão de fundo não está na simples criação das leis, mas no aprimoramento de mecanismos de governabilidade e governança, como forma de ampliar a credibilidade das instituições e viabilizar, em última instância, a adoção do modelo das PPPs.

Daí a necessidade de um marco regulatório, caracterizado pela existência de leis claras e que garantam aos particulares que haverá recursos e comprometimento para tal (GIAMBIAGI & ALÉM, 2000:428). A credibilidade, segundo Giambiagi e Além (2000:427) é um dos aspectos que se considera para determinar a taxa de desconto aplicada ao fluxo de caixa do projeto, associando-se, diretamente, com o risco do empreendimento. Os autores exemplificam este fato: dificilmente um grupo de investidores iria financiar um projeto de parceria público-privada em Ruanda, na África, enquanto o país estava mergulhado em uma guerra civil na década de 1990. Entretanto, um país como a Alemanha detém uma reputação tal que possibilita segurança para um investidor que decida participar de empreendimentos de longo prazo. Observa-se, assim, que é possível haver países com credibilidade governados por administrações vistas com desconfiança pelos investidores, ou governos com credibilidade em países de baixa reputação. Dessa forma, concluem Giambiagi e Além (2000:427), o risco determinado projeto associa-se à existência ou inexistência de credibilidade do país ou do governo. Uma forma de se contornar o risco de não se conseguir o retorno do capital investido na atividade, está, em parte, contornado pelo disposto no art. 10, III da Lei 14.868/2003, ao prever a necessidade de estudo técnico que demonstre a viabilidade de o serviço proporcionar,

⁴⁷ O *rent seeking*, conforme Anne Krueger (1974), significa a obtenção de rendas extraordinárias com a alteração dos direitos de propriedade, feita via lei. Para alcançar esses ganhos, os grupos investem tempo e recursos para constituírem um lobby, mantê-lo e pressionar o governo para fiscalizar o cumprimento dos contratos/leis.

⁴⁸ O Projeto de Lei da Câmara, prevê, no art. 14, que pode haver combinação entre as propostas técnica e econômica, o que, segundo Bortot (2004) é uma possibilidade de haver desvios de recursos públicos e favorecimento de determinados grupos, já que a escolha da melhor técnica pode acabar implicando em um preço mais elevado.

ao ente privado, ganhos econômicos suficientes para cobrir os custos da exploração do serviço.

Em se tratando das condições para se firmarem contratos na modalidade de PPP, o § 2º do art. 3º do Projeto de Lei da Câmara n.º 10/2004 prevê a estipulação de um valor mínimo de vinte milhões de reais para participação dos agentes privados em empreendimentos dessa modalidade. Essa disposição pode ser interpretada sob dois aspectos: por um lado, essa limitação impede o uso desmedido do modelo de parceria público-privada, sendo uma medida sensata como forma de se manter a reputação do modelo, explicitando a impossibilidade de adotá-lo sem que se considerem realmente as demandas e a natureza dos empreendimentos. Por outro, ao estipular um valor alto para que particulares participem de empreendimentos de parceria público-privada, percebe-se que a medida atende aos interesses de grupos já consolidados, além de criar obstáculos para a entrada de novos concorrentes para participarem das licitações. Com isso, esse dispositivo pode ser interpretado como forma de captura do governo por grupos mobilizados e com recursos e que, dessa forma, extraem rendas extraordinárias devido à alteração na legislação, remetendo aos problemas de *rent seeking* e captura. Neste ponto, não se consegue conciliar o conteúdo do inciso VI do art. 2º da Lei 14.868/2003, que prevê o estímulo à competitividade com a limitação da entrada de particulares para que concorram nas licitações.

Não bastasse o valor mínimo para a possibilidade de execução dos projetos de PPP, o Projeto de Lei da Câmara, em seu art. 2º, *caput*, estabelece que cabe ao parceiro privado o financiamento e a execução do projeto, o que, conforme explicitado, impede que grupos com menos recursos tenham possibilidade de ter acesso ao crédito para financiar projetos desse porte, uma vez que o custo do capital aumenta à medida em que os riscos percebidos pelos investidores também aumentam e, devido à assimetria entre os agentes no mercado, nem todos têm acesso ao crédito ao mesmo custo. A partir daí, Oliveira (2001:29-30) explica que o custo de capital não é homogêneo e, além disso, o custo do capital para os acionistas é maior do que para os financiadores, já que os primeiros arcam com todos os riscos do projeto.

Além do mais, os projetos a serem implementados devem ser aprovados pelo Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGPPP - composto por Secretários de Estado escolhidos pelo atual governo. Dessa forma, um próximo governo poderia ser contrário a um determinado empreendimento de parceria público-privada, baseando-se no fato

de que nenhum governo pode decidir pelos interesses da sociedade pelos próximos anos e, com isso, não poderia estabelecer contratos administrativos de longo prazo para a prestação de serviços públicos, como é o caso dos projetos de parceria público-privada. Logo, este ponto pode ser visto como um risco por parte do Estado, uma vez que não se sabe se, futuramente, haverá compromisso do governo para garantir a manutenção dos contratos, já que o projeto pode não ser considerado prioritário ou se, ao agir coletivamente, o Estado pode supor que o mais racional e benéfico é não cooperar, em um segundo momento, com o particular. Uma forma de redução desses riscos está na utilização do mecanismo de consulta pública, conforme previsto no arts. 2º, XI e 7º, § 2º da Lei 14.868/2003 e no art. 10, V do Projeto de Lei da Câmara.

A consulta pública, prevista na Lei n.º 9.784/99 é cabível quando “a matéria [em questão] envolver assunto de interesse geral, mediante despacho motivado, o órgão competente poderá abrir período de consulta pública, para manifestação de terceiros” (art. 30, *caput*, da Lei n.º 9.784/99), que deverá ser precedida de divulgação por meios oficiais, ocorrendo desde que não haja prejuízo para a parte interessada e, com isso, é possível examinar a matéria e oferecer alegações escritas. As sugestões, conforme Mello (2001:463) poderão ser ou não consideradas pela Administração, que deverá fornecer respostas fundamentadas em relação ao que foi proposto na consulta pública. A Administração pode, a seu juízo, antes da decisão, dada a relevância da questão realizar audiência pública, para debates sobre a matéria objeto do processo (art. 32 da Lei 9.784). Dessa forma, tanto a Lei mineira quanto o Projeto de Lei da Câmara n.º 10/2004 prevêm a adoção da consulta pública. A Lei mineira prevê, em seu art. 12, § 2º, que os editais e contratos de PPP serão submetidos a consulta pública.

Dessa forma, este mecanismo seria mais um elemento que, idealmente, limitaria a discricionariedade da Administração, pois ainda que não sejam vinculantes, as propostas apresentadas em consulta pública poderiam ser utilizadas pelo governo para implementar projetos de PPP, sendo, assim, uma forma de ampliar a *accountability* vertical⁴⁹. Embora, teoricamente, a consulta pública amplie a *accountability* vertical, ela não garante que os cidadãos poderão, *realmente*, ter suas propostas atendidas, uma vez que *uma consulta é*

⁴⁹ A *accountability* é um conceito que se refere ao controle que os governados exercem sobre os governantes, podendo ser tanto horizontal como vertical. A *accountability* horizontal implica os mecanismos de controle e fiscalização que um Poder exerce sobre os demais, conhecidos como freios e contrapesos ou “checks and balances”. A vertical, por sua vez, diz respeito às relações entre cidadãos e seus representantes, ocorrendo, principalmente, durante as eleições (O’Donnell *apud* Anastasia & Melo, 2002: 7).

apenas uma consulta, tendo caráter, como o próprio nome diz, consultivo. Dessa forma, esse mecanismo de participação popular não obriga a Administração a acatar o que foi exposto pelos cidadãos quando do período da consulta. A partir do exposto, é possível que o CGPPP tenha maior poder discricionário para acolher, ou não, o proposto pela sociedade civil. Neste aspecto, mesmo que um projeto de PPP seja considerado importante para a comunidade, a composição do Conselho por Secretários de Estado é um ponto a ser considerado, uma vez que os interesses políticos passam a ser um fator de interferência na escolha dos projetos. Isso pode prejudicar, então, o desenvolvimento de mecanismos de *accountability* vertical, uma vez que a participação popular pode acabar não agregando aspectos importantes no projeto. Além do mais, a própria população, considerando que uma ação arbitrária do Estado poderá proporcionar-lhe benefícios, como uma redução nas tarifas, pode, mesmo que a consulta pública tenha explicitado que a prioridade dada ao projeto, apoiar a arbitrariedade do Estado, demonstrando-se, assim, mais um risco existente por detrás da participação popular.

Além do mais, é possível que um próximo governo venha a afirmar que a gestão anterior não possuía legitimidade para decidir pelos interesses da sociedade, firmando contratos de longo prazo. Dessa forma, uma maneira de se minimizar esses riscos de o governo simplesmente optar por não continuar com um projeto de PPP, está na adoção de mecanismos que vincula a decisão, como o referendo. Segundo Silva (1990), o referendo tem por objetivo ratificar ou regular matéria inicialmente decididas pelo Poder Público, como é o caso de dos projetos de lei, que podem ser, conforme resultado do referendo, aprovados ou rejeitados pela população. O referendo poderia ser utilizado, por exemplo, antes da licitação para a escolha do parceiro da PPP.

Voltando ao aspecto da garantia de sustentabilidade econômica da atividade, esta se refere ao retorno financeiro do projeto, que deve ser conciliada, então, com as garantias que o parceiro público deve oferecer ao parceiro privado. As garantias são uma forma de o governo cumprir as obrigações por ele assumidas, reduzindo a ocorrência do oportunismo por parte do Estado e, conforme os incisos do art. 7º do Projeto de Lei da Câmara, essas garantias poderão ser: a vinculação de receitas, a instituição ou utilização de fundos especiais, contratação de seguro garantia de pagamento e a subscrição ou aquisição de quotas em fundo fiduciário⁵⁰. Além dessas alternativas, é possível, também, utilizar outros

⁵⁰ Os fundos fiduciários são compostos por bens móveis e imóveis, devendo ser administrados por um agente financeiro público, dotado de liberdade de gerência, em benefício do instituidor, tendo por objetivo reduzir os riscos aos quais o empreendimento se sujeita (GOMES, 2004).

mecanismos, desde que previstos em lei e no edital de licitação, como, entre outras possibilidades, emitir, diretamente em favor da entidade financiadora do projeto, os empenhos relativos às obrigações da administração pública e a legitimidade para que essa entidade receba pagamentos efetuados por intermédio dos fundos especial e fiduciário.

Com isso, a tendência é que haja maiores garantias para que ocorram investimentos na modalidade de PPP, uma vez que criam-se mecanismos que limitam a possibilidade de ocorrer arbítrio por parte do Estado, que pode não remunerar o particular. A Lei 14.869/2003 cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas no estado de Minas Gerais, caracterizando-se como entidade contábil, sem personalidade jurídica para sustentar o Programa de Parcerias Público-Privadas, sendo beneficiárias desse Fundo as empresas parceiras definidas e habilitadas nos termos da lei (arts. 1º e 2º da Lei 14.869/2003). Conforme o *caput* do art. 5º dessa Lei, esse Fundo tem por função operar a liberação de recursos para os parceiros privados contratados e oferecer garantias reais que assegurem aos particulares a continuidade do desembolso dos valores contratados pelo Estado. Gomes(2004) ressalta que, em São Paulo, esse Fundo – intitulado Companhia Paulista de Parcerias – é sociedade anônima e, por isso, é regida pelas normas de Direito Privado, o que possibilita maior rapidez no processo de execução, caso haja o inadimplemento da obrigação contratual por parte do Estado, além do fato de que, em se tratando de uma sociedade anônima, é possível lançar títulos no mercado financeiro. Assim, este aspecto da PPP em São Paulo tende a trazer maior segurança para os investidores privados; Minas Gerais, por sua vez, adotou o fundo especial de parceria, conforme previsto pelo Projeto de Lei da Câmara (GOMES, 2004).

De acordo com o art. 5º, § 2º da Lei 14.869/2003, os contratos de PPP deverão estabelecer as condições para liberação e utilização de recursos pelo beneficiário, que, por sua vez, deverá comprovar a realização dos investimentos necessários para cumprir o previsto pelo contrato. Além disso, o art. 3º prevê quais são os recursos desse fundo:

- I - as dotações consignadas no orçamento do Estado e os créditos adicionais;
- II - os rendimentos provenientes de depósitos bancários e aplicações financeiras do Fundo;
- III - as doações, os auxílios, as contribuições e os legados destinados ao Fundo;

IV - os provenientes de operações de crédito internas e externas;

V - os provenientes da União;

VI - outras receitas destinadas ao Fundo.

A partir dessas cláusulas, observa-se a criação de um mecanismo que permite reduzir a ocorrência de oportunismo por parte do Estado, já que o Fundo tem prazo de vigência de quarenta anos⁵¹ (art. 6º da Lei 14.869/2003), e, também, do parceiro privado, uma vez que a remuneração ocorrerá quando houver comprovação dos investimentos previstos. Entretanto, existe o risco ao estipular que as condições para liberação e utilização dos recursos do Fundo serão estabelecidas em contrato, dando abertura ao *rent seeking* e à captura, quando se tratar de grupos fortes, com mais recursos, podendo ser privilegiados pelo governo. Com isso, a credibilidade do programa de PPP fica abalada, no sentido de que a captura pode chegar a aspectos como a estipulação dos indicadores do desempenho do parceiro privado feita por meio da interferência, direta, do parceiro privado, que pode determiná-los da forma que lhe traga maiores benefícios. Pode ocorrer, também, o oportunismo pós-contratual do tipo refém, por meio do qual o Estado pode condicionar a liberação de recursos se o particular cumprir determinadas especificações demandadas pelo Estado. Daí, então, ressaltar-se a questão de que os contratos de PPP não podem estipular tantas condições que deveriam, devido aos problemas de governabilidade e governança - que se refletem na credibilidade do governo - , ser tratadas de forma clara e expressa em lei.

Uma outra forma prevista em para reduzir o risco de o parceiro público não cumprir os contratos firmados está na proteção de créditos do contratado, por meio das possibilidades previstas no art.16 da Lei 14868/2003:

I - garantia real, pessoal, fidejussória e seguro;

II - atribuição ao contratado do encargo de faturamento e cobrança de crédito do contratante em relação a terceiros, salvo os relativos a impostos, prevista a forma de compensação dos créditos recíprocos de contratante e contratado;

III - vinculação de recursos do Estado, inclusive por meio de fundos específicos, ressalvados os impostos.

⁵¹ Conforme o art. 2º do Projeto de Lei da Câmara, a vigência máxima de um projeto de PPP é de quarenta e cinco anos. Caso essa cláusula seja aprovada, deve haver um ajuste na Lei mineira, caso parcerias futuras venham a prever maior prazo de duração dos contratos.

Além dessas garantias, o *caput* do art. 17 da Lei 14.868/2003 estabelece que o edital e ao contrato de parceria público-privada poderão prever sanções, além das previstas em Lei federal, ao parceiro público, caso ele incorra em inadimplemento da obrigação pecuniária. Os incisos desse artigo estipulam que:

I - o débito será acrescido de multa de 2% (dois por cento) e juros, segundo a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Estadual;

II - o atraso superior a noventa dias conferirá ao contratado a faculdade de suspensão dos investimentos em curso bem como a suspensão da atividade que não seja estritamente necessária à continuidade de serviços públicos essenciais ou à utilização pública de infra-estrutura existente, sem prejuízo do direito à rescisão judicial;

III - o débito poderá ser pago ou amortizado com o valor que seria compartilhado com o contratante nos termos do § 2º do art. 15.

Entretanto, o inciso I supra, ao estabelecer que a multa pelo atraso é de dois por cento, além dos juros, pode ser visto como um fator de risco, dado o baixo valor da multa a ser paga, o que não incentiva o pagamento, por parte do Estado quando houver outras dívidas a serem pagas; com o baixo valor, o incentivo seletivo para se pagar em dia as obrigações é pequeno. Esse aspecto se agrava ainda mais se o atraso no pagamento se der em uma atividade necessária à continuidade de serviços públicos essenciais, uma vez que o particular incorre em mais prejuízos e dispêndios para manter a atividade, além do fato de que recorrer à justiça demanda tempo, recursos e além do mais, o princípio da continuidade na provisão do serviço impede a sua interrupção. Caso haja mais de noventa dias de atraso do pagamento das obrigações pela Administração, existe a previsão legal, no art. 78, XV da Lei de licitações para que haja interrupção da execução do contrato pelo particular.

Mais uma forma de se aumentar a credibilidade do programa, evitando a ocorrência de comportamentos oportunistas por parte do Estado está disposto no art. 6º, § 1º do Projeto de Lei da Câmara. Ao propor a precedência de pagamento sobre as demais contraprestações relacionadas a contratos que tenham por objeto a execução de obras públicas, conforme previsão da Lei 8.666/93, busca-se aumentar as garantias de remuneração dos parceiros privados. Sendo assim, este dispositivo pode ser, então, uma forma de se explicitar o interesse do governo em viabilizar a adoção do modelo de PPP, transmitindo

maior confiança aos empreendedores para que haja prestação de serviços públicos a longo prazo por meio de PPP.

Além dos riscos já elencados, deve-se salientar que há, ainda, mais um aspecto a ser considerado: o fato de se colocar ou não os projetos de PPP dentro do limite da dívida pública. Com base na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF -, o governo busca enquadrar os projetos de PPP ao seu art. 17, caracterizando-os como despesa de caráter continuado, mas não como dívida pública consolidada ou fundada, prevista no art. 29, I da Lei. Após a aprovação do Projeto de Lei da Câmara é que será possível saber como serão considerados os projetos de PPP em relação à dívida pública. Porém, se houver a aprovação do Projeto de Lei da Câmara, sem a inclusão dos projetos PPP no limite dessa dívida, pode haver o risco de o Tribunal de Contas, por exemplo, considerar que os projetos de PPP ultrapassaram os limites da dívida, ocasionando, até mesmo, a nulidade do contrato.

Diante disso, a credibilidade de projetos de PPP passaria a ser duvidosa para os investidores, pois, mesmo que o Executivo respeite os contratos firmados, a viabilização dos empreendimentos da natureza de PPP dependeria não só da cooperação do Estado, como também, do fato de os projetos enquadrarem-se ou não nos limites da dívida. Segundo Bortot (2004), as PPPs envolvem significativos aspectos fiscais, uma vez que, dado o longo prazo dos contratos, pode-se contrair um grande volume de dívidas, o que pode contrariar o que a Lei de Responsabilidade Fiscal se propôs a fazer: *possibilitar transparência e equilíbrio na gestão das contas públicas*. Conseqüentemente, pode haver comprometimento do orçamento das próximas gestões, o que, em última instância, vai de encontro à necessidade de se criar um ambiente estável, inclusive economicamente, para que os particulares possam investir em conjunto com o Estado.

Uma forma de se prevenir esse risco e que deveria estar presente na Lei mineira, seria a elaboração da estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que vigorar o contrato de PPP, demonstrando-se as origens dos recursos para seu custeio sendo, para tanto, necessário comprovar que a despesa criada ou aumentada não afetar as metas de resultados fiscais, conforme previsto no art. 4, § 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Os efeitos financeiros decorrentes dos contratos de PPP devem, para isso, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou redução permanente de despesa. Essa disposição, presente no Projeto de Lei n.º 2.546/2003 que foi alterado e passou a constituir-se no Projeto de Lei da Câmara n.º 10 (Substitutivo)/2004, deveria ser abordada de forma

explícita, para que o problema da responsabilidade fiscal seja realmente considerado, já que reflete, diretamente, em aspectos de estabilidade econômica e na remuneração dos parceiros privados.

Dessa forma, diante dos riscos apresentados na legislação referente às PPPs, faz-se necessário ressaltar a importância de aspectos de governabilidade e governança, de forma que se crie um ambiente institucional que possibilite aos parceiros privados maior segurança para investirem, algo que vai ao encontro dos interesses do Estado, que demanda investimentos em infra-estrutura. Logo, é necessário ressaltar que o papel das agências reguladoras é fundamental para que haja maiores garantias de que a intervenção do Estado será feita de forma consistente e uniforme. Entretanto, cabe ressaltar que essas agências também devem limitar a própria ação dos particulares, de forma que não sejam capturadas por estes últimos. Além do mais, a solução de conflitos entre Estado e particulares deve ser feita de forma imparcial; as partes podem, segundo o modelo de PPP recorrer ao Judiciário ou fazer uso da arbitragem, garantindo agilidade na resolução dos litígios. Estes aspectos – agências reguladoras e arbitragem – serão aprofundados adiante, uma vez que são parte importante para a execução de contratos de PPP.

5.6- Disposições na Lei 8.666 a respeito da rescisão de contratos administrativos

Considerando-se que a Lei 14.868/2003 não faz menção acerca da rescisão dos contratos de PPP, cabe a aplicação das disposições da Lei de licitações e, também da Lei de concessões. O art. 38 da Lei de concessões prevê que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicações de sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”.(Lei n.º 8.987/95, art.38, *caput*) A caducidade é, segundo Di Pietro (1996: 76) a rescisão contratual devido ao inadimplemento contratual por parte do concessionário, situação prevista no § 1º do art. 38 da Lei de concessões:

I-o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II-a concessionária descumprir cláusulas contratuais, ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III-a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV-a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V-a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI-a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII-a concessionária for condenada em sentença judicial transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

O disposto no art. 38 da Lei de concessões vai ao encontro do art. 78 da Lei de licitações: considerando o poder reservado à Administração para rescindir os contratos administrativos, o art.78 da Lei de licitações também prevê quando é cabível a rescisão contratual. Há situações que, claramente⁵², demonstram que cabe à Administração rescindir o

⁵² São situações como descumprimento de cláusulas contratuais; atraso no cumprimento de prazos; paralisação de obra, serviço ou fornecimento; desobediência às cláusulas previstas no edital e às ordens da autoridade

contrato, não havendo dúvidas quando da ocorrência destas situações. Há incisos, porém, que merecem destaque, pois podem representar formas de risco aos concessionários caso haja uma rescisão contratual por parte da Administração:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

O inciso XII trata de uma situação na qual não se pode definir o interesse público⁵³, passando a questão a ser de, até mesmo de cunho político: às vezes, o interesse público está na determinação de que não haverá reajuste de tarifas devido à necessidade de controle da inflação. Conseqüentemente, o particular corre o risco de que não ter a

designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato; decretação de falência, dissolução ou falecimento do contratado; alteração da estrutura da empresa que prejudique a execução do contrato; cometimento reiterado de faltas; modificação além do limite permitido de 25% do valor inicial do contrato; não liberação da área, local ou objeto para a execução de obra, serviço ou fornecimento e a ocorrência de caso fortuito/força maior, impeditiva da execução do contrato.

⁵³ Já que se trata de conceito jurídico indeterminado.

reivindicação da alteração de tarifas atendidas, por exemplo, sendo isso justificado pelo interesse público indisponível em questão.

Considerando-se o inciso XIV, após o investimento em um ativo especializado, pode ser que não haja vantagens e segurança para o concessionário com essa rescisão, uma vez que haverá morosidade para se resolver o problema, que se traduz em prejuízo, por não se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, que deverá ser suportado pelo particular.

Em se tratando de atraso superior a noventa dias de inadimplemento dos pagamentos devidos pela Administração aos particulares, exceto nos casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, cabe rescisão contratual. Entretanto, a provisão de serviços públicos não se constitui em uma atividade que despenda poucos recursos. Dessa forma, o particular deve esperar a decorrência de noventa dias para rescindir o contrato, sob o risco de ser penalizado por não cumpri-lo, também, durante o período de inadimplemento. Esse ponto é um risco para o particular, uma vez que pode não haver fluxo de caixa suficiente para garantir a manutenção da atividade durante esse intervalo de tempo, devendo o particular recorrer a outras fontes de financiamento para manter uma atividade que deveria ser remunerada, nos prazos corretos pelo Estado.

Dessa forma, a existência de agências reguladoras independentes e de mecanismos que resolvam controvérsias entre os parceiros é fundamental em empreendimentos como, também, os de PPP, uma vez que se reduz os custos de transação ao existirem mecanismos efetivos de punição pelo desrespeito ao contrato.

6- CONFLITOS DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO E POSSIBILIDADES PARA SOLUCIONÁ-LOS

Havendo conflitos entre o Estado e particulares durante a execução do contrato, Oliveira (2001: 50) aponta duas vias que levam à sua solução: recorrer ao judiciário ou ao conselho arbitral. Em se tratando do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, a resolução dos conflitos deve ser a mais rápida possível, já que se incorre em prejuízos para a parte que o reivindica. Por isso, conforme exposto, ao recorrer ao sistema judiciário, pode haver morosidade para a resolução do conflito, além da sujeição a pressões políticas para não contrariar o poder concedente, o que não é interessante para o particular.

6.1- A arbitragem

A arbitragem, está prevista nas leis de concessões e de parceria público-privada. Na Lei de concessões, a arbitragem é tratada no art. 23, XV, que prevê que “[são] cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XV- ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.” A Lei 14.868/2003, de Minas Gerais, que dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas, prevê a arbitragem em seu art. 13: “[os] instrumentos de parceria público-privada [...] poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem”. É necessário estabelecer, em contrato, a utilização da arbitragem para a solução dos conflitos.

A arbitragem, regida pela Lei n.º 9.307/96, é, segundo Wald et al. (1996:140), um meio para a composição de conflitos e divergências em relação ao contrato de concessão, entre poder concedente e concessionário, sendo que as partes indicam os árbitros e as regras a serem observadas no processo. É possível que o contrato preveja o estabelecimento de um juízo arbitral, de forma que haja o julgamento extrajudicial da controvérsia, ou seja, os árbitros ou juízes privados (escolhidos em número ímpar, segundo o art. 13 da Lei n.º 9.307) julgam o conflito, de forma imparcial e independente, sem que se recorra ao aparato jurídico estatal.

Wald et al.(1996) continua ao afirmar que a vantagem desse instrumento é que, observadas as formalidades legais civis e processuais, a decisão obriga as partes, evitando-se a complexidade e a morosidade do sistema judicial, já que, conforme o art. 18 da Lei 9.307/96, a arbitragem, para que seja válida, não requer homologação do Poder Judiciário, que apenas

pode intervir se sua elaboração resulte em nulidade⁵⁴ ou anulabilidade⁵⁵. Mas é possível, também, que as partes, insatisfeitas com o resultado da arbitragem, recorram ao judiciário para resolver a questão.

Oliveira (2001:50) salienta que, concomitantemente, à redução de riscos regulatórios, ao recorrer ao tribunal arbitral, passam a existir custos de transação⁵⁶ para negociar o conflito. Para que a arbitragem seja, realmente, uma alternativa efetiva para a solução de impasses entre particular e Estado, deve haver segurança jurídica nas decisões tomadas, prezando-se, então, pela independência das decisões, pois se houver intervenção de outros agentes do poder público ou do judiciário, o conflito entre as partes pode, ao final, se agravar. Uma externalidade positiva dos custos de transação no processo de arbitragem é que, quanto maiores forem esses custos, mais incentivos o poder concedente e a concessionária terão para negociar um acordo antes de recorrer a essa alternativa.

Porém, a própria arbitragem pode ser vista como um risco. Isso ocorre porque não está pacificado na doutrina que a arbitragem seja aplicável aos contratos administrativos, a partir da extrapolação do art. 1º da Lei 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A lei de arbitragem foi criada para reger contratos do âmbito do Direito Privado. No entanto, em se tratando de Direito Público, deve-se considerar que os bens públicos são indisponíveis, não cabendo, então, aplicar aos contratos administrativos instrumentos que possam vir a contrariar essa indisponibilidade do interesse público, pois, ao permitir a arbitragem, o Estado passaria a estar em igualdade de condições perante o particular, descaracterizando os contratos administrativos, marcados pela supremacia do público sobre o privado. A título de exemplo, caso uma decisão do tribunal arbitral vier a trazer benefícios para o particular, o público, para isso, deverá arcar com os custos desse processo (OLIVEIRA, 2001).

⁵⁴ Ocorre quando uma das hipóteses do art. 32, I, II, VI, VII e VIII da Lei 9.307/96: a sentença arbitral será nula se o compromisso for nulo; se emanou de quem não podia ser árbitro; se houver sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; se houver prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro; se houver sido proferida fora do prazo, se houver desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade entre as partes, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro.

⁵⁵ Ocorre nas hipóteses do art. 32, III, IV e V da Lei 9.307/96: se houver falta de algum requisito essencial à sentença (ver art. 26 da Lei 9.307/96); se a sentença tiver sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem e se não decidiu todo o litígio submetido à arbitragem.

⁵⁶ Devido aos custos de mediação no processo de arbitragem.

Santos⁵⁷ *apud* Oliveira (2001:72) continua, afirmando que a Lei de licitações⁵⁸, não menciona o instrumento da arbitragem como solução de conflitos em contratos administrativos. Isso ocorre porque a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, por meio do qual é permitido à Administração fazer somente aquilo que a lei permitir. Essa discussão é derivada da interpretação do art. 54 da Lei n.º 8.666/93 considera que “[os] contratos administrativos [...] regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. Daí a polêmica acerca da aplicabilidade da arbitragem como forma de solução de conflitos nos contratos administrativos: o art. 54 da Lei de licitações pode ser aplicado “até e enquanto as cogitadas normas de direito privado se harmonizarem com os princípios e postulados básicos de direito público, coisa que efetivamente não ocorre no caso concreto” (TCU⁵⁹ *apud* OLIVEIRA, 2001:72).

Existe, entretanto, posição favorável à aplicação da arbitragem em contratos administrativos, decorrente de outra interpretação do art. 54 da Lei de licitações: ao possibilitar a aplicação supletiva do Direito Privado nesses contratos, permite-se a utilização da arbitragem. Além do mais, o art. 23 da Lei de concessões ao dispor a arbitragem como cláusula essencial do contrato de concessão a previsão de foro e modo amigável de solução de conflitos durante a execução do contrato, não só autoriza, mas determina a adoção da arbitragem para solucionar divergências entre as partes do contrato de concessão. Adotar a arbitragem não implica a equidade entre Estado e particulares: a arbitragem deve considerar os princípios do Direito Público, como o interesse público e, também, a vinculação ao edital de licitação para a escolha do concessionário. Dessa forma, não se incluem na arbitragem as questões relativas ao interesse público – que se mantêm como poderes da Administração – mas assuntos relativos ao interesse privado, como questões técnicas ou econômicas, ou seja o lado privado das concessões. Assim, da mesma forma que se reconhece o caráter contratual e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro como parte do lado financeiro nos contratos, tanto de concessões como de parcerias público-privadas, é válido recorrer a métodos que se

⁵⁷ SANTOS, M. W. B. dos. Licitação internacional – proibição de previsão de juízo arbitral. In: DI PIETRO, M.S.et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 181-183.

⁵⁸ A Lei de licitações estabelece normas gerais sobre as licitações e, além disso, sobre contratos administrativos relativos a obras, serviços (inclusive de publicidade), compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei n.º8.666/93).

⁵⁹ TCU- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Parecer, voto e decisão no processo de consulta 8.217/93. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 193, 199. p.341-352.

aproximem da gestão privada, cabendo, então, a arbitragem (DALLARI *apud*⁶⁰ OLIVEIRA, 2001:73-74). Mais recentemente, o Tribunal de Contas, segundo Pinto (2003) reviu sua posição a respeito da adoção da arbitragem, admitindo-a em quando feita por sociedades de economia mista e, conseqüentemente, em suas subsidiárias empresas sob controle acionário estatal.

O risco, então, está justamente no fato de o governo não vir a admitir que uma solução do tribunal arbitral que beneficie o particular possa ser realmente legítima, dado que não existe respaldo legal explícito para apoiar a utilização da arbitragem em contratos administrativos. Entretanto, é possível utilizar a arbitragem, desde que delimite-se a sua adoção em cláusulas que não interfiram no interesse público subjacente aos contratos administrativos e respeitados os princípios do Direito Público. Porém, a falta de uma lei específica para a matéria de adoção de arbitragem em contratos administrativos não deixa de ser um *risco importante em concessões* (OLIVEIRA, 2001:81-82) e parcerias público-privadas.

⁶⁰ DALLARI, A. A. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*. N.13, 1996.

7-AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A crise fiscal, um dos aspectos da reforma do Estado, explicitou a escassez de recursos públicos, com a conseqüente limitação do próprio governo para que este continuasse a provisionar os serviços públicos até então prestados por ele. Com isso, a alternativa encontrada foi a privatização em seu sentido amplo, englobando a privatização (em sentido estrito), a reforma regulatória, o fomento e instrumentos de parceria com o setor privado (DI PIETRO, 1996:24). Antes da ampliação da participação do setor privado em atividades do setor público, cabia ao Estado a função de prestar serviços de qualidade, executando-os diretamente ou indiretamente— por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Porém, a tendência era de que os serviços fossem providos com menor qualidade, já que ocorriam distorções no papel fiscalizador do próprio Estado, pois este não se sentia estimulado a denunciar suas próprias falhas/ineficiências (MANNHEIMEIR⁶¹ apud BARROSO, 2002: 117).

Posteriormente, com a ampliação do envolvimento do setor privado nessas atividades de Estado, no contexto de sua reforma, surgiram as agências reguladoras, de forma que “*com a privatização [em sentido lato], o Estado não desaparece: ele apenas muda de figura, deixando de cumprir o papel de produtor do serviço e passando a assumir as responsabilidades do regulador, ou seja, de ‘fiscal’ do serviço, através da ação das agências reguladoras*” (GIAMBIAGI & ALÉM: 2000:400, grifo dos autores), já que a titularidade do serviço permanece com o Estado. Entretanto, as agências reguladoras não têm apenas a função de fiscalizar as ações do particular, mas, também, possuem o importante papel de reduzir o risco regulatório decorrente do arbítrio do Estado.

Neste ponto, vale ressaltar que as agências reguladoras e a regulação têm papel fundamental, tanto no que se refere à provisão de serviços, com a estipulação de padrões para prestação de serviços, quanto na fiscalização das ações dos parceiros privado e público. Porém, para que a regulação ocorra, preza-se pela existência de agências reguladoras independentes, eficientes e que não se tornem fins em si mesmas. A regulação é um meio para que se obtenha a provisão eficiente de bens públicos por parte dos concessionários, devendo a reforma regulatória fazer parte da reforma do Estado no Brasil (ABRANCHES, 1999:44).

⁶¹ MANHEIMEIR, Sérgio Nelson. Agências estaduais reguladoras de serviços públicos. *Revista Forense*. n.343, p. 225.

Moura (2002) aponta os motivos que levaram à regulação, que implicam, basicamente, a existência de imperfeições de mercado⁶², que contribuem para a obtenção de resultados econômicos sub-ótimos, já que o mercado não é capaz de, sempre, alocar os recursos da forma mais eficiente, o que demanda a intervenção do Estado. Observa-se, então, que as parcerias público-privadas aplicam-se nas áreas que apresentam imperfeições de mercado. Essas imperfeições compreendem a existência de monopólios, assimetria de informações entre os agentes, externalidades e comportamento anticompetitivo e bens públicos.

Os monopólios podem ocorrer em três ocasiões: a) quando há apenas um provedor do bem/serviço; b) quando o produto for o único de seu gênero, sendo, então, insubstituível; c) quando houver grandes e significativas barreiras que impeçam a entrada de novos concorrentes no mercado (monopólio natural)⁶³. O monopólio, caracterizado pela ausência de competição é ineficiente justamente pelo fato de que, na falta de concorrência, os produtores passam a ter lucros extraordinários - já que tendem a produzir menos do que a sociedade demanda e a cobrar um preço maior pelo serviço provisionado. Diante desta situação, a regulação tem por objetivo criar condições que *simulem* a existência de um mercado competitivo, com a entrada de novos competidores e a existência de um mercado sempre competitivo, em se tratando de monopólios naturais (MOURA, 2002).

A assimetria de informação, conforme Moura (2002), refere-se ao fato de os agentes não terem pleno conhecimento da ação dos demais, ou seja, há incompletude nas informações devido à própria diferença entre os agentes, no que se refere a tempo, recursos e, até mesmo, de educação, já que nem todos apresentam a mesma capacidade de entendimento das informações. Além disso, mesmo que a informação possa ser entendida, existe o custo de oportunidade do tempo em analisá-la, já que este poderia ser alocado em outras atividades. Essa assimetria, em última instância, impede a entrada de novos agentes, já que dificulta a existência de um mercado competitivo.

Já as externalidades, segundo Giambiagi e Além (2000:26-27), implicam os resultados diretos ou indiretos gerados por determinada atividade, sem que os agentes que os

⁶² Ou falhas de mercado, segundo Giambiagi e Além (2000:24)

⁶³ O monopólio natural consiste no fato de que a entrada de novos concorrentes tornaria o empreendimento inviável, dado que, em casos de saneamento básico, por exemplo, os custos de implementação são tão altos, que a concorrência é proibitiva, além de ser ineficiente socialmente, já que os custos de provisão do serviço aumentariam consideravelmente.

causaram a quem, por si só, com os custos dessas medidas. Com isso, os efeitos são passados para terceiros, resultando em externalidades, que podem ser positivas ou negativas⁶⁴. Dessa forma, os resultados - o benefício/custo social - de um bem provisionado não correspondem ao benefício/custo privado desse bem. Ou seja, estes custos ou benefícios são absorvidos por terceiros sem que haja uma compensação para tal. Como são terceiros que absorvem os efeitos, a tendência é que os agentes que os estejam causando não queiram interromper esta atividade. Neste aspecto é que reside, então a importância da regulação.

O comportamento anticompetitivo ocorre quando as empresas criam um ambiente que dificulta a competição, por meio, por exemplo, de *dumping*⁶⁵, que em última instância, visa a eliminar a concorrência. Nesse caso, a regulação tem por objetivo evitar o monopólio ou as tentativas de se estabelecer um monopólio (MOURA, 2002:89-90).

Os bens públicos, por sua vez, “[...] têm como características a não-exclusividade e a não-rivalidade” (RIANI, 1996:27). A não-exclusividade implica a impossibilidade de se restringir o acesso de qualquer indivíduo ao bem público produzido, uma vez que o custo marginal de sua produção é zero. Isso ocorre, por exemplo, com a defesa nacional: provendo a segurança nacional por meio das forças armadas, o Estado a estende a todos os cidadãos, não cabendo a exclusão de nenhum deles. Riani (1996) complementa com o fato de que, diante da impossibilidade de se cobrar um valor por este serviço, não interessa aos agentes privados provê-los. A não-rivalidade no consumo ocorre quando, um indivíduo, ao consumir o bem/serviço provido, não diminui o benefício de outro, não cabendo, então, uma remuneração por parte do usuário (RIANI, 1996).

Logo, Montoro Filho (2004) afirma que, embora a produção privada do bem público possa ser viável, o que se observa é que os preços e/ou quantidades provisionadas não serão eficientes sob o ponto de vista social. Isso porque o particular busca a obtenção de lucro por meio da cobrança do usuário quando da utilização do que se provisiona, remetendo a discussão às falhas existentes no monopólio natural. Devido a essa ineficiência, o Estado não

⁶⁴ Um exemplo clássico de externalidade negativa está na poluição causada por indústrias que preferem poluir a atmosfera a ter que despendem recursos com a colocação de filtros em suas chaminés. Um exemplo de externalidade positiva consiste nos benefícios que a educação pode possibilitar não só para o indivíduo, mas para a melhoria dos padrões de um país.

⁶⁵ Prática adotada pelas empresas que possuem uma grande fatia do mercado e que vendem seus produtos/serviços a preços abaixo do custo, obrigando os concorrentes a saírem do mercado, dada a inviabilidade de competição. Posteriormente, ocorre a formação de um monopólio, já que os concorrentes vão à falência e os preços que, anteriormente, eram baixos, sobem para compensar as perdas devido aos preços menores e para extrair-se lucros de monopólio (MOURA, 2002:89-90).

delega, totalmente, a produção destes bens/serviços e, os serviços que são delegados requerem a intervenção estatal, via agências reguladoras.

Com isso, as agências reguladoras têm tarefas complexas, uma vez que a regulação assume, com frequência, “[...] a natureza de um processo de formação de coalizão, por negociação, envolvendo consumidores, firmas e agências reguladoras” (ABRANCHES, 1999:35). Daí podem decorrer, então, casos de captura do órgão regulador pelo regulado e conluio entre a agência reguladora e uma das partes (Estado ou particular), de forma que a imparcialidade inerente à atividade reguladora deixe de ocorrer. Além do mais, o excesso de regulação pode levar à inoperância tanto da agência, que deve fiscalizar a ação dos concessionários, quanto do próprio concessionário, que deve agir segundo os padrões definidos em regulamento.

Diante da interferência desses vários atores no processo de regulação, a agência coloca-se em uma difícil situação. Barroso (2002:121) salienta que as agências reguladoras foram estruturadas como autarquias especiais, com autonomia político-administrativa e econômico-financeira para atuarem de maneira independente. Dessa forma, desenhadas com esse formato, ficariam livres de ingerências externas inadequadas, tanto em relação às decisões político-administrativas quanto em relação à sua capacidade financeira. O controle por parte do Poder Executivo sobre essas agências restringe-se à escolha de seus dirigentes⁶⁶, sendo que as decisões tomadas por elas não podem ser revistas ou modificadas por algum agente político e, também, elas não se subordinam hierarquicamente aos órgãos do Poder Executivo. Em se tratando da capacidade econômica, a fiscalização das atividades autárquicas ocorrerá caso esteja sendo utilizado dinheiro público, conforme prevê o parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988:

Art. 70. [...]

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

⁶⁶ Que, evidentemente, passa pelo crivo político. Entretanto, o mandato dos dirigentes, que é fixo, não coincide com o do chefe do Executivo. Dessa forma, o mandato fixo propicia a tomada de decisões por parte dos dirigentes sem que estes tenham o receio de serem exonerados. Além disso, o fato de o chefe do Executivo não ter escolhido os dirigentes faz com ele, ao final de seu mandato, preocupe-se em nomear outro dirigente que

Assim, observa-se que as agências reguladoras estão submetidas a um regime jurídico especial, com mecanismos que propiciam maior autonomia em relação aos particulares e aos demais órgãos do Poder Público⁶⁷, embora haja problemas relacionados com a captura das agências⁶⁸ por parte de alguns desses particulares.

Analisando-se a Lei n.º 14.868/2003, seu art. 2º, VIII prevê a presença de agências reguladoras na prestação de serviços públicos sob a forma de PPP, fazendo com que a discussão relativa às suas funções seja levantada. Dessa forma, ao conceder serviços públicos ao setor privado, também por meio de PPP, passa a existir uma separação mais nítida entre o público e o privado, fortalecendo-se a importância das agências reguladoras independentes e de seu papel de regulação, sendo que, dentre as suas funções, incluem-se:

- controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- universalização do serviço, estendendo-o a parcelas da população que dele não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc. (BARROSO, 2002:120)

As áreas elencadas pelo art. 5º, § 1º da Lei n.º 14.868/2003 apresentam, segundo Montoro Filho (2004), importantes repercussões sociais e econômicas. Dessa forma, a adoção do modelo de PPP é importante não apenas pelo fato de constituir-se em uma alternativa à crise fiscal, mas, também, como uma forma de manutenção de políticas públicas setoriais que, por meio de investimentos, auxiliem no crescimento econômico. Dessa forma, o

limite mais as ações imediatistas dos sucessores do que nomear um membro cujo mandato coincidissem com o seu (OLIVEIRA, 2001:82).

⁶⁷ Dessa forma, as agências podem ser vistas como elementos de estabilização institucional, já que cumpriria suas obrigações e tomaria decisões baseada em objetivos de mais longo prazo do que o Poder Executivo (OLIVEIRA, 2001:82).

⁶⁸ A captura – ou proteção do produtor – é decorrente do relacionamento mais íntimo entre reguladores e regulados, por meio do qual os primeiros são capturados pelos segundos, que se encontram mais organizados.

modelo de PPP demanda das agências reguladoras autonomia suficiente para que elas desempenhem suas funções de forma imparcial, sendo um fator importante para a redução do risco regulatório. Para minimizar esse risco, as agências reguladoras devem, então, se aproveitar, do seu desenho institucional, criando, assim, um ambiente regulatório que minimize a ocorrência de comportamentos oportunistas não só por parte do particular, com a fiscalização de suas ações, mas também do Estado, como forma de se reduzir os riscos regulatórios, decorrentes de suas ações arbitrárias e que interferem, diretamente, no negócio da parceria. Sendo independentes e imparciais, as agências reguladoras tendem a propiciar maior credibilidade ao programa de PPP, pois não serão vistas como uma extensão do poder arbitrário do Estado, conferindo maior segurança aos particulares para investirem em empreendimentos em conjunto com o setor público, sem que haja, *idealmente*, o favorecimento de particulares no processo de regulação.

8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenho das parcerias público-privadas responde às mesmas exigências do movimento de reforma do Estado: crises fiscal, de governança e de governabilidade. A adoção desse modelo de prestação de serviço a longo prazo complementa a idéia, *latu sensu*, de privatização, já que passa a ser mais uma alternativa de participação do setor privado em atividades do Estado, além das concessões e, mais recentemente, das organizações sociais de interesse público.

Entretanto, embora as PPPs se proponham a inovar os arranjos tradicionais de prestação de serviços públicos, ao analisar as Leis referentes ao modelo, observa-se que não há tantas mudanças em relação, principalmente, ao modelo de concessões, uma vez que, diante do exposto nesse modelo, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro é garantido aos *concessionários, quando da ocorrência de riscos de álea extraordinária (que engloba os riscos de álea econômica e de álea administrativa)*, ao passo que o risco da atividade - álea ordinária - é de responsabilidade do particular.

Dessa forma, uma inovação importante das PPPs seria, reduzir os riscos da atividade. Porém, conforme visto, a proteção quanto a esses riscos não é garantida na Lei de PPP. Essa garantia é transferida a arranjos como editais de licitação e contratos, que não possuem a força de lei. Isso pode ser visto como um risco para a credibilidade do programa de parcerias público-privadas, uma vez que a elaboração desses contratos e editais pode dar espaço à prática de *rent seeking* e captura. Deve-se admitir que os contratos e as leis são, naturalmente, incompletos, devido à racionalidade limitada dos agentes para estipulá-los. Porém, não se pode permitir que questões fundamentais e que diferenciam o programa de PPP dos arranjos tradicionais de prestação de serviços públicos possam ser tratados em contratos. Isso porque diante das lacunas das leis é que surgem comportamentos oportunistas, tanto por parte do Estado quanto por parte do parceiro privado. Considerando-se que o foco desta monografia foi abordar os riscos regulatórios, ou seja, aqueles decorrentes do arbítrio do Estado, é fundamental que as questões relativas ao risco de não se seguir contratos estejam explicitados em instrumentos como as leis, conferindo maior segurança jurídica aos particulares, uma vez que a prestação de serviços por meio da modalidade de PPP envolve investimentos de grande vulto e com longo prazo de maturação.

Com isso, diante das observações também feitas em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal, à participação da sociedade civil mediante consultas públicas, à composição do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas e à estipulação de valores mínimos para participação de particulares em processos licitatórios para a escolha do parceiro em contratos de PPP, observa-se que a Lei de parcerias público-privadas não aprofunda nenhum desses temas, dando ao modelo uma configuração bastante genérica. Com isso, constata-se que as mudanças propostas pela lei de PPP são incrementais, sendo, por isso, pequenas. Além disso, podem, até mesmo, restringir a concorrência e o desenvolvimento de pequenas empresas em projetos desse porte, contrariando o estímulo à concorrência, uma das propostas tanto da Lei mineira, quanto do Projeto de Lei da Câmara n.º10 (Substitutivo)/2004.

A partir do exposto, fica a questão, para ser respondida após a aprovação do Projeto de Lei Federal: esta proposta genérica disposta na Lei mineira de PPPs (n.º 14.868/2003) realmente consegue contornar os riscos regulatórios, ou passam a ser mais um instrumento para ampliar o poder arbitrário do Estado e a prática de *rent seeking* e captura por parte dos grupos com mais recursos? Com base no que foi discutido, não se pode afirmar que a Lei de PPP será, *realmente*, uma forma de empreender investimentos nos mais diversos setores permitidos pela Lei. Se a redação da Lei continuar como se encontra atualmente, como é o caso de Minas Gerais, mesmo havendo a coordenação dos projetos de parceria pela Unidade PPP, o contrato pode vir a ser objeto de barganha política. Dessa forma, não se pode estabelecer, claramente, que as parcerias serão projeto de Estado e não de Governo, uma vez que a menor força vinculante de um contrato – se comparado a uma lei - e as prioridades políticas podem ampliar a possibilidade de ocorrência do risco regulatório.

A importância de se focar os riscos regulatórios em detrimento dos riscos do comportamento oportunista por parte do parceiro privado está justamente no fato de que o Estado deve cooperar, inicialmente com o particular, dando-lhes sinais de que, em um segundo momento, não adotará comportamento diverso em relação ao planejado. Esta questão remete ao Dilema da Ação Coletiva, pois o Estado tem amplos incentivos para não cooperar com o parceiro privado após o investimento, criando, assim, um ambiente regulatório inseguro para os particulares. Daí discutir-se, inicialmente, os riscos regulatórios, dado que os investidores entrarão no negócio a partir do momento em que houver regras claras; a iniciativa de propor a criação de um marco regulatório estável deve partir, então, do Estado. Para tanto, deve-se salientar que a deficiência dos aspectos de governabilidade e governança tendem a fazer com que os riscos regulatórios e a falta de credibilidade nas ações do governo

se ampliem. Dessa forma, mesmo que o Estado se proponha a oferecer mais segurança aos particulares de que haverá o cumprimento dos contratos - ao não atuar de forma arbitrária - , se não houver o aprimoramento das exigências que levaram à sua reforma, é possível imaginar que o governo esteja se propondo a fazer algo que não tenha condições de cumprir. Isso porque o Estado, busca, por meio da concessão de garantias - que remete à escassez de recursos decorrentes da crise fiscal - um subterfúgio para as crises de governabilidade e governança, aspectos importantes para a existência de um marco regulatório estável.

Por fim, cabe ressaltar que a Lei mineira possivelmente passará por alterações para que esteja em conformidade com a Lei a ser aprovada na Câmara, já que esta última irá explicitar como será a relação entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e os projetos de PPP. Enquanto o Projeto de Lei não é aprovado, é importante debater seu conteúdo, como forma de aprimorar os aspectos nela propostos, sendo que este trabalho vem a ser mais uma contribuição para esta discussão.

9-REFERÊNCIAS

1. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. **Revista do Serviço Público**. Brasília, Ano 50, v. 120, n.2, p.19-50, abr./jun. 1999.
2. ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Reforma do Estado: uma necessidade?. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v.25, n.4, p.17-31, out./dez. 1997.
3. ANASTASIA, Fátima & MELO, Carlos R. **Instituições Híbridas, representação e participação: a democracia em Belo Horizonte**". Trabalho apresentado no *VII Congresso Internacional del CLAD*, Lisboa, 2002.
4. ARDISSONE, Carlos Maurício. Concessões rodoviárias e desafios regulatórios. **Cadernos EBAPE**, nº 120, Rio de Janeiro, out. 2001.
5. BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p.109-131.
6. BRANCO, Adriano Murgel. Aspectos institucionais dos organismos de regulação dos serviços de infra-estrutura pública. IN: SEMINÁRIO CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAMENTAÇÃO, 1996, Belo Horizonte. **Anais...**-Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, Escola de Governo, 1997. 398p.
7. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Centro de Documentação e Informação- Coordenação de Publicações, 2003. 71p.
8. BRASIL. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 maio 2000. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>>. Acesso em: 25 out. 2004.
9. BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos na Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>>. Acesso em: 25 set. 2004.
10. BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art.175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>>. Acesso em: 28 set. 2004.
11. BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>>. Acesso em: 28 set. 2004.

12. BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º fev. 1999. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>>. Acesso em: 15 nov. 2004.
13. BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n.º 10 (Substitutivo), de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública. In: Parecer da comissão de assuntos econômicos do Senado sobre o Projeto de Lei da Câmara n.º 10 de 3 de junho de 2004 – relator: Senador Valdir Raupp. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/outrobrasil/artigos/CAE.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2004.
14. CHEROBIM, Ana Paula Mussi Szabo. Parcerias público-privadas no Brasil: os processos de privatização de segmentos da infra-estrutura de transportes de bens, nos modos rodoviário e ferroviário, e a inovação institucional. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 33, n.2, p. 109-128, mar./abr. 1999.
15. COASE, Ronald. **The Nature of the firm**. *Economica*, [s.n.], 1937. p. 386-405.
16. DINIZ, Eli. Governabilidade, governança e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. **Revista do Serviço Público**. Brasília, Ano 47, v. 120, n.2, p.5-21, maio/ago. 1996.
17. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 1996. 135p.
18. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aspectos legais da concessão de serviços públicos. IN: SEMINÁRIO CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAMENTAÇÃO, 1996, Belo Horizonte. **Anais...-Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, Escola de Governo**, 1997. 398p.
19. ELSTER, Jon. **Peças e engrenagens das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. 211p.
20. FERREIRA, Caio Márcio Marini. Crise e reforma do Estado: uma questão de cidadania e valorização do servidor. **Revista do Serviço Público**, Brasília, Ano 47, v.120, n.3, p.5-33, set./dez. 1996.
21. FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). **Economia industrial: fundamentos teóricos e prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p.267-286.
22. FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 1028 p.
23. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: 1958. 391p.
24. BORTOT, Ivanir José. PPP desfaz conquistas da LRF. **Gazeta Mercantil [s.l.]**, 26 maio 2004 Disponível em:

- <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod =125493>>. Acesso em: 18 set. 2004.
- 25. GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 399-442.
 - 26. GOMES, Marcos Eduardo Ruiz Coelho. Parceria público-privada. Breves apontamentos ao substitutivo do Projeto de Lei nº 2.546/03, em trâmite na Câmara dos Deputados. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 388, 30 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5510>>. Acesso em: 15 nov. 2004.
 - 27. GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. Evaluating the risks of public private partnerships for infrastructure projects. **International Journal of Project Management**. Out. 1999. Disponível em < www.sciencedirect.com >. Acesso em: 29 set. 2004.
 - 28. HIRSCHFELD, Henrique. **Engenharia econômica**. São Paulo: Atlas, 1984. 440p.
 - 29. KRUEGER, Anne O. The political economy of the rent-seeking society. **The American Economic Review**, [s.l.], v.64, jun. 1974. P. 291-303.
 - 30. MACHADO, Kal. **Concessões de rodovias: mito e realidade**. São Paulo: Prêmio, 2002. 215p.
 - 31. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 870p.
 - 32. MELO, Marcus André. Governança e reforma do Estado: o paradigma agente x principal. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 47, v.120, n.1, p.67-82, jan./abr. 1996.
 - 33. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 463p.
 - 34. MINAS GERAIS. Decreto 43702, de 16 de dezembro de 2003. Instala o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas e dá outras providências. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 17 dez. 2003. Disponível em : <www.almg.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2004
 - 35. MINAS GERAIS. Lei 14.868, de 16 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o programa de parcerias público-privadas do estado de Minas Gerais. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 17 dez. 2003. Disponível em : <www.almg.gov.br>. Acesso em: 22 jun. 2004
 - 36. MINAS GERAIS. Lei 14.869, de 16 de dezembro de 2003. Cria o fundo de parcerias público-privadas do estado de Minas Gerais. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 17 dez. 2003. Disponível em : <www.almg.gov.br>. Acesso em: 22 jun. 2004
 - 37. MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO (MARE). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Imprensa Nacional, 1995. 83p.

38. MONTORO FILHO, André Franco. *Parceria público privado: considerações de um economista*. **Boletim FIPE**, 285, jun. 2004. Disponível em : < http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/PPP_Montoro.htm >. Acesso em: 17 out. 2004.
39. MOURA, Marcelo Gameiro de. *Agências regulatórias no Brasil: os casos dos setores de telecomunicações, eletricidade e petróleo/gás natural*. **Revista do Serviço Público**, Brasília, Ano 53, v.120, n.2, p.81-115, abr./jun. 2002.
40. NASCIMENTO, José Alexandre. *Auditoria da gestão pública*. **Associação dos Servidores do Controle Interno e dos Usuários do Sistema Integrado de Administração Financeira do Estado de São Paulo ASCIUSIAFESP**, [s.l.], set. 2000 Disponível em: <<http://www.asciusiafesp.org.br/artigo07.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2004.
41. NISKANEN, William A. **Bureaucracy and Representative Government**, [s.l.]: [s.n.]: 1971.
42. OLSON, Mancur. **A Lógica da ação coletiva**. São Paulo: Edusp, 1999.
43. OLIVEIRA, Roberto Guena de (Coord.). **Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias**. São Paulo: FIPE/USP, 2001. 100p. (Relatórios de pesquisa, 52).
44. OLIVEIRA, Roberto Guena de; MICHEL, Fernando Dutra; CYDIS, Helena B. Betella (Coords.). **A Experiência brasileira de concessões de rodovias**. [s.l.]: USP/UFRGS, [2003?]. 168p.
45. PARKER, David; HARTLEY, Keith. *Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence*. **Journal of Purchasing and Supply Management**. Abr. 2001. Disponível em: <www.sciencedirect.com>. Acesso em: 29 set. 2004.
46. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.3.401p.
47. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira**. Brasília: ENAP, 1995. 24p. (ENAP. Texto para discussão, 1).
48. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estratégia e estrutura para um novo Estado*. **Revista do Serviço Público**. Brasília, Ano 48, n.1, p.5-25, jan./abr. 1997.
49. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed.34, 1998. 365p.
50. PINTO, José Emilio Nunes. *As parcerias entre o setor público e o setor privado*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839>>. Acesso em: 13 jun. 2004.
51. PRZEWORSKY, Adam. *Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 39-74.

52. RIANI, Flávio. **Economia do setor público: uma abordagem introdutória**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1996.
53. RIBEIRO, Frederico. **Agências reguladoras: reforma do Estado, eficácia jurídica e eficiência econômica**. 2003. 168p. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2003.
54. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Cláusulas exorbitantes. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.177-180.
55. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Contrato. Alteração unilateral. Obrigatoriedade para o contratado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.190-192.
56. SCHIRM, Helena. **Apresentação de referências, citações e notas de rodapé**. Belo Horizonte, 2003. 33p.
57. _____. **Apresentação de trabalhos acadêmicos**. Belo Horizonte, 2003. 29p.
58. SEMINÁRIO CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAMENTAÇÃO, 1996, Belo Horizonte. **Anais...**-Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, Escola de Governo, 1997. 398p.
59. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
60. SIMON, Herbert A. **Models of bounded rationality**. Cambridge: The MIT Press, 1982. v. 2.
61. STIGLER, George J. **The citizen and the state: essays on regulation**. [s.l.], [s.n.], 2003.
62. TCU- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Parecer, voto e decisão no processo de consulta 8.217/93. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 193, 1999. p.341-352.
63. WALD, Arnoldo et al. **O Direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das leis 8.987/95 e 9.074/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 341p.
64. WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982.
65. WILLIAMSON, O.E. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications**. Nova York: The Free Press, 1975.

ANEXO A

LEI n.º 14868/2003

Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas.

O Povo de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º - Esta Lei institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, destinado a disciplinar e promover a realização de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública Estadual.

Parágrafo único. As parcerias público-privadas de que trata esta Lei constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhe contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas.

Art. 2º - O Programa observará as seguintes diretrizes:

- I - eficiência na execução das políticas públicas e no emprego dos recursos públicos;
- II - qualidade e continuidade na prestação dos serviços;
- III - universalização do acesso a bens e serviços essenciais;
- IV - respeito aos direitos dos usuários e dos agentes privados responsáveis pelo serviço;
- V - garantia de sustentabilidade econômica da atividade;
- VI - estímulo à competitividade na prestação de serviços;
- VII - responsabilidade fiscal na celebração e execução de contratos;
- VIII - indisponibilidade das funções reguladora, controladora e fiscalizadora do Estado;
- IX - publicidade e clareza na adoção de procedimentos e decisões;
- X - remuneração do contratado vinculada ao seu desempenho;
- XI - participação popular, mediante consulta pública.

Art. 3º - As ações de governo relativas ao Programa serão estabelecidas no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, a ser elaborado nos termos do art. 7º desta Lei.

CAPÍTULO II DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Art. 4º - As parcerias público-privadas serão celebradas pelo Estado, e por entidade de sua Administração Indireta, com o ente privado, por meio de contrato, nos termos do art. 11 desta Lei.

Art. 5º - Podem ser objeto de parceria público-privada:

- I - a prestação de serviços públicos;
 - II - a construção, a ampliação, a manutenção, a reforma e a gestão de instalações de uso público em geral, bem como de terminais estaduais e de vias públicas, incluídas as recebidas em delegação da União;
 - III - a instalação, a manutenção e a gestão de bens e equipamentos integrantes de infra-estrutura destinada a utilização pública;
 - IV - a implantação e a gestão de empreendimento público, incluída a administração de recursos humanos, materiais e financeiros;
 - V - a exploração de bem público;
 - VI - a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Estado, incluídos os de marcas, patentes e bancos de dados, métodos e técnicas de gerenciamento e gestão.
- § 1º - As atividades descritas nos incisos do caput deste artigo poderão ser desenvolvidas nas seguintes áreas:
- I - educação, saúde e assistência social;
 - II - transportes públicos;
 - III - saneamento básico;
 - IV - segurança, sistema penitenciário, defesa e justiça;
 - V - ciência, pesquisa e tecnologia;
 - VI - agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agroindustrialização;
 - VII - outras áreas públicas de interesse social ou econômico.
- § 2º - Não serão consideradas parcerias público-privadas:
- I - a realização de obra prevista no inciso II do "caput" deste artigo sem atribuição ao contratado do encargo de mantê-la e explorá-la por, no mínimo, quarenta e oito meses;
 - II - a terceirização de mão-de-obra que seja objeto único de contrato;
 - III - a prestação isolada, que não envolva conjunto de atividades;
 - IV - o contrato de concessão ou de permissão com prazo inferior a cinco anos e valor inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).
- § 3º - É vedado ao ente privado o acesso a banco de dados que contenha informações de natureza sigilosa.

Art. 6º - Na celebração de parceria público-privada, é vedada a delegação a ente privado, sem prejuízo de outras vedações previstas em lei, das seguintes competências:

- I - edição de ato jurídico com fundamento em poder de autoridade de natureza pública;
- II - atribuições de natureza política, policial, judicial, normativa e regulatória e as que envolvam poder de polícia;
- III - direção superior de órgãos e entidades públicos, bem como a que envolva o exercício de atribuição indelegável;
- IV - atividade de ensino que envolva processo pedagógico.

§ 1º - Quando a parceria envolver a totalidade das atribuições delegáveis da entidade ou órgão público, a celebração do contrato dependerá de prévia autorização legal para a extinção do órgão ou entidade.

§ 2º - Não se inclui na vedação estabelecida no inciso II deste artigo a delegação de atividades que tenham por objetivo dar suporte técnico ou material às atribuições nele previstas.

CAPÍTULO III
DO PLANO ESTADUAL DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
Seção I
Da Organização do Plano

Art. 7º - O Poder Executivo elaborará, anualmente, o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, que exporá os objetivos e definirá as ações de governo no âmbito do Programa e apresentará, justificadamente, os projetos de parceria público-privada a serem executados pelo Poder Executivo estadual.

§ 1º - O órgão ou entidade da Administração estadual interessado em celebrar parceria encaminhará o respectivo projeto, nos termos e prazos previstos em decreto, à apreciação do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas - CGP -, criado no art. 19 desta Lei.

§ 2º - Os projetos aprovados pelo CGP integrarão o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, o qual será submetido à aprovação, mediante decreto, do Governador do Estado, após a realização de consulta pública, na forma de regulamento.

Art. 8º - O projeto de parceria que preveja a utilização de recursos provenientes de fundo de parcerias será submetido a parecer do grupo coordenador do fundo, antes de ser aprovado pelo CGP.

Art. 9º - O CGP, sem prejuízo do acompanhamento da execução de cada projeto, fará, permanentemente, avaliação geral do Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas.

Seção II

Dos Requisitos dos Projetos de Parceria Público-Privada

Art. 10 - Os projetos de parceria público-privada encaminhados ao CGP, sem prejuízo dos requisitos estabelecidos em regulamento, deverão conter estudo técnico que demonstre, em relação ao serviço, obra ou empreendimento a ser contratado:

I - a vantagem econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, relativamente a outras possibilidades de execução direta ou indireta;

II - a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função da sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;

III - a viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço, de ganhos econômicos suficientes para cobrir seus custos;

IV - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado;

V - a necessidade, a importância e o valor do serviço em relação ao objeto a ser executado.

Parágrafo único. Fica assegurado acesso público aos dados e às informações que fundamentem o estudo técnico de que trata este artigo.

Seção III

Dos Instrumentos de Parceria Público-Privada

Art. 11 - São instrumentos para a realização de parceria público-privada:

I - a concessão de serviço público, precedida ou não de obra pública;

II - a concessão de obra pública;

III - a permissão de serviço público;

IV - a subconcessão;

V - outros contratos ou ajustes administrativos.

Art. 12 - Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei reger-se-ão pelas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos e de licitações e contratos e atenderão às seguintes exigências:

I - indicação das metas e dos resultados a serem atingidos pelo contratado e do cronograma de execução, definidos os prazos estimados para o seu alcance;

II - definição de critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante adoção de indicadores capazes de aferir a qualidade do serviço;

III - estabelecimento de prazo vinculado à amortização dos investimentos, quando for o caso, e remuneração do contratado pelos serviços oferecidos;

IV - apresentação, pelo contratante, de estudo do impacto orçamentário-financeiro do contrato no exercício em que deva entrar em vigor e nos subseqüentes, abrangida a sua execução integral.

§ 1º - O contrato só poderá ser celebrado se o seu objeto estiver previsto nas leis do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado - PMDI - ou do Plano Plurianual de Ação Governamental - PPAG.

§ 2º - Os editais e contratos de parceria público-privada serão submetidos a consulta pública, na forma de regulamento.

§ 3º - Ao término da parceria público-privada, a propriedade do bem móvel ou imóvel objeto do contrato caberá à Administração Pública, salvo disposição contratual em contrário.

Art. 13 - Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.

§ 1º - Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 2º - A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.

Art. 14 - São obrigações do contratado na parceria público-privada:

I - demonstrar capacidade econômica e financeira para a execução do contrato;

II - assumir compromisso de resultados definido pela Administração Pública, facultada a escolha dos meios para a execução do contrato, nos limites previstos no instrumento;

III - submeter-se a controle estatal permanente dos resultados;

IV - submeter-se à fiscalização da Administração Pública, sendo livre o acesso dos agentes públicos às instalações, informações e documentos relativos ao contrato, incluídos os registros contábeis;

V - sujeitar-se aos riscos do empreendimento, salvo nos casos expressos previstos no contrato e no edital de licitação;

VI - incumbir-se de atos delegáveis da desapropriação, quando prevista no contrato e mediante outorga de poderes pelo Poder Público, caso em que será do contratado a responsabilidade pelo pagamento das indenizações cabíveis.

Parágrafo único. Ao Poder Público compete declarar de utilidade pública área, local ou bem que sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto do contrato e à implementação de projeto associado, bem como, ressalvada a hipótese do inciso VI deste artigo, promover a sua desapropriação diretamente.

Art. 15 - O contratado poderá ser remunerado por meio de uma ou mais das seguintes formas:

- I - tarifa cobrada dos usuários, nos contratos regidos pela lei federal de concessão e permissão de serviços públicos;
- II - recursos do Tesouro estadual ou de entidade da Administração Indireta estadual;
- III - cessão de créditos do Estado ou de entidade da Administração Indireta estadual, excetuados os relativos a impostos;
- IV - transferência de bens móveis e imóveis, na forma da lei;
- V - títulos da dívida pública, emitidos com observância da legislação aplicável;
- VI - cessão do direito de exploração comercial de bens públicos e outros bens de natureza imaterial, tais como marcas, patentes, bancos de dados;
- VII - outras receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.

§ 1º - A remuneração do contratado será variável, vinculada ao seu desempenho na execução do contrato, e se dará a partir do momento em que o serviço, obra ou empreendimento contratado estiver disponível para utilização.

§ 2º - Desde que haja previsão expressa no contrato de parceria público-privada, o Estado poderá efetuar o pagamento das parcelas devidas ao contratado, apuradas nos termos do § 1º deste artigo, diretamente em favor da instituição que financiar o objeto do contrato.

§ 3º - O pagamento a que se refere o § 2º deste artigo se dará nas mesmas condições pactuadas com o parceiro, limitado, em qualquer caso, ao montante apurado e liquidado em favor deste.

Art. 16 - Os créditos do contratado poderão ser protegidos por meio de:

- I - garantia real, pessoal, fidejussória e seguro;
- II - atribuição ao contratado do encargo de faturamento e cobrança de crédito do contratante em relação a terceiros, salvo os relativos a impostos, prevista a forma de compensação dos créditos recíprocos de contratante e contratado;
- III - vinculação de recursos do Estado, inclusive por meio de fundos específicos, ressalvados os impostos.

Art. 17 - O contrato e o edital de licitação poderão prever, para a hipótese de inadimplemento da obrigação pecuniária a cargo do Estado, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas na legislação federal aplicável, que:

- I - o débito será acrescido de multa de 2% (dois por cento) e juros, segundo a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Estadual;
- II - o atraso superior a noventa dias conferirá ao contratado a faculdade de suspensão dos investimentos em curso bem como a suspensão da atividade que não seja estritamente necessária à continuidade de serviços públicos essenciais ou à utilização pública de infraestrutura existente, sem prejuízo do direito à rescisão judicial;
- III - o débito poderá ser pago ou amortizado com o valor que seria compartilhado com o contratante nos termos do § 2º do art.15.

Art. 18 - O contrato de parceria regido pela legislação geral sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos que não seja remunerado por tarifa cobrada dos usuários e que obrigue o contratado a fazer investimento inicial superior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) não terá prazo inferior a dez e superior a trinta anos.

CAPÍTULO III DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 19 - Fica criado o Conselho Gestor de Parcerias Público- Privadas - CGP -, vinculado à Governadoria do Estado.

§ 1º - Caberá ao CGP elaborar o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas e aprovar os editais, os contratos, seus aditamentos e prorrogações.

§ 2º - O CGP será presidido pelo Governador do Estado e terá em sua composição, como membros efetivos, o Advogado-Geral do Estado e os Secretários de Estado de Desenvolvimento Econômico, de Planejamento e Gestão, de Fazenda, de Transportes e Obras Públicas, de Desenvolvimento Regional e Política Urbana e de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, e, como membro eventual, o titular da Secretaria diretamente relacionada com o serviço ou a atividade objeto de parceria público-privada.

Art. 20 - Caberá à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, por meio de unidade operacional de coordenação de parcerias público-privadas - Unidade PPP -, nos termos de regulamento:

I - executar as atividades operacionais e de coordenação de parcerias público-privadas;

II - assessorar o CGP e divulgar os conceitos e metodologias próprios dos contratos de parcerias público-privadas;

III - dar suporte técnico, na elaboração de projetos e contratos, especialmente nos aspectos financeiros e de licitação, às Secretarias de Estado.

Art. 21 - Ficam criados, no Quadro Especial constante do Anexo da Lei Delegada nº 108, de 29 de janeiro de 2003, os seguintes cargos de provimento em comissão, de recrutamento amplo:

I - dois cargos de Diretor de Projeto, código MG-88, símbolo AS-96;

II - dois cargos de Gerente de Programa, código MG-91, símbolo GF-01;

III - um cargo de Assessor Técnico, código MG-18, símbolo AT- 18.

Parágrafo único. A lotação e a identificação dos cargos de que trata esta Lei serão feitas por decreto.

Art. 22 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 23 - Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 9.444, de 25 de novembro de 1987, e a Lei nº 10.453, de 22 de janeiro de 1991.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 16 de dezembro de 2003

Aécio Neves - Governador do Estado.

ANEXO B**LEI n.º 14869/2003**

Cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais.

O Povo de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica criado o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, entidade contábil sem personalidade jurídica, com o objetivo de dar sustentação financeira ao Programa de Parcerias Público-Privadas.

Art. 2º - São beneficiárias do Fundo as empresas parceiras definidas e habilitadas nos termos da lei.

Art. 3º - São recursos do Fundo:

I - as dotações consignadas no orçamento do Estado e os créditos adicionais;

II - os rendimentos provenientes de depósitos bancários e aplicações financeiras do Fundo;

III - as doações, os auxílios, as contribuições e os legados destinados ao Fundo;

IV - os provenientes de operações de crédito internas e externas;

V - os provenientes da União;

VI - outras receitas destinadas ao Fundo.

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo serão depositados em conta especial, em instituição financeira indicada pelo Poder Executivo.

§ 2º - Os rendimentos de aplicações decorrentes de recursos do Fundo serão a ele creditados.

Art. 4º - Poderão ser alocados ao Fundo:

I - ativos de propriedade do Estado, excetuados os de origem tributária, em montante e condições definidos pela Secretaria de Estado de Fazenda;

II - bens móveis e imóveis, na forma definida em regulamento, observadas as condições previstas em lei.

§ 1º - As receitas decorrentes do recebimento dos ativos de que trata o inciso I e da alienação dos bens de que trata o inciso

II deste artigo poderão ser utilizadas prioritariamente no pagamento de parcelas devidas pelo contratante.

§ 2º - As disponibilidades do Fundo decorrentes do recebimento dos ativos de que tratam os incisos I e II não utilizadas na forma prevista no SS 1º deste artigo serão transferidas para o Tesouro Estadual, na forma do regulamento, e substituídas por ativos de igual valor.

Art. 5º - O Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais operará a liberação de recursos para os parceiros privados contratados e oferecerá garantias reais que lhes assegurem a continuidade do desembolso pelo Estado dos valores contratados, na forma da legislação em vigor.

§ 1º - A concessão de garantias pelo Fundo será definida em regulamento.

§ 2º - As condições para a liberação e a utilização de recursos do Fundo por parte do beneficiário e para a concessão de garantias serão estabelecidas no contrato de parceria público-privada, firmado nos termos da lei.

§ 3º - A contrapartida do beneficiário será a comprovação da realização dos investimentos necessários para o cumprimento das obrigações previstas no contrato de parceria público-privada.

Art. 6º - O prazo de vigência do Fundo é de quarenta anos contados da data de publicação desta lei.

Art. 7º - O órgão gestor do Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais é a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico - SEDE, e o agente financeiro do Fundo é o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. - BDMG, com as atribuições estabelecidas na Lei Complementar n.º 27, de 18 de janeiro de 1993.

§ 1º - A remuneração do agente financeiro não poderá ser superior a 1,5% (um e meio por cento) do valor de cada operação do Fundo.

§ 2º - As disponibilidades do Fundo em poder do agente financeiro serão remuneradas pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, instituída pelo Banco Central do Brasil.

§ 3º - O órgão gestor e o agente financeiro apresentarão à Secretaria de Estado de Fazenda e ao grupo coordenador do Fundo relatórios específicos, na forma e na periodicidade em que forem solicitados.

Art. 8º - O grupo coordenador do Fundo será composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos e entidades:

- I - Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico - SEDE;
- II - Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. - BDMG;
- III - Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG;
- IV - Secretaria de Estado de Fazenda - SEF.

Parágrafo único. O grupo coordenador do Fundo, além das atribuições previstas na Lei Complementar n.º 27, de 18 de janeiro de 1993, emitirá parecer sobre a viabilidade e a oportunidade de aprovação dos contratos de parcerias público-privadas.

Art. 9º - Os demonstrativos financeiros e os critérios para a prestação de contas do Fundo observarão as normas gerais sobre contabilidade pública e fiscalização financeira e orçamentária, conforme o disposto na Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964, as normas estabelecidas pelo Tribunal de Contas do Estado e a legislação aplicável.

Art. 10 - O Poder Executivo regulamentará esta Lei.

Art. 11 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12 - Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 16 de dezembro de 2003.

Aécio Neves - Governador do Estado.

ANEXO C

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 10 (SUBSTITUTIVO), DE 2004

Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Capítulo I
DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Capítulo II
DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se contrato de parceria público-privada o ajuste celebrado entre a administração pública e entidades privadas, com vigência não inferior a cinco nem superior a quarenta e cinco anos, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, respondendo o parceiro privado pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto, observadas as seguintes diretrizes:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria.

Art. 3º Pode ser objeto de parceria público-privada:

- I – a delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública;
- II – a prestação de serviços à administração pública ou à comunidade, precedidos ou não de obra pública, excetuadas as atividades exclusivas de Estado;
- III – a execução de obra para a administração pública;

IV – a locação ou o arrendamento à administração pública de obra a ser executada.

§ 1º Os contratos de parceria público-privada poderão ser utilizados individual, conjunta ou concomitantemente com outras modalidades de contratos previstas na legislação em vigor, em um mesmo empreendimento, podendo submeter-se a um ou mais processos de licitação.

§ 2º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra ou cujo valor total do empreendimento seja inferior a vinte milhões de reais.

§ 3º Incumbe à administração pública declarar de utilidade pública os bens necessários à execução da obra ou do serviço, promovendo as desapropriações ou a instituição de servidões administrativas, diretamente ou mediante outorga de poderes ao parceiro privado, caso em que será deste, desde que prevista no edital, a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.

Art. 4º São cláusulas necessárias dos contratos de parceria público-privada as que disponham sobre:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados;

II – as penalidades aplicáveis à administração pública e ao parceiro privado, fixadas equitativamente quando se revestirem de caráter financeiro, nos casos de *inadimplemento* das obrigações contratuais;

III – as hipóteses de extinção antecipada do contrato e os critérios para o cálculo, prazo e demais condições de pagamento das indenizações devidas, ficando condicionada a rescisão unilateral por motivo de interesse público a pagamento prévio da indenização em moeda corrente, exigindo-se ainda, no caso das concessões e permissões de serviço público, lei autorizativa específica, de iniciativa do Poder Executivo;

IV – a identificação dos gestores do parceiro privado e do parceiro público responsáveis, respectivamente, pela execução do contrato e pela sua fiscalização;

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

VI – a periodicidade e os mecanismos da revisão para:

a) a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, nas hipóteses previstas na alínea *d* do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993;

b) a preservação da atualidade da prestação dos serviços objeto da parceria;

VII – fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização, e a forma de notificação da inadimplência ao gestor do fundo fiduciário pelo parceiro privado.

§ 1º As indenizações de que trata o inciso III do *caput* poderão ser pagas à entidade financiadora do projeto de parceria.

§ 2º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores, baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação por parte da administração pública, exceto se esta publicar, até o advento do primeiro vencimento de fatura após a data da atualização, razões fundamentadas na lei ou no contrato para a não homologação.

§ 3º Os contratos poderão prever a possibilidade de compartilhamento com a administração pública, dos ganhos econômicos efetivos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos da parceria.

§ 4º Ao término do contrato de parceria público-privada ou nos casos de extinção antecipada do contrato, a propriedade das obras públicas e dos bens, móveis e imóveis, necessários à continuidade dos serviços objeto da parceria, reverterem-se à administração pública, independentemente de indenização, salvo disposições contratuais em contrário ou na hipótese de existência de bens com investimentos não amortizados ou não depreciados realizados com o objetivo de garantir a continuidade ou a atualidade do objeto da parceria, desde que os investimentos tenham sido autorizados prévia e expressamente pela administração pública.

Art. 5º A contraprestação da administração pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

- I – ordem bancária;
- II – cessão de créditos não-tributários;
- III – outorga de direitos em face da administração pública;
- IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
- V – outros meios admitidos em lei.

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho na execução do contrato, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no edital da licitação para contratação da parceria.

§ 2º Nas concessões e permissões de serviço público, a administração pública poderá oferecer ao parceiro privado contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário, ou, em casos justificados, arcar integralmente com sua remuneração, por parte delimitada do período de vigência do contrato.

Art. 6º A contraprestação da administração pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização ou do recebimento do objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º As contraprestações da administração pública decorrentes dos contratos de parcerias público-privadas, havendo disponibilidade financeira no órgão ou ente contratante, terão precedência de pagamento sobre as contraprestações relativas às obrigações contratuais que tenham por objeto a execução de obras públicas contratadas na forma da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 2º A contraprestação de que trata o *caput* poderá ser vinculada à disponibilização ou ao recebimento parcial do objeto do contrato, nos casos em que a parcela a que se refira possa ser usufruída isoladamente pelo usuário do serviço ou pela administração pública, devendo o contrato prever as condições adequadas de fruição isolada da parcela.

Capítulo III DAS GARANTIAS

Art. 7º As obrigações contraídas pela administração pública relativas ao objeto do contrato serão, sem prejuízo de outros mecanismos admitidos em lei e desde que previsto no edital de licitação, garantidas mediante:

- I – vinculação de receitas, observado o disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal;
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro garantia de pagamento; ou
- IV – subscrição ou aquisição de quotas em fundo fiduciário.

Parágrafo único. Além das garantias concedidas ao parceiro privado na forma do *caput*, o contrato de parceria poderá prever, em favor da entidade financiadora do projeto, a emissão, diretamente em seu nome, dos empenhos relativos às obrigações da administração pública e a legitimidade para receber pagamentos efetuados por intermédio dos fundos especiais e do fundo fiduciário referidos no *caput*.

Capítulo IV DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Art. 8º Será constituída pelo parceiro privado sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, à qual caberá a propriedade dos bens resultantes do investimento, durante a vigência do contrato.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da administração pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia de capital aberto, com ações negociadas em bolsa de valores do País ou do exterior, respeitado, quanto ao controle acionário, o disposto no § 1º e na Lei nº 6.404, de 1976.

§ 3º A sociedade de propósito específico poderá, na forma do contrato, dar em garantia aos financiamentos contraídos para a consecução dos objetivos da parceria público-privada os direitos emergentes do contrato de parceria até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade das obras e dos serviços.

§ 4º A sociedade de propósito específico deverá, para celebração do contrato, adotar contabilidade e demonstração financeira padronizadas, compatíveis com padrões mínimos de governança corporativa, a serem fixados pelo Poder Executivo federal.

Capítulo V DA LICITAÇÃO

Art. 9º É facultada a qualquer interessado a apresentação à administração pública de proposta de parceria público-privada, nos termos da legislação vigente, sem prejuízo da sua participação no respectivo processo licitatório.

Parágrafo único. Os estudos e projetos prévios à contratação da parceria, decorrentes da aprovação de proposta encaminhada nos termos do *caput* serão colocados à disposição dos licitantes que disputarem a celebração do respectivo contrato de parceria público-privada, cumprindo ao beneficiário da adjudicação do objeto da parceria público-privada ressarcir os dispêndios correspondentes em valor a ser fixado no edital.

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, com pré-qualificação, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentado em estudo técnico que demonstre:

- a) a conveniência e a oportunidade da contratação;
- b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000,

devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela administração pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias, e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – inclusão de seu objeto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

V – consulta pública, divulgada mediante a publicação de aviso na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, na qual serão informados a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital;

VI – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela administração pública;

VII – licença ambiental prévia ou autorização equivalente, na forma de regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º A comprovação referida na alínea *b* do inciso I do *caput* conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º Sempre que a assinatura do contrato de parceria público-privada ocorrer em exercício diverso do de publicação do instrumento convocatório, deverá ser precedida da elaboração de novo estudo técnico com a demonstração a que se refere a alínea *b* do inciso I do *caput*.

Art. 11. O instrumento convocatório indicará expressamente a submissão da licitação e do contrato às normas desta Lei, devendo conter:

I – minuta do contrato elaborada com observância ao art. 4º;

II – exigência de constituição, como condição para a celebração do ajuste, de sociedade de propósito específico pelo licitante vencedor, nos termos do art. 8º;

III – previsão da realização de auditoria externa na sociedade referida no inciso II, com periodicidade, no mínimo, anual.

Art. 12. É facultado ao edital estabelecer:

I – garantias de proposta e de execução do contrato, suficientes e compatíveis com os ônus e os riscos decorrentes da hipótese de não ser mantida a proposta ou de não serem cumpridas as obrigações contratuais, não se aplicando as limitações previstas na legislação em vigor;

II – o uso da arbitragem, para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato;

III – a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos das obras ou, quando a administração pública fornecê-los, a faculdade de apresentação na proposta técnica de projeto alternativo por parte dos licitantes.

Art. 13. A licitação, após a fase de pré-qualificação e desde que previsto no edital, observará os seguintes procedimentos:

- I – recebimento dos envelopes contendo as propostas econômicas e técnicas dos licitantes, e classificação destas últimas, de acordo com critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos no edital;
- II – devolução dos envelopes, lacrados, contendo as propostas econômicas dos licitantes cujas propostas técnicas não tenham alcançado a pontuação mínima;
- III – avaliação das propostas econômicas dos licitantes e desclassificação daquelas que, nos termos do edital, forem consideradas inexeqüíveis;
- IV – a aplicação do critério de melhor combinação entre as propostas técnica e econômica para cada licitante, quando for o caso, e a respectiva classificação;
- V – proclamação do resultado final do certame.

§ 1º O edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas a ser aplicada no procedimento licitatório, admitindo-se propostas escritas em envelopes lacrados, lances em viva voz ou a combinação de ambas.

§ 2º Em caso de combinação entre propostas escritas em envelopes lacrados e lances em viva voz, o edital estabelecerá que:

- I – existindo menos de três propostas econômicas escritas em envelopes lacrados que estejam situadas no intervalo previsto no edital, os autores das três melhores poderão oferecer nova proposta;
- II – o oferecimento de lances dar-se-á na ordem inversa da classificação das propostas escritas.

§ 3º Havendo lances em viva voz, o edital não poderá fixar limite para a sua quantidade.

Art. 14. A licitação será julgada de acordo com um dos seguintes critérios, na forma definida pelo edital:

- I – melhor proposta econômica;
- II – melhor combinação entre a proposta técnica e a econômica.

Parágrafo único. Serão considerados, no julgamento das propostas econômicas, além de outros aspectos relacionados à natureza do objeto e desde que haja previsão no edital:

- I – o valor das tarifas a serem cobradas dos usuários após a execução da obra ou do serviço;
- II – os pagamentos devidos pelo parceiro privado em razão da concessão ou da permissão do serviço abrangido pelo contrato;
- III – a contraprestação da administração pública, a ser efetuada nos termos do art. 5º;
- IV – as melhorias ou benfeitorias a serem realizadas no patrimônio público envolvido na execução do objeto;
- V – as utilidades e benefícios a serem assegurados às populações alcançadas pelo contrato de parceria público-privada.

Capítulo VI DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS À UNIÃO

Art. 15. Ato do Poder Executivo instituirá órgão gestor colegiado com a finalidade de, no âmbito da administração pública federal, fixar procedimentos para contratação de parcerias

público-privadas, definir as atividades, obras ou serviços considerados prioritários para ser executados sob o regime de parceria, bem como autorizar a abertura de processo licitatório para contratar parceria público-privada e homologar os termos do respectivo instrumento convocatório.

§ 1º O órgão mencionado no *caput* será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos:

- I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades;
- II – Ministério da Fazenda;
- III – Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Das reuniões do órgão a que se refere o *caput* para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da administração direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

§ 3º Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no *caput* poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas e privadas.

§ 4º O órgão de que trata o *caput* remeterá ao Congresso Nacional, com periodicidade semestral, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.

Art. 16. Compete aos Ministérios e às agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, o exame prévio à licitação da conformidade da minuta de contrato das parcerias público-privadas com as normas que regem o setor a que pertença o respectivo objeto, bem como, na fase de execução, apoiar o gestor indicado no art. 4º, IV, no acompanhamento e na fiscalização técnica e regulatória dos contratos de parceria público-privada.

Parágrafo único. Os Ministérios encaminharão ao órgão a que se refere o art. 15, com periodicidade trimestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

Art. 17. Fica a União ou entidade de direito privado por ela controlada autorizada a subscrever ou adquirir quotas em fundo fiduciário de direito privado, gerido por uma ou mais instituições financeiras controladas, direta ou indiretamente, pela União, com o objetivo específico de prestar garantia de cumprimento das obrigações a que se refere o art. 7º, nos termos da legislação pertinente e na forma que dispuser ato do Poder Executivo.

§ 1º O fundo a que se refere o *caput* será integralizado mediante:

- I – dotações consignadas no orçamento e créditos adicionais;
- II – transferência de direitos e ativos não-financeiros;
- III – transferência de bens móveis e imóveis, que poderão ser alienados na forma da legislação pertinente; ou
- IV – recursos provenientes de outras fontes.

§ 2º A integralização de recursos no fundo de que trata o § 1º mediante a transferência de ações de sociedade de economia mista federal, nos termos do inciso II do § 2º, não poderá acarretar a perda do controle acionário pela União.

§ 3º Os saldos financeiros e não-financeiros remanescentes do fundo fiduciário, ao término dos contratos de parceria público-privada, serão reutilizados em outros projetos ou,

sucessivamente, revertidos ao patrimônio da União ou da entidade de direito privado que tenha subscrito ou adquirido cotas do fundo.

§ 4º O contrato de parceria público-privada poderá, na forma do regulamento, estabelecer que, na hipótese de falta de cumprimento das obrigações pecuniárias por parte do parceiro público, o gestor do fundo fiduciário, desde que notificado, transferirá ao parceiro privado credor a titularidade de quotas em montante suficiente para a liquidação do débito gerador da situação de inadimplência.

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários – CVM, na forma das diretrizes estabelecidas em ato do Poder Executivo, disporá sobre:

- I – regime fiduciário do patrimônio do fundo;
- II – responsabilidade dos agentes fiduciários;
- III – condições de constituição, funcionamento e extinção do fundo fiduciário;
- IV – operações ativas e passivas do fundo fiduciário, as quais visarão manter em níveis adequados a sua rentabilidade e liquidez.

Art. 18. Fica a União autorizada a conceder incentivo, nos termos do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS, instituído pela Lei nº 10.735, de 2003, às aplicações em fundos de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes dos contratos de parcerias público-privadas.

Capítulo VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 19. O Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas.

Art. 20. Os valores arrecadados pela administração pública, na forma de inciso II do parágrafo único do art. 14, deverão ser utilizados exclusivamente como fonte de recursos para despesas de investimento.

Art. 21. O órgão central de contabilidade da União editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parcerias público-privadas.

Art. 22. Aplica-se às parcerias público-privadas o disposto na Lei nº 8.666, de 1993, e, no caso de concessões e permissões de serviços públicos, o disposto na Lei nº 8.987, de 1995, e na nº 9.074, de 1995, naquilo que não contrariar esta.

Art. 23. Esta entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente
, Relator