FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO
ESCOLA DE GOVERNO PAULO NEVES DE CARVALHO
Mestrado em Administração Pública

Mariana de Araújo Antunes

OS DESAFIOS RELACIONADOS AO PLANEJAMENTO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL E O PAPEL DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE ACRÉSCIMO DE EFICIÊNCIA AOS PROJETOS: UM OLHAR SOBRE A EXPERIÊNCIA DE MINAS GERAIS

Belo Horizonte
2018

Mariana de Araújo Antunes

OS DESAFIOS RELACIONADOS AO PLANEJAMENTO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL E O PAPEL DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE ACRÉSCIMO DE EFICIÊNCIA AOS PROJETOS: UM OLHAR SOBRE A EXPERIÊNCIA DE MINAS GERAIS

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Administração Pública.
Orientação: Prof. Dr. Alexandre Queiroz Guimarães.

Belo Horizonte

2018

Antunes, Mariana de Araújo.

A636d Os desafios relacionados ao planejamento de parcerias público-privadas no Brasil e o papel do procedimento de manifestação de interesse como instrumento de acréscimo de eficiência aos projetos [manuscrito] : um olhar sobre a experiência em Minas Gerais / Mariana de Araújo Antunes. – 2020.

[11], 200 f. : il.

Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2020.

Orientador: Alexandre Queiroz Guimarães

Bibliografia: f. 190-195

1. Administração pública – Minas Gerais. 2. Parceria público privada (PPP) – Minas Gerais. 3. Serviços públicos. – Minas Gerais. 4. Contrato administrativo. – Minas Gerais. I. Guimarães, Alexandre Queiroz. II. Título.

CDU 35(815.1)

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO
MESTRADO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: ESTADO, INSTITUIÇÕES E GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
TURMA M-2016/2018

Aos vinte e sete dias do mês de abril do ano de dois mil e dezoito, foi realizada a defesa pública da dissertação intitulada **"OS DESAFIOS RELACIONADOS AO PLANEJAMENTO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL E O PAPEL DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE ACRÉSCIMO DE EFICIÊNCIA AOS PROJETOS: UM OLHAR SOBRE A EXPERIÊNCIA DE MINAS GERAIS"**, elaborada por **Mariana de Araújo Antunes**, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre do Programa de Mestrado em Administração Pública, Área de Concentração: Estado, Instituições e Gestão de Políticas Públicas, da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho-EG, Fundação João Pinheiro. Após a apresentação do trabalho, a mestranda foi arguida pelos membros da Comissão Examinadora, composta pelos Professores Doutores **Alexandre Queiroz Guimarães (Orientador)**, **Ricardo Carneiro (Avaliador)** e **Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Avaliadora)**. A Comissão Examinadora reuniu-se para deliberar e considerando que a dissertação atende aos requisitos técnicos e acadêmicos previstos na legislação do Programa, decidiu por unanimidade pela sua **APROVAÇÃO.**

Professor Doutor **Alexandre Queiroz Guimarães** (Orientadora - FJP)

Professor Doutor **Ricardo Carneiro** (Avaliador – FJP)

CRISTIANA MARIA FORTINI PINTO E SILVA:55134874620

Assinado de forma digital por CRISTIANA MARIA FORTINI PINTO E SILVA:55134874620
Dados: 2020.07.01 17:56:18 -03'00'

Professora Doutora **Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva** (Avaliadora – UFMG)

AGRADECIMENTOS

Desde que me entendo por gente, planejo fazer um mestrado. Todavia, mesmo com todo o planejamento, não pude antecipar a intensidade envolvida nesta etapa. Talvez o mestrado tenha sido a experiência – pessoal, profissional e acadêmica - mais desafiadora que vivenciei até agora em minha vida e não consigo colocar em palavras a alegria que sinto ao concluí-la.

Por certo, este trabalho é o resultado de uma coleção de boas referências que acumulei ao longo da vida: há um tanto de mim formado por um tanto de outros. Pessoas queridas que participaram, de alguma maneira, deste projeto e desta trajetória e por quem tenho imensa gratidão.

Aos meus pais e à Marina, por terem olhos cujo brilho, a cada conquista minha, fazem com que elas pareçam maiores do que são e, também, por terem sido eles os responsáveis por ensinar os meus a enxergar o outro por todo o caminho.

Ao professor Alexandre, orientador e amigo, pela orientação comprometida e de excelência. Sobretudo, agradeço por ter temperado todo o trajeto com boas conversas e sábios conselhos, que me ajudaram a manter a sanidade mental durante esses nem sempre tranquilos meses de escrita e dedicação.

Ao Marco Aurélio Barcelos, que tive a honra de conhecer durante este percurso e de quem tive a oportunidade de receber preciosos ensinamentos.

Aos colegas do mestrado, por terem tornado o caminho mais divertido. Aos queridos Dalmir, Thaysa, Jussara e Evelyne pelos jantares em excelente companhia (dedico a vocês parte dos quilos adquiridos nesta empreitada). À Jussara (novamente e principalmente), por ter se tornado uma grande amiga, compartilhando muito mais que os momentos bons. Ao Caio, pelas muitas trocas nos momentos conturbados.

Ao professor Eduardo Batitucci e ao professor Frederico Poley, pelo incentivo desde o semestre “menos um”. Ao professor Marcus Vinícius, pelo olhar que ultrapassou a acadêmica e enxergou a pessoa.

À Bela, ao Fofão, à Lú Acácio, à Lú Fonseca e à Rafa, por acompanharem de perto o drama desses 762 dias. E o dos que os antecederam também.

Aos colegas do Fialho Salles, pelo exemplo diário de excelência em cada projeto. Ao André e ao Anderson, por terem sido, mais que apenas colegas de trabalho, meus amigos, interlocutores e professores, responsáveis pela maior parte do amadurecimento técnico desenvolvido nos últimos dois anos. Ao Iulian, por compartilhar comigo o desafio de ser um acadêmico-advogado/advogado-acadêmico. Ao Gustavo, pela demanda – e por ser exemplo –

de um padrão de trabalho acima da média, que passou a ser minha referência em todas as empreitadas em que me aventuro.

Ao Mário e à Jéssica, pela ajuda imprescindível durante o processo seletivo. Aos amigos do escritório Castellar Guimarães Advogados, por todo o incentivo e o suporte quando da minha decisão de fazer o mestrado.

À tia Ana, por ser quem despertou em mim a busca pelo mestrado como realização pessoal mais do que qualquer outra coisa. Aos familiares, colegas e amigos que não consigo citar nominalmente, mas que estiveram presentes nesses dois anos, pela torcida, pelo carinho de sempre e pela compreensão diante das minhas ausências.

Obrigada, obrigada, obrigada! Vocês são demais!

Seja lá o que for a inspiração, ela nasce de um contínuo "não sei". [...] Todo conhecimento que não leva a perguntas novas se extingue depressa: não consegue manter a temperatura necessária para a conservação da vida. [...] É por isso que dou tanto valor à pequena frase "não sei". É pequena, mas voa com asas poderosas. Expande nossa vida para incluir espaços que estão dentro de nós, bem como as vastidões exteriores em que a nossa minúscula Terra pende suspensa.
(O Poeta e o Mundo – discurso da poeta Wislawa Szymborska em 1996, quando agraciada com o Prêmio Nobel de Literatura)

RESUMO

Este estudo trata do desafio consistente na superação dos entraves à consolidação do modelo das Parcerias Público-Privadas como alternativa à realização de empreendimentos públicos eficientes, bem como o papel do Procedimento de Manifestação de Interesse para remediá-los. Tendo em vista os desafios que ainda pairam sobre a realização de PPPs no Brasil, o trabalho promove uma reflexão acerca da convergência entre as boas práticas apontadas pela teoria desenvolvida sobre o tema nos últimos anos e a realidade da prática da provisão de atividades públicas por meio das PPPs no país. Considerando que as instituições e as competências acumuladas no setor público são elementos centrais para o desenvolvimento das Parcerias Público-Privadas, o trabalho toma como referência analítica o Estado de Minas Gerais, realizando uma ilustração exploratória da experiência de Minas com projetos de PPP e com a realização de PMIs. A análise proposta foi feita com base em pesquisa bibliográfica, revisão documental e entrevistas não estruturadas com servidores públicos que atuam com a viabilização de projetos de PPP. A revisão documental se baseou, principalmente, nas informações e documentos disponibilizados pela Prodemge sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse do projeto da Plataforma Tecnológica de Minas Gerais realizado em 2017 e que se constitui como objeto de estudo. A análise da condução do referido PMI permitiu verificar que a última experiência de Minas Gerais na edição e condução de um procedimento desta natureza foi altamente promissora. De uma maneira geral, pode-se dizer que a condução do PMI da Plataforma Tecnológica se deu em consonância com as melhores práticas apontadas na teoria para a condução de Procedimentos de Manifestação de Interesse. O estudo realizado aponta para a conclusão de que as boas práticas identificadas na condução do PMI estudado pode ser reflexo da conjunção de experiências de órgãos experientes em contratações públicas e do BDMG, influenciando de forma positiva a condução do referido procedimento e gerando ganhos de conhecimento organizacional. Nesse sentido, o resultado da pesquisa reforça a conclusão acerca do papel chave das instituições para o desenvolvimento de recursos e procedimentos voltados ao desenvolvimento das Parcerias Público Privadas no Brasil.

Palavras chave: Parcerias Público-Privadas. Procedimento de Manifestação de Interesse. Contratações Públicas. Teoria Econômica dos Contratos. Teoria dos Custos de Transação.

ABSTRACT

This study addresses the challenge of overcoming obstacles to the consolidation of the Public-Private Partnerships model as an alternative to efficient public enterprises, as well as the role of the Expression of Interest Procedure to remedy them. In view of the challenges that still lie in the realization of PPPs in Brazil, the work promotes a reflection about the convergence between the good practices pointed out by the theory developed on the subject in recent years and the reality of the practice of the provision of public activities through of PPPs in the country. Considering that the institutions and the competences accumulated in the public sector are central elements for the development of Public-Private Partnerships, the work takes as analytical reference the State of Minas Gerais, realizing an exploratory illustration of the experience of Minas Gerais with projects of PPP and with the of PMIs. The proposed analysis was based on bibliographical research, documentary review and unstructured interviews with public servants who work with the feasibility of PPP projects. The documentary review was based mainly on the information and documents made available by Prodemge on the Expression of Interest of the Minas Gerais Technology Platform project carried out in 2017, which is an object of study. The analysis of the conduction of said PMI allowed to verify that the last experience of Minas Gerais in the edition and conduction of a procedure of this nature was highly promising. In general, it can be said that the conduction of the PMI of the Technological Platform was in accordance with the best practices pointed out in the theory for the Conduct of Procedures of Manifestation of Interest. This study points to the conclusion that the good practices identified in conducting the PMI studied may be a reflection of the conjunction of experiences of experienced public contractors and of the BDMG, positively influencing the conduct of said procedure and generating gains of organizational knowledge. In this sense, the result of the research reinforces the conclusion about the key role of the institutions for the development of resources and procedures aimed at the development of Public Private Partnerships in Brazil.

Keywords: Public-Private Partnerships. Expression of Interest Procedure. Government Procurement. Economic Theory of Contracts. Theory of Transaction Costs.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13
2 A CONTRATAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS .. 17
2.1 Um novo olhar sobre a gestão pública: o estreitamento das relações da Administração com particulares para persecução do interesse público 17
2.2 A Parceria Público-Privada como instrumento de gestão pública 22
2.3 A relevância da compreensão da lógica econômica subjacente aos contratos de PPP 29
2.3.1 O caminho da teoria econômica até os Custos de Transação 32
2.3.1.1 A Teoria dos Custos de Transação 37
2.3.1.2 A importância das estruturas de governança para a eficiência econômica das transações 41
2.4 A Teoria Econômica dos Contratos 45
2.4.1 A Teoria dos Contratos Incompletos e a Teoria do Agente-Principal 47
2.4.1.1 A distribuição dos direitos de propriedade como mecanismo de incentivo 50
2.4.1.2 A importância da modelagem contratual para a celebração de PPPs 51
3 ASPECTOS RELEVANTES PARA A MODELAGEM JURÍDICA DE PPPs: OS MECANISMOS CONTRATUAIS DE *SELF-ENFORCEMENT* 56
3.1 Introdução 56
3.2 Os indicadores de desempenho e o sistema de pagamentos como mecanismos de *self-enforcement* dos contratos de PPP 58
3.3 A matriz de risco e o Sistema de Equilíbrio Econômico-Financeiro como mecanismos de *self-enforcement* dos contratos de PPP 62
3.3.1 A distribuição dos ganhos de eficiência do contrato sob a lógica da matriz de riscos 64
3.3.2 Alocação de riscos em Parcerias Público-Privadas: lições práticas 66
3.4 Conclusões preliminares do capítulo 70
4 OS ELEMENTOS EXTRACONTRATUAIS QUE INFLUECIAM NA VIABILIZAÇÃO E NA EFICIÊNCIA DOS PROJETOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS 73
4.1 Introdução: a relevância do ambiente institucional para a eficiência das Contratações de PPP 73
4.2 O ambiente institucional brasileiro e o seu reflexo nas contratações de PPP 77
4.3 O sistema de garantias públicas como principal instrumento de *credible commitment* da Administração para remediar os entraves ocasionados pelo ambiente institucional brasileiro às contratações de PPP 84
4.3.1 O sistema de garantias previsto na Lei de PPP's 84
4.3.1.1 Vinculação de receitas 86
4.3.1.2 Instituição ou utilização de fundos especiais 89
4.3.1.3 Contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras 89
4.3.1.4 Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras 90

4.3.1.5 Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal 92

4.3.1.6 A instituição e a extinção do FGP federal e sua substituição pelo FGIE enquanto fundo garantidor 93

4.3.1.7 Demais mecanismos admitidos em lei para a concessão de garantias 96

4.3.2 As dificuldades envolvidas na concessão de garantias de fácil execução para assegurar o pagamento das obrigações contraídas pela Administração Pública 96

4.4 Conclusões preliminares 99

5 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE APOIO AO PLANEJAMENTO DE PPPs 103

5.1 Introdução: breves contornos teóricos sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) 103

5.2 O PMI como instrumento de auxílio ao planejamento de Parcerias Público-Privadas 107

5.2.1 O planejamento de projetos de Parcerias Público-Privadas 107

5.2.2 O PMI como ferramenta auxiliar ao planejamento de projetos de PPP 112

5.3 Os desafios inerentes à utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de auxílio ao planejamento de PPPs e seus mitigadores 119

5.4 Conclusões preliminares do trabalho: o PMI como ferramenta útil à solução dos entraves à realização de projetos de PPP 126

6 A EXPERIÊNCIA MINEIRA COM A UTILIZAÇÃO DO PMI EM MODELAGENS DE PPP: LIÇÕES APRENDIDAS, OPORTUNIDADES E DESAFIOS 128

6.1 Introdução 128

6.2 O processo de institucionalização do Programa de PPP em Minas Gerais 130

6.3 Contornos atuais do Programa de PPP do Estado de Minas Gerais 135

6.3.1 As mudanças no marco regulatório sobre PPPs no Estado de Minas Gerais a partir do ano de 2016 135

6.3.2 A experiência mineira com a utilização de PPPs até 2018 140

6.3.3 Os entraves à viabilização de projetos de PPP em Minas Gerais 164

6.3.4 A questão das garantias públicas 166

6.3.4.1 A falta de robustez das medidas previstas como garantias públicas pela Lei Estadual nº 22.606/2017 167

6.4 A experiência mineira com a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse como ferramenta auxiliar na modelagem de projetos de PPP 170

6.4.1 A utilização do PMI em Minas Gerais: um panorama geral 170

6.5 Estudo de caso: a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse para recebimento de estudos do setor privado para auxílio na modelagem do projeto da PPP da Plataforma Tecnológica de Minas Gerais 175

6.5.1 Metodologia 175

6.5.2 Contextualização do PMI da Plataforma Tecnológica 175

6.5.3 A condução do procedimento: a utilização de mecanismos mitigadores dos riscos comumente atrelados aos PMIs 177

6.5.4 Lições aprendidas, oportunidades e desafios 181
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 184
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 190
ANEXO I – Quadro didático sobre matriz de riscos em PPP 196

1 INTRODUÇÃO

A questão sobre a adoção de políticas de investimentos públicos por meio de parcerias com o setor privado nunca esteve tão no centro das discussões sobre a estratégia de desenvolvimento do país. Neste particular, a utilização do modelo de contratação por meio de Parcerias Público-Privadas desponta como um dos principais recursos para diversos governos garantirem a provisão de serviços e empreendimentos públicos.

As carências de infraestrutura, as dificuldades no agir estatal e os limites orçamentários dos governos fazem com que as PPPs sejam bastante atrativas. No caso brasileiro, há uma janela clara de oportunidades para o desenvolvimento do modelo consistente na necessidade de os entes públicos darem uma resposta às demandas da população por infraestrutura e serviços. Além disso, a execução desse tipo de projeto também se consolida como uma oportunidade para o mercado, sobretudo num momento de dificuldades enfrentadas pelos grupos empresariais que atuam tradicionalmente no setor decorrentes dos escândalos pós Operação Lava-Jato.

Não por acaso, nos últimos dois anos houve um astronômico crescimento do número de projetos de Parcerias Público-Privadas em desenvolvimento no Brasil. Segundo dados da empresa Radar PPP, que se dedica ao estudo e consultoria deste modelo de negócios, no início de 2016, a sua base de dados contava com 649 projetos dessa natureza. Esse número passou para 1.247 no início do ano de 2018, o equivalente a um crescimento de 98% em um período de dois anos. Ao mesmo tempo, se considerado que a Lei de PPP's foi editada no ano de 2004, passados quase 15 (quinze) anos, é possível afirmar que o desenvolvimento deste modelo vem sendo tímido no país.

Esses números, a parte de indicarem a enorme perspectiva de crescimento de empreendimentos públicos de PPPs para os próximos anos, também são um indicador de que é preciso parar por um momento e promover uma reflexão sobre a lógica por traz das contratações via PPP e se os projetos que vem sendo realizados estão, de fato, levando-a em consideração. Além disso, é preciso pensar sobre como e a que preço essas contratações vêm sendo realizadas e sobre quais seriam os limites e as oportunidades de sua utilização para viabilizar empreendimentos públicos.

Verifica-se que os quase quinze anos da experiencia brasileira com a regulação e utilização de PPPs não permitiu um avanço uniforme dessas iniciativas nas várias regiões do país. Mais do que isso, é possível dizer que avançaram bem menos do que em outros países. Ainda se enfrenta problemas de diversas ordens e graus na utilização de contratações dessa

natureza no Brasil, que vão desde a completa inexperiência de determinados entes públicos acerca da lógica de estruturação e gestão dos contratos de PPP e sua utilização irresponsável, até problemas de ordem mais refinada, consistentes nos desafios para a viabilização de projetos viáveis e eficientes, relacionados à implementação de atratividade dos empreendimentos para a iniciativa privada sem perder de vista o interesse público, bem como à avaliação das experiências até então realizadas.

Tendo em vista esses desafios que ainda pairam sobre a realização de Parcerias Público-Privadas no Brasil, torna-se premente a promoção de uma reflexão acerca da convergência entre as boas práticas apontadas pela teoria desenvolvida sobre as PPPs nos últimos anos e a realidade da prática da provisão de atividades públicas por meio das Parcerias Público-Privadas no país. Além disso, é imperioso que se reflita sobre em qual sentido devem caminhar os processos de implementação dessas políticas.

Nessa direção, o estado da arte sobre o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse levanta interessantes hipóteses sobre os potenciais benefícios concernentes à viabilização de projetos e aos ganhos de eficiência do uso do PMI como ferramenta de apoio ao planejamento e modelagem de PPPs. No entanto, a teoria é unânime ao apontar que os potenciais ganhos do PMI estão atrelados à tomada de determinados cuidados na condução dos procedimentos para que ele não desvirtue seu propósito de atendimento ao interesse público.

Considerando que as instituições e as competências acumuladas no setor público são elementos centrais para o desenvolvimento das Parcerias Público-Privadas, este trabalho examina o desafio consistente na superação dos entraves à consolidação do modelo como alternativa à realização de empreendimentos públicos eficientes, bem como o papel do PMI para remediá-los. Para isso, toma como referência analítica o Estado de Minas Gerais. A ilustração exploratória da experiência de Minas com projetos de PPP e com a realização de PMIs foi escolhida para a referida ilustração em virtude da experiência do estado com esse tipo de contratação. Minas Gerais possui primazia na edição de legislação de PPPs, que antecedeu inclusive a Lei Federal, e também foi um dos primeiros estados a colocar em prática projetos de PPP, trazendo um *track record* rico de sucessos e insucessos.

A partir dessa análise, espera-se obter elementos que subsidiem a compreensão das razões que explicam as persistentes dificuldades de superação de entraves para a viabilização de projetos de PPP, mesmo com a utilização do PMI, reproduzindo um cenário que acomete o país como um todo. A experiência mineira com a implantação de PPPs tende a conter importantes lições para o próprio conhecimento organizacional da Administração Pública

Estadual e evolução de seus institutos e procedimentos, podendo ser útil para os demais Estados brasileiros.

Para a consecução desse objetivo geral, são propostos os seguintes objetivos específicos: apresentar os contornos teóricos sobre a lógica envolvida na contratação pública por meio das Parcerias Público-Privadas; indicar os aspectos de maior relevância apontados pela literatura para modelagem de contratos de PPPs; e apontar os elementos extracontratuais que influenciam na eficiência dos projetos dessa natureza no Brasil; estudar as boas práticas para a realização de Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de apoio ao planejamento das PPPs e, analisar a experiência do Estado de Minas Gerais com a utilização de PMIs para auxiliar na modelagem de projetos de PPP.

Nesse sentido, além desta introdução e das considerações finais, o trabalho está organizado em cinco capítulos, elaborados para entender o alcance e os limites do Procedimento de Manifestação de Interesse como mecanismo útil à redução dos entraves e complexidades envolvidas ao desenvolvimento das PPPs em Minas Gerais.

O primeiro capítulo buscará introduzir e contextualizar os aspectos mais relevantes acerca do processo de estreitamento das relações da Administração com a iniciativa privada para prestação de atividades com o objetivo final de alcançar o interesse público. Além disso, cuidará de realizar uma análise aprofundada sobre o marco legal das PPPs no Brasil e sua utilização como instrumento de gestão pública. Além disso, o capítulo se propõe a debruçar sobre a teoria econômica dos contratos de modo a lançar luz sobre os desafios inerentes ao processo de realização de parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada para a efetivação de projetos públicos.

No segundo capítulo, serão apresentados alguns elementos que devem ser levados em conta para a modelagem de um contrato de PPP no que diz respeito a sua adequação aos objetivos econômicos da contratação e, por conseguinte, devem ser considerados pelos gestores públicos quando do lançamento de editais de PMI e, posteriormente, do julgamento dos estudos apresentados pelos particulares.

O terceiro capítulo, por sua vez, cuidará de demonstrar que existem elementos extracontratuais que influenciam na eficiência de um projeto de PPP e, de maneira geral, na sua própria viabilidade e que devem ser levadas em conta quando da decisão de realizar uma contratação desta natureza.

No capítulo quatro buscar-se-á demonstrar como o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser uma medida apta a remediar os entraves ao desenvolvimento

das PPPs e garantir maior índice de viabilização dos projetos e uma maior eficiência nas estruturas desse tipo de contrato.

Por fim, o capítulo cinco se prestará a realizar uma ilustração exploratória da experiência de Minas com projetos de PPP e com a realização de PMIs, apresentando o processo de implantação do programa de Parcerias Público Privadas em Minas Gerais, o panorama atual do modelo de governança das PPPs e os principais entraves ao avanço das PPPs no Estado. A partir dos desafios apontados nesse trabalho no que diz respeito à utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse como auxílio ao planejamento dos projetos de Parcerias Público-Privadas, procurar-se-á trabalhar a experiência do Estado com tais iniciativas.

A análise proposta foi feita com base em pesquisa bibliográfica, revisão documental e duas entrevistas não estruturadas com servidores públicos que atuam atualmente com a viabilização de projetos de PPP, um deles servidor da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais e a outra, servidora do Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais – BDMG. A revisão documental se baseou, principalmente, nas informações e documentos disponibilizados pela Prodemge sobre o PMI realizado em 2017 e que se constitui como objeto de estudo.

Outras considerações de natureza metodológica são feitas ao longo dos capítulos, aduzindo esclarecimentos mais específicos e detalhados sobre os procedimentos adotados no tocante ao levantamento de informações e à análise empreendida.

2 A CONTRATAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

2.1 Um novo olhar sobre a gestão pública: o estreitamento das relações da Administração com particulares para persecução do interesse público

A aproximação da Administração Pública com os particulares para atividades destinadas a atender demandas públicas perpassa, necessariamente, por uma abordagem, ainda que sucinta, das atribuições históricas do Estado. A despeito da complexidade do assunto e sua inegável importância, as mudanças na percepção sobre o papel do Estado serão aqui tratadas de forma simplificada, por meio da apresentação dos pontos principais levantados pela literatura.

De modo conciso, esta seção se prestará a introduzir e contextualizar os aspectos mais relevantes acerca do processo de estreitamento das relações da Administração com a iniciativa privada para prestação de atividades com o objetivo final de alcançar o interesse público.

De maneira ilustrativamente simples, é possível dizer que, historicamente, a finalidade do Estado está atrelada ao atendimento do interesse público. O aparato institucional do Estado é formado por recursos colocados a sua disposição por uma coletividade, o que atrai para si o ônus de tomar decisões que a beneficiem e que atendam às demandas dessa coletividade. Nesse particular, uma decisão do Estado implica a mobilização dos recursos financeiros arrecadados da sociedade, de forma a redistribuí-los priorizando as pautas que tenham respaldo político. Em um regime democrático, isso significa que as demandas populares devem ser os guias para as decisões do Estado, e atendê-las deve ser seu objetivo final (SILVA, 2016).

O século XX foi marcado pela assunção, pelo Estado, de uma série de atribuições. As novas responsabilidades estatais foram acompanhadas de um acentuado crescimento da máquina administrativa e, em última análise, da expansão da arrecadação de tributos. No entanto, o alargamento do Estado não significou o efetivo atendimento de diversas demandas sociais, principalmente nos países em desenvolvimento. Os problemas enfrentados pela incapacidade estatal em corresponder a uma série de expectativas que recaíam sobre ele conduziram à reflexão sobre a própria função estatal e à necessária modificação da máquina administrativa (RESENDE, 2016).

Se, de um lado, não havia espaço para o regresso de um modelo de Estado Liberal, uma vez que já estava consolidada a ideia de uma atuação prestacional do Estado, de modo a garantir a satisfação mínima das necessidades públicas, de outro, o modelo que se apresentava não estava fazendo frente às necessidades de realizar essa prestação com agilidade e eficiência.

Além disso, a expansão do Estado não se efetivou concomitantemente a um aumento da participação dos cidadãos nas decisões públicas. Ainda que de maneira formal estivesse garantido o direito de voto universal para a escolha de representantes pelo povo, percebeu-se que existia uma crise democrática relacionada a um déficit de cidadania, ou seja, o afastamento dos cidadãos do centro da política e do direito (RESENDE, 2016).

Dessa percepção emerge a necessidade de se priorizar a atuação da Administração com a participação efetiva da população. O interesse geral passa a ser entendido como o produto dos interesses dos indivíduos e dos grupos. Juntamente com essa ideia, a persecução da eficiência e o controle do Estado passam a ter maior relevância no contexto de repensar a máquina estatal (RESENDE, 2016).

Tais pressupostos conduzem à conclusão de que, uma vez que o conteúdo do interesse público também é formado pelos interesses dos indivíduos e de grupos, ou seja, não é exclusividade do Estado, a execução de atividades para sua promoção também não consiste em monopólio estatal. Nesse sentido, conclui-se que existiria uma interdependência entre as esferas pública e privada, que implica em um

> [...] constante envolvimento dos particulares na atuação administrativa, seja na qualidade de colaborador no exercício de funções públicas, seja na qualidade de controlador social das ações públicas, que imprescindivelmente devem ser orientadas pela máxima da transparência. Depreende-se desse preceito que o Poder Público deve buscar, sempre que viável for, a participação dos administrados na tomada de decisão administrativa. Evidencia-se, assim, efetiva relativização do papel da Administração Pública como centro decisório por excelência e executor de poderes públicos; antes, a Administração consiste em um ente de arbitramento de interesses com vistas a conformar uma decisão administrativa não apenas eficiente, mas também aderente aos interesses e demandas dos diversos atores envolvidos na ação pública (stakeholders) (PALMA, 2015, p. 115).

A busca da eficiência e da qualidade dos serviços, por sua vez, conduz à percepção de possíveis vantagens da atuação dos particulares, sob o controle estatal, para a execução de certas atividades de competência do Estado. Além disso, a reflexão acerca do papel estatal conduz à emergência de uma enorme preocupação com a eficiência dos métodos utilizados para a persecução do interesse público. Passa-se a priorizar o atendimento das necessidades sociais com o menor custo possível e em um espaço menor de tempo (RESENDE, 2016).

Esse cenário é reflexo da incorporação das ideias de governança à esfera pública, baseada na valorização de relacionamentos negociados para elaboração, implantação e *enforcement* de políticas (PALMA, 2015). A governança pública diz respeito a um “modelo de gestão pública reativo àquele burocrático e formal que classicamente conforma a Administração

Pública, com baixa preocupação quanto à *legitimidade* das ações públicas e a *eficiência* na satisfação" (PALMA, 2015, p. 115).

As novas preocupações trazidas com a ideia de governança pública passaram a não comportar mais o limitado papel concedido aos particulares no processo de tomada de decisões administrativas, que, até então, era de meros destinatários de um modelo decisório imperativo e unilateral (PALMA, 2015).

Os preceitos de governança pública que passaram a ser valorizados possibilitaram uma paulatina mudança no modo de atuação administrativa, que até então era pautada em "uma técnica de comando e controle, suportada pela autoridade pública, manifestada em decisões unilateralmente conformadas pelo Poder Público e impostas verticalmente ('imperativamente') aos particulares" (PALMA, 2015, p. 116).

A partir da introdução dos preceitos da governança pública, muda-se a percepção sobre o papel dos particulares, que deixam de ser considerados "adversários" ou "meros destinatários da decisão administrativa final" e passam a ser encarados como constantes colaboradores "nas diversas fases relativas ao exercício de funções públicas, em especial na tomada de decisões administrativas, no exercício de funções públicas e no controle da execução dessas atividades" (PALMA, 2015, p. 116). Além disso, a "uniformidade excessiva do modelo burocrático de gestão pública ('*one-size-fits-all*') cede lugar, na governança pública, para um tipo de decisão caracterizada pela orientação à resolução de problemas" (PALMA, 2015, p. 116).

Cumpre destacar que, em conjunto com a eficiência, a colaboração público-privada ocupa papel de destaque dentro da concepção de governança pública (PALMA, 2015). A ideia de governança pública implica que a atuação estatal se preste não apenas a disponibilizar serviços essenciais à população. É fundamental que haja

> [...] efetivo atendimento de finalidades públicas por meio dessa ação estatal específica, direta ou indiretamente por meio de delegatários. Os resultados devem ser satisfeitos da melhor forma possível considerando a melhor tecnologia disponível e a reserva orçamentária pública, sem perder de conta a implantação das políticas públicas relacionadas (PALMA, 2015: 115).

Foi nesse contexto de modificação na percepção do papel da Administração Pública enquanto instituição, em conjunto com uma crise de governabilidade nas instituições burocráticas de diversos países ocidentais, a partir da década de 1980, que se vislumbrou um verdadeiro movimento de retração do Estado (PALMA, 2015).

Com efeito, a partir da reformulação das concepções até então existentes sobre o papel estatal, houve uma forte tendência de encarar a função do Estado, prioritariamente, como

instituição responsável pelo fomento, a regulação e o controle das atividades públicas, que passaram a ser transferidas, em parte, para a iniciativa privada. Ganhou força, assim, a ideia de atuação subsidiária da Administração no que concerne à prestação de serviços públicos à população (RESENDE, 2016).

No Brasil, esse movimento começa a ser formalizado com a promulgação da Constituição da República de 1988. É por meio dela que se iniciou a efetivação da valorização do cidadão e de seus direitos. A despeito de ter sido por meio da promulgação da Constituição de 1988 que as práticas participativas ganharam relevância e força, sua redação original ainda manteve o modelo burocrático clássico no que diz respeito às atividades administrativas.

Foi com o advento da reforma administrativa, iniciada nos anos 1990 com a implementação do Plano Diretor da Reforma do Estado, que foram introduzidos ao modelo de gestão da Administração Pública os elementos característicos de uma administração gerencial, pautada pela eficiência e o controle de resultados. A edição da Emenda Constitucional nº 19/1998 acresceu o princípio da eficiência aos princípios basilares da atuação pública previstos originalmente na Constituição de 1988, medida emblemática no cenário de redefinição do papel do Estado (RESENDE, 2016).

A ideia de uma administração gerencial ganha força no contexto de mudanças de paradigmas trazidos pela Constituição da República de 1988 no que concerne ao papel e aos direitos dos cidadãos, bem como dos institutos participativos. Busca-se o atendimento às demandas da coletividade com foco nos resultados, e não necessariamente os processos ou os meios para tanto (SILVA, 2016, p. 79).

Assim, a ideia por trás da reforma do Estado está atrelada à concepção de que a qualidade da administração pública não está ligada apenas ao cumprimento de normas e padrões de forma proba e impessoal. É ponto fulcral para a atuação estatal que sejam alcançados os resultados perseguidos pelo Estado. Nesse cenário, o Estado deixa de ser o detentor único dos “meios” de execução e tem a possibilidade de assumir um papel de regulador, fiscalizador, indutor e fomentador para a busca de melhores resultados (SILVA, 2016).

Por meio do Plano Diretor da Reforma do Estado, foi apresentado um diagnóstico sobre a atuação estatal. Nas observações dele constantes, são identificados quatro grandes setores do Estado, bem como são apresentadas algumas diretrizes sobre a “forma de propriedade” e sobre a “forma de administração” mais conveniente para cada um deles (SILVA, 2016).

De acordo com o Plano Diretor elaborado, o primeiro setor do Estado consistiria em seu “núcleo estratégico”, relacionado a seu inerente exercício da autoridade, podendo ser citados

como exemplos a elaboração de leis, a realização de julgamentos e o desenho de políticas públicas. O segundo grupo seriam as “atividades exclusivas”, as quais demandam o poderio estatal por meio do uso da força e de ações unilaterais pela Administração. Encontram-se nesse grupo as atividades privativas de poder de polícia, de tributar e fiscalizar. O terceiro grupo são os “serviços não exclusivos”, os quais, a despeito de terem sido assumidos pelo Estado, não demandam o exercício de autoridade e podem ser executados por entidades não estatais. São exemplos de “serviços não exclusivos” os direitos difusos de cultura, educação, saúde e meio ambiente. O quarto e último grupo é composto pelas “atividades comerciais”, ou seja, aquelas atividades que se relacionam à oferta de serviços para o mercado. Elas consistem nos serviços públicos econômicos e nas infraestruturas públicas (SILVA, 2016).

Nesse sentido, o principal objeto de reflexão sobre esses grupos no Plano Diretor é o questionamento sobre a possibilidade de se transferir a terceiros a propriedade dos recursos humanos e materiais relacionados a cada um deles e que originalmente é detida pela Administração Pública. Também se buscou compreender a conveniência da utilização, para cada caso, de um modelo de administração burocrática, mais rígida quanto aos procedimentos e às formalidades, ou de um modelo gerencial com o foco nos resultados e com maior flexibilidade (SILVA, 2016).

A análise realizada conduziu à conclusão de que os “serviços não exclusivos” e as “atividades comerciais” seriam passíveis de assumir forma diversa de propriedade, que não a estatal. No tocante à forma de administração, considerou-se que esses dois grupos permitiriam que se utilizassem mecanismos mais flexíveis para implementar resultados (SILVA, 2016).

Com efeito, é nesse cenário que emerge a tendência de privatizações e parcerias com a sociedade civil no Brasil. O setor privado, que até então era considerado mero destinatário dos atos administrativos, passa a ser visto como potencial colaborador na tomada de decisão e na execução de atividades que antes eram privativas da atuação da Administração. Verifica-se o estreitamento da relação entre a iniciativa privada e o setor público, ganhando espaço o fenômeno da delegação da execução de serviços públicos a organizações privadas (RESENDE, 2016).

As parcerias com o setor privado para a execução de tarefas antes privativamente realizadas pelo Poder Público representa, dessa forma, uma diversificação dos instrumentos de atuação administrativa. Esses arranjos entre particulares e a Administração são forjados por meio do consenso e da cooperação, sendo definidos como parcerias (RESENDE, 2016).

As parcerias entre a administração e a iniciativa privada podem ser consideradas verdadeiros instrumentos de governança pública, visto que representam "uma guinada do modo tradicional de ação administrativa" (PALMA, 2015, p. 116) e é fruto de "reflexões sobre instrumentos e práticas em uso pela Administração Pública" (PALMA, 2015, p. 116).

Assim, pode-se dizer que as parcerias entre o setor público e o setor privado consistem em uma "tentativa de revisitar o papel do Estado, em especial, por meio do uso de uma nova e importante estrutura, que são os contratos" (SILVA, 2016, p. 79). A própria ideia de administração pública gerencial está atrelada à conformação da atividade estatal por meio da celebração de contratos (SILVA, 2016). Nesse particular, os contratos apresentam vantagens relacionadas ao

> [...] engajamento de terceiros com vantagens comparativas, de maneira singular e individualizada. Isso exige um esforço intelectivo maior, a fim de abandonar a ideia de "tamanho único" para as relações que envolvam o Poder Público (fulcrada na legalidade e na prevalência de um estatuto que busca se aplicar a todos os indivíduos e a todas as situações). O contrato, além do mais, diferencia-se das fontes normativas tradicionais que pressupõem a figura do Estado em um dos polos da relação, pelo fato de contar com a "aderência" da outra parte. É importante lembrar, a esse propósito, que o ato administrativo típico é produzido independentemente da vontade de quem esteja envolvido. O contrato administrativo, por sua vez, só se materializa quando presente o desejo recíproco das partes – o que representa, sem dúvida, um salto significativo no tocante aos mecanismos de relacionamento da Administração Pública com particulares" (SILVA, 2016: 79).

As características de bilateralidade e a customização inerente aos contratos permitem que se criem instrumentos que se ajustam às especificidades de cada caso e de cada parte envolvida, representando ferramenta útil para o modelo de gestão da administração gerencial (SILVA, 2016). Nesse particular, a legislação pátria acabou por incorporar e regulamentar diversas modalidades contratuais de parceria. São exemplos as concessões tradicionais de serviços públicos e as parcerias público-privadas (RESENDE, 2016).

Para fins deste trabalho, destacaremos, como fruto da contratualização do Estado, as Parcerias Público-Privadas. Isso porque uma PPP nada mais é que um contrato em que se transfere a gestão de uma atividade tipicamente exercida pela Administração Pública para um terceiro que não o próprio Estado. Na próxima seção, será apresentada uma análise aprofundada sobre o marco legal das PPPs no Brasil e sua utilização como instrumento de gestão pública.

2.2 A Parceria Público-Privada como instrumento de gestão pública

Como visto na seção anterior, houve no Brasil, a partir da década de 1990, uma modificação na concepção sobre o papel do Estado que culminou no advento de uma tendência do estreitamento da relação entre o setor público e o privado, com respeito ao modo com que se prestariam os serviços públicos. Essa tendência foi guiada pela ideia de governança pública, cujos princípios norteiam para a necessidade de persecução de uma atuação administrativa voltada à eficiência.

O mecanismo de parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada encontra-se ainda em processo de maturação, principalmente no tocante ao desenvolvimento de mecanismos que permitam uma efetiva negociação entre as partes e a superação do desafio de formalizar tais transações nos contratos celebrados.

A gênese das contratações realizadas pela Administração Pública e os particulares para a realização de atividades diversas, no Brasil, foi marcada pela noção de exorbitância da Administração. Foi apenas com o passar do tempo, por meio da própria evolução da legislação e das experiências anteriores, que a noção da necessidade de paridade nessas relações ganhou importância, assim como a ideia de forjar relações baseadas na colaboração entre as esferas pública e privada.

A contratualização do Estado se deu de forma marcadamente imperativa e unilateral. Nesse particular, a prática tradicional da contratação entre a Administração e a iniciativa privada teve como pressuposto a ideia de que a Administração Pública possuía prerrogativas de autoridade e, por isso, tais contratos possuiriam o viés unilateral e imperativo inerente à parcela significativa da atuação estatal (REISDORFER, 2015). Verifica-se uma “dupla subordinação do particular interessado em contratar com a Administração, que sugere certa proximidade entre as atuações unilateral e contratual estatais, se considerada a perspectiva de participação do particular” (REISDORFER, 2015, p. 180).

Com efeito,

> A vontade manifestada pelo particular é constitutiva do contrato em si (como típico negócio jurídico), mas não propriamente do conteúdo do contrato ou da regulação do objeto contratual. O Estado define e organiza os aspectos materiais (relacionados as características e requisitos da prestação contratada) e alguns dos aspectos jurídicos da relação jurídica contratual, dentro dos quadrantes estabelecidos pela lei.
> Mas não é só isso: em regra, o particular não apenas se limita a aderir as condições previamente estipuladas pela Administração (não podendo, no mais das vezes, negociá-las ou discuti-las), como também se submete, ao longo da execução do contrato, a possibilidade de o Estado exercer prerrogativas extraordinárias. (REISDORFER, 2015, p. 180-181).

Por consequência, a visão tradicional das contratações públicas fixa a atuação da Administração não só como a responsável por definir o que será contratado, mas também como a responsável por determinar de que maneira será realizada a execução do objeto do contrato (REISDORFER, 2015). Isso significa que, tradicionalmente, era da Administração Pública o papel de apresentar "as características do objeto contratado, de modo que a autonomia do particular contratante restaria limitada inclusive em relação aos meios de consecução dos deveres assumidos" (REISDORFER, 2015, p. 181).

Tal perspectiva

> [...] se justificaria para propiciar o controle da atuação do particular contratante e, também, da própria atividade administrativa contratual. Sob a perspectiva da Administração Pública, a concepção tão completa quanto possível do contrato é relevante para confirmar a viabilidade do objeto, proporcionar estabilidade e uma estimativa mais precisa dos gastos que deverão ser assumidos. Tem-se aí a 'ideia de que as normas, se precisas, detalhistas, objetivas e bem-direcionadas, seriam capazes de gerar, quase que automaticamente, boas contratações'. Essa perspectiva de atuação seria destinada ainda ao combate à corrupção: ela evitaria a 'manipulação indevida no contrato' a partir de alterações durante a sua execução (REISDORFER, 2015, p. 181-182).

Todavia, a intentada previsibilidade e segurança na execução desses contratos logo se mostrou inatingível. Ainda que em algumas situações, notadamente em contratações mais simples, seja possível o controle, pela Administração, da concepção e da direção do objeto contratual, nos casos em que há a demanda de maior expertise e há mais riscos inerentes à execução do contrato essa lógica se mostra falha (REISDORFER, 2015).

A necessidade de contratação administrativa acompanhou a própria evolução da sociedade e dos recursos tecnológicos. Dessa maneira, as contratações realizadas pelo Poder Público, acompanhando tais tendências, passaram a englobar objetos cada vez mais complexos e com prestações heterogêneas (REISDORFER, 2015). Logo se percebeu a insuficiência da racionalidade estatal, propiciando o surgimento de "novas concepções e tipos contratuais que lançam outras luzes à prática contratual administrativa" (REISDORFER, 2015, p. 181).

Entre outros modelos legais de contratações que foram sendo criados para instrumentalizar a relação entre a Administração e os particulares, a alteração das estruturas relacionadas ao desenvolvimento estatal culminou com a edição da Lei 11.079/04, a Lei das Parcerias Público-Privadas, no ano de 2004 (MONTEIRO, 2009).

A Lei de PPPs, como ficou conhecida,

> [...] marca a conformação jurídica de um modo de relacionamento entre governo e particulares mais sinérgico e cooperativo, em que estes não figuram como meros delegatários da prestação de serviços públicos. Não por outra razão a locução legal para fazer referência às partes contratuais na PPP é 'parceiro': o governo, que detém a competência para a prestação do serviço público, na qualidade de 'parceiro público' e o concessionário, por sua vez, na qualidade de 'parceiro privado'. (PALMA, 2015, p. 118)

Não é possível atribuir apenas uma motivação para a edição da Lei de PPPs. A iniciativa de elaboração da lei está ligada a um contexto de muitas variáveis (PALMA, 2015). Por finalidades políticas, a edição da Lei das Parcerias Público-Privadas foi alardeada como uma solução à crise fiscal e de capacidade de investimento do Estado. Todavia, em realidade, "a alteração legislativa surgiu muito mais como resultado de um movimento pautado pela incorporação (normativa) de novos mecanismos em matéria de contratos públicos" (MONTEIRO, 2009, p. 141). Em uma perspectiva jurídica, "as razões políticas e econômicas que levaram o Governo Federal a editar a Lei 11.079/04 serviram para concretizar um movimento (jurídico), que já existia, de revisão do modo de relacionamento entre o público e o privado nas relações contratuais" (MONTEIRO, 2009, p. 141).

Tratou-se, mais do que um elemento de um programa de crescimento econômico, da efetivação de uma releitura do instituto da concessão, seguindo a tendência iniciada na década anterior, ou seja, da continuidade do movimento de atualização das concepções tradicionais de contrato administrativo (MONTEIRO, 2009). Nota-se que, além de todas as contingências que levaram à edição da Lei de PPPs, ela também teve como objetivo "a mudança da *cultura de relacionamento* entre governo e agentes privados" (PALMA, 2015, p. 118. Grifo da autora.).

Nesse particular, a edição da Lei de PPPs expandiu as possibilidades de celebração de parcerias já previstas na Lei 8.987/95, que normatizou a concessão de serviços públicos aos particulares, trazendo a possibilidade de celebração de mais duas espécies de concessão (MONTEIRO, 2009). Seguindo um movimento experimentado na Inglaterra, em Portugal e no Chile, a Lei 11.079 inaugurou essas duas novas possibilidades de modelos contratuais no ordenamento jurídico brasileiro que, com a legislação até então existente, não eram viáveis. A Lei denominou essas novas possibilidades de contratação de Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa, ampliando as possibilidades de negócios entre a Administração Pública e a iniciativa privada (MONTEIRO, 2009).

A despeito da riqueza de literatura sobre as Parcerias Público-Privadas, é relevante, para os objetivos desse estudo, conhecer sua definição no texto da Lei 11.079/2004 (BRASIL, 2004), que a define da seguinte maneira:

> Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
> §1º. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/95 quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.
> § 2º. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Com efeito, a partir da Lei 11.079/2004, a possibilidade de celebração de um contrato de concessão, antes limitada aos serviços em que houvesse a possibilidade de o particular ser remunerado integralmente pela prestação pecuniária paga pelos usuários do serviço prestado, passa a incluir também atividades em que é necessário o investimento do Estado (MONTEIRO, 2009).

Conforme claramente previsto na Lei, a concessão patrocinada

> [...] é a concessão de serviço público ou de obra pública em que haja contraprestação pecuniária a ser paga pelo concedente ao concessionário. Em tudo ela é idêntica à concessão típica (comum) da Lei n.º 8.987/95, a não ser pelo fato de que a remuneração do concessionário é feita, em parte, com a arrecadação tarifária e, em parte, com recursos públicos. No modelo patrocinado, o Poder Público assume obrigações financeiras com o concessionário, não havendo a cobrança de tarifa dos usuários. Para normatizar esta específica característica desses contratos, a Lei n.º 11.079/04 determinou a aplicação de regras especiais, as quais se somam ao arcabouço da Lei n.º 8.987/95, que lhe é inteiramente aplicável; afinal, essa concessão é uma variação da concessão de serviço público. A especialidade das regras está em organizar a assunção de compromissos financeiros de longo prazo pelo Poder Público e garantir seu efetivo cumprimento ao particular (MONTEIRO, 2009, p. 145-146).

A concessão administrativa, por sua vez,

> [...] é um novo modelo de concessão para que o Poder Público contrate serviços (públicos ou não), que lhe serão prestados pelo concessionário direta ou indiretamente. O que caracteriza esse modelo é que a remuneração do particular é integralmente feita pelo Poder Público, e não pelos possíveis usuários. Não há a cobrança de tarifas, ainda que os usuários beneficiem-se diretamente do serviço prestado (MONTEIRO, 2009, p. 146).

A norma estabelece, ainda, que tanto a concessão patrocinada quanto a concessão administrativa permitem a realização de contratações de quaisquer tarefas administrativas que sejam de competência do Estado, excetuando-se aquelas relacionadas às funções de regulação, de atividade jurisdicional, do exercício do poder de polícia e das demais atividades estatais privativas[1] (MONTEIRO, 2009).

---

[1] "Lei 11.079/04, art. 4º: Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

Outro ponto importante relacionado aos contratos de Parceria Público-Privada é o fato de que a própria Lei 11.079/04 estabelece que esse tipo de contrato é um instrumento de uso restrito. Além de ser necessária a realização de uma avaliação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada, os contratos de PPP estão atrelados ao cumprimento de requisitos previstos na Lei 11.079/2004.

Em linhas gerais, a celebração de concessões patrocinadas e administrativas depende da possibilidade de transferência ao setor privado da execução da infraestrutura de forma concomitante à exploração e à gestão das atividades a ela relacionadas. Nesse sentido, a Lei determina que esses contratos devem ter um prazo mínimo de 05 (cinco) anos e, também, um valor contratual mínimo de R$10.000.000,00 (dez milhões de reais)[2], cuja amortização deve ser realizada em um período de 05 (cinco) a 35 (trinta e cinco) anos[3] (MONTEIRO, 2009).

As diretrizes da Lei de PPP apenas reforçam a nova tendência da dinâmica das relações negociais travadas pela Administração Pública com particulares. Observa-se que a própria lógica legal por trás da PPP sugere sua interface crescente com a Economia, as Finanças e as Ciências da Administração, "que se fundem para criar as ferramentas e as soluções negociais necessárias às complexas relações negociais firmadas pela Administração (a exemplo dos contratos envolvendo grandes empreendimentos de infraestrutura)" (SILVA & PEREIRA, 2015, p. 102).

Nesse contexto, a Lei de PPP se apresenta como o resultado da reflexão sobre uma necessária interface entre as referidas esferas de conhecimento, que alteram a própria teoria por trás dos contratos administrativos, da licitação e a própria ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado (SILVA & PEREIRA, 2015).

Como visto, a PPP "envolve prestações que se intercambiam entre núcleos de interesse distintos (as partes), pressupondo, desse modo, uma relação sinalagmática" (SILVA & PEREIRA, 2015, p. 103). Por meio do contrato de PPP, a Administração delega a prestação de uma atividade tipicamente pública para o particular, para que este realize a atividade, "reunindo

---

[...]
III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; [...]" (BRASIL, 2004).

2 "Lei 11.079/04, art. 2º, §4º: É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:
I - cujo valor do contrato seja inferior a R$10.000.000,00 (dez milhões de reais)" (BRASIL, 2004)

3 "Lei 11.079/04, art. 5º: As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:
I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; [...]" (BRASIL, 2004)

para tanto os recursos humanos e financeiros necessários à sua estruturação e operação" (SILVA & PEREIRA, 2015, p. 103).

Com efeito, em última análise, em uma PPP,

> [...] a Administração Pública contrata a 'gestão' de uma atividade econômica junto a um concessionário, que passa a ser remunerado conforme tenha ou não êxito na entrega das utilidades demandadas pelos respectivos beneficiários, no caso, os cidadãos que pagarão pelos serviços que receberem. (SILVA & PEREIRA, 2015, p. 103)

A lógica econômica desse tipo de contratação, assim, consubstancia-se na realização da gestão de um empreendimento complexo, em todas as suas frentes, por um particular, mediante remuneração "conforme o êxito na geração de utilidades para um público-alvo específico" (SILVA & PEREIRA, 2015, p. 103).

A função de formalizar projetos para a realização de empreendimentos complexos é explícita na Lei de PPPs. A referida Lei previu regra especifica que veda

> [...] a celebração de parcerias público-privadas cujo objeto se restringisse unicamente ao fornecimento de mão de obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Se não se tratar, portanto, da fusão de todas essas frentes [...] que englobe não apenas a execução de tarefas materiais isoladas, mas a efetiva gestão e assunção de riscos quanto ao resultado do empreendimento por parte do Concessionário, não se estará diante de uma concessão ou PPP, mas de mero contrato disciplinado, por exemplo, pelas normas da Lei federal 8.666/1993 (SILVA & PEREIRA, 2015, p. 109).

Com efeito, com o advento da Lei de PPPs, a Administração Pública consolida sua nova função, que veio sendo implementada desde a Lei das Concessões como a responsável por gerir as contratações por ela realizadas, garantindo que os parceiros privados cumpram as obrigações que assumiram (SILVA & PEREIRA, 2015).

Nesse particular, uma contratação por meio de PPP demanda que sejam antecipados problemas futuros, para que sejam previstos mecanismos internos ao contrato para sua solução. Dessa maneira, "o contrato assume papel relevante na conformação dos interesses das partes no longo prazo" (MONTEIRO, 2009, p. 67). É preciso, assim, que os instrumentos contratuais sejam "cuidadosamente elaborados caso a caso, com base em estudos e planejamento prévios para o específico negócio" (MONTEIRO, 2009, p. 67).

É inegável, todavia, o desafio envolvido na construção de um contrato de PPP. Em virtude da racionalidade limitada da Administração Pública, conceito que será melhor explorado nas próximas seções, a antecipação de todos os pontos de futuro conflito para

previsão de sua solução no instrumento contratual é praticamente impossível. A Administração Pública não tem condições de produzir um instrumento contratual de PPP "completo" em virtude da complexidade que caracteriza, em regra, os objetos dos contratos de PPP, bem como por sua característica de estabelecer uma relação de longo prazo (REISDORFER, 2015).

Dessa maneira, "a Administração até dispõe da capacidade de fixar as linhas gerais, o escopo e os objetivos do contrato, assim como algumas obrigações de meio. Contudo, não pode (ou, ao menos, ser-lhe-ia muito custoso) antecipar integralmente os rumos contratuais" (REISDORFER, 2015, p. 183).

Por tais motivos, a despeito da legislação apresentar diretrizes para as contratações de PPP, o processo de elaboração do instrumento contratual é de suma importância, visto que é a regulação nele disposta que irá regular a relação com os prestadores privados, conferindo maior segurança jurídica para a própria execução do projeto.

É preciso que a técnica de elaboração de contratos seja utilizada de modo a minimizar os efeitos da inevitável incompletude da regulação por meio contratual. Nesse sentido, pelo caráter complexo dos empreendimentos formalizados em tais contratos, é interessante que se conheçam os principais apontamentos sobre a lógica econômica envolvida nas contratações complexas em geral.

Sob a ótica da racional econômica dos contratos em geral, principalmente aqueles cujos objetos sejam demasiadamente específicos, exijam elevado nível de detalhamento e envolvam um alto investimento por uma das partes, demandando que sejam celebrados por períodos longos, à semelhança dos contratos de PPP, identifica-se que diversos são os mecanismos e as alternativas possíveis para a mitigação dos problemas inerentes a essas contratações.

Dessa maneira, entre os objetivos pospostos por este capítulo está o esforço de debruçar-se sobre a teoria econômica dos contratos de modo a lançar luz sobre os desafios inerentes ao processo de realização de parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada para a efetivação de projetos públicos.

Cuidam as próximas seções de apresentar as principais teorias econômicas relacionadas à elaboração de instrumentos contratuais que contenham previsões que instrumentalizem soluções para contornar os desafios inerentes às contratações complexas, de modo a imprimir a máxima eficiência da contratação.

2.3 A relevância da compreensão da lógica econômica subjacente aos contratos de PPP

A rigor, a realização de uma Parceria Público-Privada é vista como uma alternativa atrativa para a viabilização de projetos de larga escala e de longo prazo que envolvam ampla complexidade técnica e que não sejam autofinanciáveis. A visão de que a associação com a esfera privada por meio de PPP é a melhor alternativa para implementação de projetos públicos complexos dessa natureza é baseada na ideia de que tal modelo incrementaria a qualidade de tais projetos com um menor dispêndio de recursos. Isso porque a contratação por PPP envolveria a delegação de "aspectos tipicamente mercantis do empreendimento" (JARDIM, 2013, p. 40-41) à iniciativa privada possuidora de *expertise* nas atividades a serem executadas, mantendo, no entanto, "suas prerrogativas de planejamento, monitoramento e regulamentação" (JARDIM, 2013, p. 40-41).

Todavia, a avaliação da conveniência da celebração de uma PPP não permite reflexões pouco aprofundadas ou simplórias. A contratação de empreendimentos públicos por meio de Parcerias Público-Privadas se caracteriza como uma transação altamente complexa, uma vez que, em regra, elas são celebradas por longo prazo, possuem objetos altamente complexos e tecnicamente específicos, envolvem a realização de vultosos investimentos e, ainda, são pactuadas por agentes com interesses marcadamente antagônicos.

É de se dizer, então, que a constituição de uma Parceria Público-Privada está sujeita aos problemas inerentes às transações complexas e, por isso, a conveniência da adoção de tal modelo, bem como os termos em que ela será pactuada, devem ser avaliados de forma a levar em conta as diversas variáveis afetas ao sistema econômico e às instituições, as quais influem e impõem condições às transações.

A contratação de uma PPP está atrelada ao princípio do *Value for Money*, que consiste na "demonstração da melhor utilização dos recursos públicos frente às alternativas para viabilizar determinado empreendimento" (SANTOS, 2006, p. 95). Nesse particular, no tocante especificamente às concessões patrocinadas, um dos modelos de PPP previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a legislação[4-5] consagrou o princípio da modicidade tarifária como norteador de suas contratações. O referido princípio consiste, basicamente, em determinação legal que visa a compelir a Administração Pública a orientar as modelagens de concessões que envolvem cobrança de tarifas dos usuários pela lógica da busca da "menor tarifa possível", de modo a

---

[4] "Art. 6º, §1º da Lei Federal 8.987/95: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas [...]" (BRASIL, 1995).

[5] "Art. 3º, §1º da Lei Federal 11.079/04: As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas." (BRASIL, 1995)

melhor atender o interesse da coletividade. Embora tal princípio não seja aplicável também às concessões administrativas, o outro modelo de PPP previsto na legislação brasileira, por estas não envolverem a cobrança de tarifas dos usuários, é evidente que se aplica a elas o princípio constitucional da economicidade[6] e o conceito de "serviço público adequado"[7]. Tais princípios geram a obrigação do gestor público de buscar, também na modelagem de contratos de concessão administrativa, a criação de mecanismos que visem a incentivar a melhor utilização possível dos recursos públicos na prestação dos serviços.

Por tais razões, a decisão de celebrar uma PPP perpassa pela avaliação de qual, entre as várias opções de ação, é a que conferirá o melhor uso dos recursos públicos disponíveis para investimento. Todavia, além da conclusão de que serão o melhor meio para a persecução do interesse público, é fundamental que se analise se os projetos os quais se pretende contratar por meio da celebração de PPP são atrativos para o setor privado. Isso significa que tais projetos devem gerar lucro e ser financiáveis, tendo em vista que os volumes de investimento envolvidos demandem a possibilidade de bom retorno para que tenham viabilidade.

Com efeito, a escolha da realização de empreendimentos públicos por meio de Parcerias Público-Privadas envolve a constatação não só de que este será, entre todos os possíveis, o meio apto a promover o "melhor uso dos recursos escassos empregados para a prestação do serviço" (RIBEIRO, 2011, p. 65), como também pela análise das particularidades da transação que se pretende realizar (SANTOS, 2006; JARDIM, 2013). Nesse sentido, depende da demonstração de que as condições do negócio serão atrativas para a iniciativa privada ao mesmo tempo em que este gerará ganhos que compensem os gastos públicos que serão demandados (SANTOS, 2006).

Verifica-se que as condições da negociação dependerão do ambiente institucional em que estão inseridas, à exemplo da legislação, dos atos de agências reguladoras e do próprio cenário jurídico e político, do qual se extraem regras pré-definidas que balizarão o negócio. A seu turno, é o contrato o principal arranjo institucional das Parcerias Público-Privadas, já que é nele que se firmam os direitos e as obrigações das partes e estão presentes as escolhas para a estrutura da transação de forma específica, levando em consideração as regras já apresentadas

---

[6] Art. 70 da CR/88: A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL, 1988)

[7] Art. 6º da Lei Federal 8.987/95: Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. (BRASIL, 1995)

pelo ambiente institucional (CORREIA, 2008). Por tais motivos, o sucesso da modelagem de uma PPP depende do adequado alinhamento dos incentivos entre as partes para a produção dos níveis de serviço objeto da contratação, de forma a conferir a melhor utilização possível dos recursos públicos (RIBEIRO, 2011).

Nesse contexto, conclui-se que a tomada de decisão sobre a conveniência da própria decisão de contratação por meio de PPPs, bem como da utilização de determinada modelagem de Parceria Público-Privada, envolve, necessariamente, o estudo das variáveis relevantes para a avaliação da adequação de determinado projeto de PPP frente às particularidades do caso concreto.

A problemática envolvida na contratação de Parcerias Público-Privadas nada mais é que a reprodução de uma questão econômica fundamental, qual seja a busca de um modelo que reflita a melhor escolha, entre fins alternativos, para o uso de recursos escassos. Em verdade, a identificação e a sistematização das leis que se relacionam com esse processo fazem parte de importante linha de investigação da teoria econômica. Nesse sentido, algumas das abordagens e dos instrumentos teóricos do estudo econômico se mostram valiosos para o estabelecimento de premissas fundamentais à discussão que se pretende realizar no presente trabalho.

Por essa razão, nas próximas seções, buscar-se-á tratar dos pontos mais relevantes da teoria econômica no que diz respeito às transações, com especial atenção para a teoria dos custos de transação.

2.3.1 O caminho da teoria econômica até os Custos de Transação

O aprofundamento no estudo da Teoria dos Custos de Transação é de fundamental relevância para o presente trabalho, uma vez que foi a partir dela que se passou a reconhecer a existência de elementos intrínsecos às trocas entre agentes no mercado. Tais elementos se mostram de suma importância para a análise das transações, notadamente para o estudo das transações mais complexas, como é o caso da celebração de Parcerias Público-Privadas. Verifica-se que a referida teoria é fruto de percepções e reflexões sobre os paradigmas metodológicos que a antecederam na explicação do funcionamento da economia de mercado e, por isso, antes de se adentrar em seu estudo, importa contextualizar sua idealização e os questionamentos que levaram a seu desenvolvimento.

Os problemas das trocas e do funcionamento das economias de mercado foram inicialmente tratados com especial ênfase pela teoria da Escola Neoclássica, a qual trouxe

importantes contribuições para o estudo da Economia e, até os dias de hoje, domina a análise econômica das economias de mercado nos países ocidentais.

O principal foco da abordagem da Escola Neoclássica são os problemas da escassez e da troca, ou seja, a realização de uma alocação eficiente de recursos escassos em um contexto de uma economia de trocas, quando dois ou mais consumidores promovem uma transação entre si. De forma mais precisa, a Escola Neoclássica se ocupa do estudo dos problemas relativos à alocação de recursos escassos, definidos como aqueles para os quais a demanda, em um preço zero, excede a oferta disponível (BEGG; STANLEY & DORNBUSCH, 2003). A Escola Neoclássica busca explicar o funcionamento dos mecanismos de mercado e suas propriedades alocativas a partir do comportamento humano no que diz respeito a suas tendências econômicas. Seu modelo teórico, assim, é marcado pela ênfase microeconômica, materializada pela preocupação em estudar as firmas individuais, as unidades familiares e o relacionamento entre elas, com especial atenção ao processo de tomada de decisões individuais em face às condições de mercado (AMORIM, 2015).

É a teoria neoclássica que sistematiza a ideia do mercado autorregulado, baseado na ideia de que o preço se forma pela interação de duas ordens de influência, a demanda e a oferta, sendo as condições de demanda o fator determinante do preço de um bem ou serviço. Tal abordagem parte da premissa de que, uma vez que o mercado seja totalmente livre, ou seja, não haja interferência no mecanismo de preços de mercado, o resultado de milhões de transações mediadas por tal mecanismo "conduz a economia a um equilíbrio econômico geral no qual os recursos produtivos são utilizados da maneira mais eficiente possível" (PIRES, 2012, p. 133) e que qualquer modificação passível de ocorrer no sistema econômico gera "uma adaptação a fim de se estabelecer um novo equilíbrio com uma utilização ótima dos recursos produtivos" (PIRES, 2012, p. 133).

Consoante o arcabouço teórico neoclássico, uma alocação eficiente de recursos ocorre quando, em uma troca, "um indivíduo não consegue aumentar o próprio bem-estar sem que seja reduzido o bem-estar de outro" (PINDIDYCK & RUBINFELD, 2010, p. 526). A eficiência, nesse sentido, é trabalhada segundo a lógica da eficiência alocativa contida na Teoria de Pareto: uma solução será ótima caso não exista outra forma de reorganizar a troca, "exceto fazendo um indivíduo alcançar uma situação melhor com a piora da situação de outro indivíduo" (SANTOS, 2006, p. 06), o chamado Ótimo de Pareto. Com efeito, é por meio da análise da eficiência segundo o critério normativo de Pareto que se realiza a avaliação do desempenho dos mercados

e da política econômica, a chamada Economia do Bem-Estar (PINDIDYCK & RUBINFELD, 2010).

A Economia do Bem-Estar tem como modelo-base o Equilíbrio Geral, concebendo-o como o modelo de funcionamento do sistema econômico (SANTOS, 2006). Assim, a Economia do Bem-Estar tem como pressuposto a premissa de que a determinação dos preços e as quantidades em todos os mercados simultaneamente é feita levando-se em conta os efeitos da chamada realimentação ou *feedback*, que consiste em "um ajuste de preço ou de quantidade em determinado mercado causado pelos ajustes de preços ou de quantidades em um mercado correlato" (PINDIDYCK & RUBINFELD, 2010, p. 522). No modelo de Equilíbrio Geral, "consumidores e produtores são agentes racionais maximizadores de suas funções-objetivo sujeitos a restrições orçamentárias (consumidores) e tecnológicas (produtores)" (SANTOS, 2006, p. 06). Nesse sentido, quando a quantidade de recursos que os consumidores estão dispostos a comprar (demanda) é igual à quantidade de recursos que os fornecedores estão dispostos a oferecer por um dado preço (oferta), encontra-se um equilíbrio no preço.

Sob tal concepção, é possível dizer que há um equilíbrio competitivo, no qual são os preços dos bens transacionados que determinam os termos de troca entre os consumidores. Com efeito, é postulado da Economia do Bem-Estar a premissa de que "um sistema competitivo, baseado nos próprios interesses de consumidores e produtores, bem como na capacidade que os preços de mercado têm para transmitir informações a ambas as partes, levará, necessariamente, a uma alocação eficiente de recurso" (PINDIDYCK & RUBINFELD, 2010, p. 544).

No entanto, passou-se a observar que, em determinados contextos, as características da transação desnaturavam o equilíbrio geral competitivo e, por conseguinte, frustravam a possibilidade de se obter a alocação ótima preconizada pela teoria neoclássica (SANTOS, 2006). Tais problemas estariam associados à incapacidade de coordenação do mercado pelo mecanismo de preço quando se constatava a presença de duas condições, caracterizadas como "hipóteses comportamentais", quais sejam, a *racionalidade limitada* e o *oportunismo* dos agentes (SANTOS, 2006).

A primeira condição corresponde à presença de limites à racionalidade dos agentes, configurando o que Herbert Simon caracterizava como "racionalidade limitada", cuja ideia principal é a de que a tomada de decisão se encontra limitada pelas condições de previsão disponibilizadas pelo ambiente transacional (PUGH & HICKSON, 2004). Ela se configura sempre que os tomadores de decisão desconhecem o cenário completo do ambiente transacional

devido à existência de “deficiências em termos do conhecimento de todas as alternativas, incerteza acerca de eventos exógenos relevantes e incapacidade de calcular consequências” (SIMON, 1979, p. 502).

Nesse sentido, assume-se que “o ser humano é intencionalmente racional, mas somente de forma limitada” (SIMON, 1957, p. 24). A racionalidade limitada, portanto, abrange não só aspectos e condicionantes das condutas dos agentes vinculados à incerteza que emerge da operação do sistema econômico, mas também questões relacionadas a limitações na capacidade dos agentes em acumular e processar informações, a limitações de linguagem e dificuldades na transferência de informações. Com efeito, “a expressão racionalidade limitada é também usada para denotar o tipo de racionalidade a que pessoas ou organizações se referem quando o ambiente na qual elas operam é relativamente complexo às suas capacidades e habilidades mentais” (DEQUECH, 2001, p. 912-913).

Já a segunda condição que se relaciona aos problemas de coordenação que afetam a funcionalidade econômica de diversas instituições corresponde ao conceito de oportunismo, o qual se traduz na concepção de que os agentes atuam buscando tutelar seus próprios interesses de forma ávida, auferindo vantagens por meio da manipulação de informações seletivas ou distorcidas. Nas palavras de Williamson (1985, p. 47), as ações oportunistas resultam em um “desvendamento incompleto ou distorcido de informações, especialmente [quando associado] a esforços calculados para enganar, deturpar, disfarçar, ofuscar, ou de alguma outra forma confundir”, o que abrange “todo comportamento estratégico que envolve a manipulação ou o ocultamento de informações e/ou intenções perante a outra parte da interação”.

O oportunismo associa-se, por conseguinte, à incerteza vinculada ao comportamento de agentes individuais, que podem atuar buscando seus próprios interesses de forma maliciosa. Ele advém, portanto, da assimetria informacional entre as partes que estão contratando, ou seja, é originado em função de os envolvidos em uma dada transação não disporem do mesmo nível de informações relativas ao que está sendo transacionado e à conduta da parte contrária em dada situação (PINDYCK & RUBINFELD, 2010). Assim, quando as partes de uma transação não possuem o mesmo nível de informação e apresentam interesses conflitantes em algum aspecto da relação estabelecida entre as duas, abre-se espaço para o oportunismo, que pode se dar em dois momentos distintos: na fase anterior e na fase posterior à contratação.

No chamado oportunismo pré-contratual, as condutas de ocultamento e/ou distorções de informações são implementadas antes da pactuação do contrato; e no denominado oportunismo pós-contratual, tais ocultamentos e/ou distorções ocorrem em fase posterior à pactuação

contratual. Nesse sentido, na presença do oportunismo, a diferença de informações sobre as transações realizadas gera oportunidades para que um dos agentes realize ganhos às custas do outro, tanto em momento anterior à celebração do contrato que fixa os ajustes entre eles, quanto em momento posterior. A ação oportunista, portanto, pode propiciar a ocorrência de duas situações de desequilíbrio competitivo entre as partes, as chamadas *seleção adversa* e *moral harzard*.

A *seleção adversa* ocorre quando é impossível a uma das partes de um contrato identificar completamente, no momento pré-contratual, os riscos associados a uma transação e à verdadeira intenção da outra, devido a uma assimetria de informações existente entre elas (ALBANEZ, 2008). Já a segunda, o *moral hazard*, ou risco moral, surge da possibilidade de ser criado um comportamento oportunista de uma das partes depois de firmado um contrato, ou seja, quando uma delas "pode tirar proveito de imperfeições contratuais estabelecidas" (ALBANEZ, 2008, p. 15).

Com efeito, as condições de racionalidade limitada e oportunismo põem à prova a funcionalidade do mecanismo de preços como coordenador de mercado. Diante de tais condições, o livre mercado passa a não ser suficiente para uma alocação eficiente de recursos nas trocas entre os agentes. É nesse contexto que é inaugurada a percepção de que o problema econômico fundamental não consiste meramente em um processo alocativo, mas sim em um processo de coordenação adaptativo das transações (HAYEK, 1945, p. 84).

Tal percepção tem origem nas abordagens do Novo Institucionalismo Econômico, que, ainda que não apresentem homogeneidade em seus vários enfoques, encontram unidade justamente no fato de terem como pressuposto básico a ideia de que as instituições se constituem como elementos relevantes para o estudo das trocas e dos mecanismos de mercado.

Como será visto com mais detalhe na próxima seção, o trabalho de Ronald A. Coase (1960) apresenta as primeiras ponderações que demonstram a limitação da capacidade de coordenação dos mercados meramente pelo mecanismo de preços, chamando a atenção para o fato de que a capacidade de barganha privada se mostra, muitas vezes, insuficiente para uma alocação eficiente de recursos.

Nesse sentido, o início da ruptura com os limites da teoria econômica neoclássica deu origem a um novo conceito de firma proposto por Coase (1937), que passou a entendê-la como um nexo de contratos. A firma, assim, existiria como o mecanismo para reunir maior eficiência econômica a partir da diminuição dos custos com a organização e a coordenação dos recursos produtivos, os quais foram rotulados pelo autor de "custos de transação".

Dessa maneira, foi Coase quem inaugurou os debates sobre os Custos de Transação, marcando o início do reconhecimento da existência de custos de utilização do mecanismo de preços. Coase (1937) foi o primeiro a entender que, na falta de custos de transação, o paradigma neoclássico produz resultados alocativos implícitos. Já com custos de transação positivos, a alocação de recursos é alterada pelas estruturas dos direitos de propriedade. (RAO, 2003).

Na próxima seção, tratar-se-á da evolução da Teoria dos Custos de Transação a partir das ideias iniciais propostas por Coase (1937), principalmente com base no trabalho de Williamson, responsável por desenvolvê-la e apresentar estudo detalhado sobre o papel das instituições como mecanismo de coordenação dos agentes econômicos.

2.3.1.1 A Teoria dos Custos de Transação

Como visto na seção anterior, as abordagens do neoinstitucionalismo acrescentam pontos bastante relevantes à discussão do funcionamento do sistema econômico, as quais são fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho. Nesse sentido, o caminho percorrido desde a teoria neoclássica até as teorias da Nova Economia Institucional foi decisivo para o surgimento da Teoria dos Custos de Transação.

Verifica-se que os questionamentos aos pressupostos de racionalidade e concorrência perfeita da teoria econômica neoclássica deram origem a constatações importantes relacionadas às transações e aos mecanismos de coordenação no mercado (TIGRE, 2005). São tais questionamentos que conduzem à percepção desenvolvida por Ronald Coase (1937) de que as relações que os agentes estabelecem no mercado envolvem custos concretos, os quais merecem ser objeto de atenção sistemática e relacionada a uma abordagem teórica das organizações empresariais.

Conforme explanado na seção anterior, foram as ideias de Coase (1937) que inauguraram os debates sobre os custos inerentes às transações. As reflexões formuladas por ele impulsionaram o desenvolvimento da Teoria dos Custos de Transação por outros autores, dando espaço para o estudo de sua vinculação à problemática da coordenação das atividades econômicas e ao papel exercido pelas instituições (PONDÉ, 2007). Nesse particular, destaca-se a construção teórica elaborada por Oliver Williamson (1985), a qual contribuiu de forma preponderante não só na consolidação das ideias de Coase sobre os custos de transação, mas também para o entendimento dos mecanismos capazes de mitigar tais custos.

A Teoria dos Custos de Transação tem como unidade de análise a transação, definida como "o evento que ocorre quando um bem ou serviço é transferido através de uma interface tecnologicamente separável" (WILLIAMSON, 1985, p. 1). Em outras palavras, a transação é a operação por meio da qual são negociados direitos de propriedade associados a bens e serviços (ZYLBERSZTAJN, 1995). Uma vez que se dá por um processo interativo e pela celebração de compromissos intertemporais entre os agentes, a transação está condicionada pela racionalidade limitada e pelo oportunismo[8], os quais atrelam custos a sua realização.

Nesse sentido, as dificuldades derivadas da compatibilização das expectativas e o ajuste das condutas futuras dos agentes dentro da continuidade de sua interação geram a necessidade de mecanismos para mitigar seus efeitos, ou seja, é preciso haver uma preocupação com a coordenação da transação (PONDÉ, 2007).

Com efeito, a solução em relação ao impasse de coordenação das transações é a chave para a compreensão da Teoria das Transações. Nesse particular, o modo como o problema de coordenação é solucionado se traduz em variáveis que afetam diretamente o desempenho das unidades econômicas participantes. A Teoria dos Custos de Transação se baseia, assim, na premissa de que há um custo envolvido em negociar e fixar as contrapartidas e salvaguardas das transações, que são denominados de custos *ex ante*. Além disso, há também custos de monitoramento, renegociação e adaptação dos termos pactuados às novas circunstâncias, chamados de custos *ex post* (PONDÉ, 2007).

Os custos de transação *ex ante* estão relacionados com a dificuldade de se determinar as condições prévias à realização da transação, de modo a definir de forma precisa o objeto que está sendo transacionado. A elaboração dessas pré-condições para que a transação se opere tem um custo inerente, uma vez que, a rigor, envolve barganhas entre as partes para garantir a qualidade e as características desejadas ao bem ou serviço transacionado, ou, ainda, para evitar problemas relacionados às contraprestações devidas, o que é, em geral, extremamente dispendioso (PONDÉ, 2007).

Os custos de transação *ex post*, por sua vez, consistem naqueles custos inerentes à adaptação da relação transacionada a novas circunstâncias. Para Williamson (1985), tais custos podem ser de quatro tipos (magnitudes):

a) Custos de má-adaptação: operam-se quando a transação não se processa da maneira planejada, seja por demandar paralisações ou alterações no ritmo da atividade, seja

[8] Ver item 2.3.1 deste Capítulo.

porque apresenta um resultado defeituoso ou aquém do esperado, fugindo dos padrões de qualidade ou não atendendo os prazos incialmente acordados (PONDÉ, 2007);

b) Custos de negociação e correção do desempenho das transações: traduzem-se no aumento dos custos indiretos ou no redirecionamento de horas de trabalho de pessoal com funções produtivas para a realização de barganhas demoradas (PONDÉ, 2007);

c) Custos de montagem e manutenção de estruturas de gestão para gerenciamento das transações: consistem nos custos relativos aos recursos humanos e materiais direcionados para controle e administração das instituições (PONDÉ, 2007);

d) Custos relacionados ao oferecimento de garantia às transações: são aqueles decorrentes da disponibilização de meios que indiquem que os compromissos firmados serão honrados, de modo a afastar intenções oportunistas na transação. (PONDÉ, 2007).

Verifica-se que, quanto mais complexos forem os mecanismos necessários para a realização da transação, ou seja, para a pactuação dos termos da transação entre as partes, mais ela será custosa para os agentes envolvidos. Nesse sentido, a redução dos custos de determinada transação está atrelada à implementação pelos agentes de um mecanismo de coordenação, ou seja, é preciso identificar as condições que estimulam os agentes a alterar a organização do meio em que atuam de modo a aumentar seu desempenho econômico (PONDÉ, 2007).

Williamson (1985) aponta que a coordenação das transações está relacionada à discussão sobre as características da transação que, a rigor, tornam sua efetivação potencialmente custosa. Com efeito, as três principais características são a frequência com que ela ocorre, o grau de incerteza envolvido em sua realização e a especificidade de ativos nela envolvida (WILLIAMSON, 1985).

Nesse raciocínio, a frequência está relacionada à regularidade e/ou à recorrência de uma transação. Uma vez que a repetição de uma mesma espécie de transação influi nos custos de sua realização, a frequência é fator relevante para a tomada de decisão sobre a conveniência da adoção de determinado mecanismo para sua regulação. Verifica-se que os agentes serão incentivados a adotar medidas mitigadoras de tais custos (WILLIAMSON, 1985).

O grau de incerteza envolvido na transação, por sua vez, está relacionado ao nível de confiança dos agentes em sua capacidade de antecipar acontecimentos futuros. Por tal razão, devem ser levadas em conta as dificuldades em formular previsões confiáveis acerca do desenrolar dos acontecimentos econômicos na operacionalização de ajustes e negociações, de forma a reduzir os custos de transação prospectivos. Com efeito, a incerteza futura identificada pelos agentes é a variável que afeta os custos de transação esperados pelos agentes, de forma a incentivá-los a empreender ações que reduzam o impacto de eventos imprevisíveis sobre seu desempenho (PONDÉ, 2007).

O último atributo das transações que indica que sua efetivação poderá ser custosa é considerado o mais relevante e vincula-se ao grau em que ela exige "ativos específicos". Os ativos específicos são os "ativos especializados [que] não podem ser reempregados sem sacrifício do seu valor produtivo se contratos tiverem que ser interrompidos ou encerrados prematuramente" (WILLIAMSON, 1985, p. 54). Sua presença faz com que a identidade dos participantes da transação, assim como a continuidade dos vínculos estabelecidos entre estes, ganhe uma dimensão econômica fundamental: as interações entre os agentes deixam de ser impessoais e instantâneas, o que acarreta custos para geri-las e conservá-las (PONDÉ, 2007).

Segundo a teoria de Wiliamson,

> Quatro fatores podem determinar o surgimento de ativos específicos:
> - aquisição de equipamentos destinados a ofertar ou consumir os bens ou serviços transacionados, ou seja, unidades de capital fixo que são especializadas e atendem a requerimentos particulares da outra parte envolvida na relação;
> - a expansão da capacidade produtiva direcionada e dimensionada unicamente para atender à demanda de um conjunto de transações, implicando uma inevitável ociosidade no caso de interrupção da relação;
> - exigência de proximidade geográfica entre as partes que transacionam, combinada com custos de transferir unidades produtivas caso haja troca de demandante ou ofertante;
> - diferentes formas de aprendizado, que fazem com que demandantes e ofertantes de determinados produtos acabem se servindo mutuamente com maior eficiência do que poderiam fazer com novos parceiros. (PONDÉ, 2007, p. 16-17)

Com efeito, a presença de ativos específicos consiste em situação análoga ao fenômeno conhecido na economia como monopólio bilateral, no qual há dependência mútua entre seus participantes, gerando uma contínua barganha que deve ser administrada (PONDÉ, 2007). Desse modo, "são criadas interações recorrentes, nas quais existe um valor econômico vinculado à construção de interfaces que proporcionem adaptabilidade e promovam a continuidade das relações entre os agentes" (PONDÉ, 2007, p. 17).

Nesse contexto, para remediar os custos associados às transações, busca-se promover o desenvolvimento de certas instituições especificamente direcionadas para sua coordenação. A próxima seção se encarregará de pormenorizar as questões relativas às maneiras encontradas pela teoria econômica para a coordenação das transações de modo a reduzir seus custos.

2.3.1.2 A importância das estruturas de governança para a eficiência econômica das transações

Viu-se que a abordagem neoinstitucionalista põe em destaque o "papel de instituições e organizações como mecanismos de coordenação dos agentes econômicos" (SANTOS, 2006, p. 15). Com efeito, mostra-se de fundamental importância discutir-se a funcionalidade dos mecanismos de coordenação das relações entre os agentes econômicos (SANTOS, 2006). É na teoria de Williamson (1985) que se encontra o marco teórico mais relevante.

Como anteriormente abordado, a noção de eficiência para a Escola Neoclássica é trabalhada segundo a lógica alocativa, por meio da qual se busca uma solução ótima, representada pelo Ótimo de Pareto. Ao contrário, "a análise da Nova Economia Institucional não busca encontrar estruturas de coordenação e arranjos institucionais ótimos. Este enfoque teórico se centra no resultado econômico de estruturas alternativas" (SANTOS, 2006, p. 21).

Conforme preceitua Santos (2006), não há um acordo na teoria do neoinstitucionalismo econômico acerca de qual critério deve ser adotado em análises normativas. Dito de outro modo, não existe consenso sobre qual modelo utilizar para a avaliação da eficiência. Todavia, como visto nas seções anteriores, a Teoria dos Custos de Transação impõe que a análise normativa seja realizada de forma a considerar a presença dos custos inerentes às transações de forma endógena ao funcionamento do sistema econômico (SANTOS, 2006).

Nessa perspectiva, "o conceito de eficiência deve ser definido de forma mais ampla do que está presente na teoria econômica convencional" (SANTOS, 2006, p. 22), sendo "necessário que os critérios de eficiência considerem os efeitos dos custos de transação no funcionamento da economia" (SANTOS, 2006, p. 15).

Com efeito,

> Se a abordagem neoinstitucionalista e, mais particularmente, a Economia dos Custos de Transação aponta a dificuldade do sistema de preços como estrutura de coordenação única da atividade econômica, o critério de eficiência de alocação de recursos baseado exatamente no sistema de preços como estrutura de coordenação também padece da mesma limitação (SANTOS, 2006, p. 18)

Nesse particular, considera-se que os mecanismos institucionais são oriundos da competição entre os agentes nos mercados, fazendo com que o sistema de preços opere como uma estrutura de transmissão de informações, indicando para cada agente uma linha de conduta a ser adotada. Nessa perspectiva, a concepção do mercado como gerador de incentivos está relacionada, na verdade, ao fato de que ele é composto por arranjos institucionais que indicam aos agentes a direção das condutas a serem adotadas (HAYEK, 1945). Assim, as referidas abordagens partem do pressuposto de que as distintas formas institucionais podem apresentar diferenciais de eficiência no que se refere a sua capacidade de realizar uma adaptação a imprevistos (HAYEK, 1945).

A preocupação dos neoinstitucionalistas, desse modo, é encontrar arranjos institucionais factíveis para a solução dos dilemas complexos reais, e não apenas a dilemas hipotéticos, como é a ideia concebida na teoria neoclássica (SANTOS, 2006). Para a abordagem da Nova Economia Institucional, deve-se buscar a solução mais satisfatória, e não necessariamente a melhor decisão.

Com efeito, partindo-se da premissa trabalhada por Santos (2006) baseada nos trabalhos de North (1990) e Williamson (1996), entende-se que a coordenação das atividades econômicas é um processo adaptativo, gerado por mecanismos institucionais que produzem algum grau de ordem na interação entre os agentes. A eficiência econômica de uma transação, assim, está relacionada à noção de eficiência adaptativa, que se traduz na ideia de que é a capacidade de adaptação que norteia a determinação da performance da economia (SANTOS, 2006).

Williamson (1996) considera que o importante para o desempenho econômico nas relações de troca é ela ser consubstanciada em uma estrutura de governança que se adapte a suas características, de modo a reduzir seus custos. Diante disso, a eficiência de uma transação expressar-se-ia, então, pelo fato de representar um menor custo para coordená-la, gerando um maior número ou volume de transações (SANTOS, 2006).

Nesse contexto, Williamson (1985) associa as tentativas de diminuição dos custos das transações ao desenvolvimento de certas instituições especificamente direcionadas para sua coordenação por meio da criação do que chama de “estrutura de governança”.

A estrutura de governança, segundo a teoria de Williamson (1981, p. 1544), é a “estrutura contratual explícita ou implícita dentro da qual a transação se localiza”. As estruturas de governança, desse modo, correspondem a formas institucionais particulares, que se distinguem pelos mecanismos de monitoramento, incentivo e controle de comportamentos que

elas contêm, tendo capacidades distintas em termos de flexibilidade e adaptabilidade em cada ambiente econômico particular.

Em outras palavras, a eficiência de uma transação estaria atrelada a sua capacidade de se adaptar às mudanças do ambiente. Desse modo, Williamson (1991) buscou criar mecanismos para avaliar o custo de coordenação para diferentes estruturas de governança (SANTOS, 2006). Nesse particular, Santos (2006, p. 30) ressalta que

> A relevância da adequação da estrutura de governança reside no nível resultante de custos de transação e o impacto sobre o ganho da troca. Problemas de adaptação da estrutura de governança significarão a dificuldade para o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. Com efeito, o uso de estruturas de coordenação das transações demasiadamente simples – mercado spot – pode ter como efeito um menor número de transações. Vale também a recíproca, o emprego de estruturas excessivamente complexas para transações com características universais gera custos de coordenação encarecedores do processo de troca.

Williamson (1991) propõe um modelo de escolha da estrutura de governança para cada transação com base na avaliação de sua eficiência que "tem como elemento central dois tipos de adaptação (cooperativa versus autônoma) perante choques não antecipados" (SANTOS, 2006, p. 28), por entender que a explicação da adequação da escolha de determinada estrutura de governança em coordenar determinada transação dependerá de sua melhor capacidade de suportar distúrbios.

O modelo proposto por Williamson (1991) explora dois extremos de adaptação: a adaptação em tipo-A (onde A significa "autônomo"), que é a adaptação comum nos mercados, operada por meio de preços; e o tipo-C de adaptação (C significando "cooperação"), comum nas hierarquias, por meio do *fiat*, expressão utilizada por Williamson (1985) para se referir à solução de um conflito ou uma divergência pela intervenção de uma instância superior, capaz de impor-se sobre as partes envolvidas, como o centro da adaptação.

O grau de distúrbios consequentes no ambiente demandará mecanismos mais ou menos cooperativos de adaptação, havendo casos em que a adaptação será mais eficientemente realizada por meio de um meio-termo entre o tipo-A e o tipo-C (GRASSI, 2003). Com efeito, Williamson (1981) apresenta três tipos básicos de estruturas de governança, delineando suas principais características, quais sejam, os mercados, as hierarquias e as formas híbridas.

Do ponto de vista econômico, o mercado tem capacidade de coordenar as atividades dos agentes na medida em que reúne a "pressão advinda da rivalidade a que os agentes estão submetidos com o que Williamson chama de 'incentivos de alta-potência' [...], que consistem nos mecanismos pelos quais um agente pode se apropriar de um fluxo de renda, cuja magnitude

é influenciada por seus esforços e ações" (PONDÉ, 2007, p. 17-18). Nesse sentido a "coordenação resulta espontaneamente das adaptações em suas condutas que os agentes introduzem a partir da busca do lucro privado" (PONDÉ, 2007, p. 17-18).

As hierarquias, por sua vez, se caracterizam por serem estruturas em que há forte presença de "submissão dos comportamentos dos agentes a relações de autoridade e a introdução de adaptações nas interações a partir de sistemas administrativos de monitoramento, incentivo e controle a estas associados" (PONDÉ, 2007, p. 17-18). Os referidos sistemas atuam de forma a atenuar o oportunismo e a incerteza comportamental, porque propiciam o ajuste de unidades interdependentes a "contingências imprevistas de maneira coordenada e a indeterminação das barganhas pode ser resolvida por fiat[9]" (PONDÉ, 2007, p. 17-18). Além disso, as hierarquias permitem a redução da racionalidade limitada, uma vez que possibilitam a especialização da tomada de decisões e produzem ganhos relacionados a uma melhor comunicação entre as partes, "estabelecendo canais para fluxos de informação e uma divisão de responsabilidades dentro de relações de subordinação" (PONDÉ, 2007, p. 17-18).

Além dessas duas estruturas, Williamson (1991) apresenta a figura da forma de estrutura híbrida. As formas híbridas são "contratos de longo prazo apoiados em salvaguardas adicionais e um aparato para disponibilizar informações e resolver disputas, muitas vezes recorrendo à arbitragem de terceiros" (PONDÉ, 2007, p. 17-18). Em outras palavras, são arranjos institucionais que comportam diversas estruturas, procurando

> [...] preservar parte dos incentivos dos mercados, ainda que estes sejam inevitavelmente atenuados, mas estabelecendo mecanismos de coordenação das interações que incluem procedimentos administrativos e o recurso a alguma instância superior para dirimir conflitos e barganhas – já que, durante a vigência do contrato, não há uma efetiva competição que assuma este papel (PONDÉ, 2007, p. 17-18).

Como se vê, as transações econômicas realizadas entre agentes do mercado podem ser coordenadas por mecanismos distintos que se convencionou chamar de estruturas de governança. Cada tipo de estrutura, por suas características intrínsecas, tem capacidades de coordenação diferentes e cuja adaptação será melhor quanto mais adaptadas estejam às particularidades do caso concreto.

Dessa maneira, o estudo da governança é uma ferramenta que auxilia o estudo dos desafios relacionados às transações complexas. Qualquer problema de contratação pode ser examinado por sua vantagem em termos de economia de custos de transação. Uma vez que a

---

[9] Fiat é uma palavra em latim que literalmente significa "seja", "faça-se".

escolha das estruturas de governança tem o condão de reduzi-los, o entendimento sobre esses mecanismos tem grande potencial para aumentar a eficiência de determinada transação.

Nesse particular, a decisão de realizar uma transação envolve o questionamento do que seria mais custoso do ponto de vista econômico: realizá-la via mercado ou gerenciá-lo internamente. A noção das "formas híbridas", nesse particular, apresenta-se como uma das mais relevantes contribuições para o desafio de coordenação de interações que demandem, ao mesmo tempo, que sejam preservados parte dos incentivos do mercado e que se implementem mecanismos capazes de coordenar as transações por força da inexistência de competição suficiente no mercado.

Os contratos consistem em típicos exemplos da estrutura híbrida de governança, tendo o papel de coordenar a interação entre os agentes econômicos envolvidos em determinada transação em virtude da impossibilidade de que sua coordenação seja realizada, exclusivamente e de forma efetiva, pelo mercado ou pela hierarquia. Esse é justamente o caso de contratações de serviços públicos por meio da celebração de Parcerias Público-Privadas.

Ao mesmo tempo em que esse tipo de relação envolve a realização de empreendimentos de alta complexidade e especificidade, o que inviabiliza sua realização com a coordenação exclusiva dos mercados, ela demanda flexibilidade em seu mecanismo de regulação. Como se viu nas seções iniciais deste capítulo, a celebração de uma PPP envolve, necessariamente, uma ampla participação dos particulares nos processos decisórios. É a iniciativa privada, na condição de "realizadora" do empreendimento, que será a responsável pelas decisões sobre sua execução e operacionalização. Cabe à Administração Pública, nesse caso, definir o que espera como resultado e fiscalizar se tais resultados estão sendo alcançados por meio da atuação.

Dessa maneira, as características inerentes da celebração de uma PPP indicam que elas não são eficientemente coordenadas somente pelos mecanismos de mercado nem por uma regulação estática, sem possibilidade de implementação de adaptação. Dessa maneira, o estudo dos mecanismos contratuais para apuração dos custos da celebração de uma PPP se mostra de fundamental importância. Na próxima seção, será apresentada a Teoria Econômica dos Contratos, que coloca os contratos em posição central da coordenação de transações.

2.4 A Teoria Econômica dos Contratos

A teor do que foi tratado na seção anterior, os contratos são estruturas de governança híbridas por natureza. É no contrato que se consubstanciam os direitos e as obrigações das partes

e estão firmadas as escolhas para a estrutura da transação de forma específica, levando-se em consideração as regras já apresentadas pelo ambiente institucional (CORREIA, 2008).

É de se dizer, portanto, que "o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas" (ROPPO, 2009, p. 11). O contrato, assim, se presta a traduzir para a linguagem jurídica a operação econômica nele consubstanciada, sendo o instrumento em que estão postas as regras da transação realizada, ou seja, é nele que se efetiva a coordenação de condutas valoradas economicamente.

Como visto, o motivo fundamental para a ocorrência dos custos de transação é a impossibilidade de planejar todas as contingências futuras em um relacionamento entre partes distintas. Nesse sentido, é importante explorar as condições em que essa complexidade pode restringir o conjunto de contratos viáveis de forma a melhor compreender os contratos observados na prática (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Dessa maneira, o fluxo das trocas de utilidades coordenadas em um contrato leva em conta um sistema de cálculo de valores e prejuízos, de modo que a decisão de contemplar determinada conduta por meio dele passa por uma análise anterior de vantagens e desvantagens, incentivos e desincentivos a determinadas condutas dos agentes envolvidos na transação nele contida (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Assim, a escolha da estrutura contratual que regulará determinada transação pressupõe a busca de uma série de informações e o desenvolvimento de mecanismos específicos que coíbam possíveis condutas oportunistas dos agentes. A "complexidade de uma estrutura contratual não é trivial e em determinadas situações, principalmente diante de investimentos em ativos específicos e com grande requerimento de capital, demandará complexos mecanismos de salvaguardas" (SANTOS, 2006, p. 34).

Neste particular, a garantia de desempenho contratual está atrelada a uma lógica de incentivos *ex ante* e *ex post* das relações contratuais. A Teoria dos Contratos Incompletos e a Teoria do Agente-Principal, juntamente com a concepção de direitos de propriedade, auxiliam na compreensão sobre mecanismos que podem ser utilizados nos contratos para garantir que os agentes envolvidos nas transações respeitem as promessas firmadas e, por conseguinte, assegurem o melhor desempenho possível daquela transação.

O fator fundamental que distingue o desempenho de diferentes estruturas contratuais consiste no sistema de monitoramento e de incentivos nele contido. Isso quer dizer que a eficiência de determinada estrutura contratual dependerá de sua capacidade de conter em si

mesma mecanismos que garantam que as partes cumprirão os termos acordados e, mais do que isso, adotarão o melhor comportamento possível (RAO, 2003).

Os mecanismos que garantem uma autorregulação dos acordos firmados entre os contratantes é chamado pela literatura de *self-enforcement* e engloba atividades de avaliação, incentivos à conformidade e desincentivos para o não cumprimento de avenças. Nesse sentido, refere-se ao mecanismo não judicial de arranjos de interações entre as partes com base em diversos fatores econômicos e sociais específicos de um cenário, envolvendo percepções de fatores relativos aos custos de transação e que influenciam ações e inações específicas (RAO, 2003).

Neste particular, levando-se em consideração os custos envolvidos na implementação de tais mecanismos, em muitos casos uma provisão eficiente de incentivos, por meio dos quais os agentes recebem algum tipo de recompensa por adotarem o melhor comportamento possível, é mais eficiente do que a previsão de penalidades e desincentivos para as tarefas correspondentes. Em regra, estas últimas demandam maiores custos de monitoramento e execução de penalidades. No entanto, a mistura de ambos os mecanismos é considerada rentável e garante um desempenho efetivo na maioria dos sistemas (RAO, 2003).

É de se destacar que foi o reconhecimento de que os contratos adotados nas transações são incompletos que deu origem à concepção de que seria necessária a criação de mecanismos de *self-enforcement* para a garantia de desempenho contratual (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002). É por isso que a Teoria do Agente-Principal, também criada por meio do reconhecimento da incompletude dos contratos, contribui com a análise do papel dos termos contratuais para a minimização dos *malincentives* dos agentes que transacionam em uma relação (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

A literatura sobre os direitos de propriedade, por sua vez, demonstra que tais direitos, quando bem delineados, possuem a capacidade de realizar uma realocação adequada do poder de barganha em um relacionamento contratual, resolvendo determinados problemas que decorrem da incompletude do contrato (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Tais abordagens serão tratadas com maior nível de detalhes nos tópicos seguintes, de modo a contribuir para a problematização sobre a elaboração de estruturas contratuais que garantam a máxima eficiência possível das transações nelas instrumentalizadas.

2.4.1 A Teoria dos Contratos Incompletos e a Teoria do Agente-Principal

Conforme abordado anteriormente neste capítulo, a maioria das transações é realizada em um contexto em que a obtenção de informações e a elaboração de mecanismos de controle envolvem custos significativos. É por esse motivo que os contratos são incompletos: quando existe um considerável número de contingências possíveis em relação aos eventos futuros relacionados a uma transação, celebrar um contrato “completo” demanda uma alta quantidade de recursos (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

As partes de uma transação utilizam contratos incompletos nessas circunstâncias não só para evitar os significativos "custos de tinta", relacionados à previsão contratual de todos os contingenciamentos possíveis, como também para evitar desperdícios e custos de negociação que, de outra forma, seriam suportados pelos operadores (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

A tentativa de se especificar, de forma completa, a performance desejada para um número muito grande de possibilidades improváveis envolve, principalmente, uma dispendiosa busca por informação e negociação que represente vantagem em relação à outra parte da relação contratual (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Implementar previsões contratuais específicas que visem incentivar o desempenho da parte contrária por meio de contingências de baixa probabilidade de ocorrência não representa benefício econômico, havendo um dispêndio de recursos desnecessários que encarecerão a transação e prejudicarão a maximização de sua eficiência econômica. Esses custos relacionados à negociação de contratos completos desestimulam os envolvidos na negociação a buscar contemplar, no contrato, especificações contratuais desnecessárias e que só aumentam o custo da transação (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Dessa maneira, os contratantes promovem transações coordenadas por contratos sabendo que deixaram algumas contingências, consideradas improváveis, não especificadas no contrato. Isso porque há o reconhecimento de que, se essa contingência se desenvolver, é mais vantajoso, em termos econômicos, que se deixe para negociá-la após sua ocorrência (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

É de se dizer que os contratos são incompletos também devido aos custos de realizar a medição de determinados aspectos do desempenho da transação nele consubstanciada. Há hipóteses em que se considera que a mensuração de determinados aspectos do desempenho é facilmente identificável, constituindo desperdício de recursos a previsão de hipóteses contratuais para seu controle (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Nesse contexto, o mecanismo do *self-enforcement* permite que as partes de uma transação possam evitar os custos associados à elaboração de um contrato completo. O mecanismo do *self-enforcement*, como o próprio nome diz, consiste em previsões de autorregulação previstas no contrato para assegurar seu desempenho (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002). Assim, em vez de se prever a execução judicial de determinados termos contratuais, por exemplo, cria-se um mecanismo de autorregulação da relação comercial que se mostra mais vantajoso do ponto de vista econômico. O *self-enforcement* evita os custos associados ao contrato e reduz o atraso e o ruído envolvidos na detecção e sanção por falta de desempenho em cortes judiciais (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

A execução judicial implica um processo intensivo de interpretação do contrato, muitas vezes imperfeito, para que se verifique se houve violação ou não das avenças ali fixadas, seguido de um período adicional para determinar uma penalidade adequada. Em vez de se confiar em termos de contrato, que são necessariamente imperfeitos, para comunicar os elementos do desempenho acordado ao tribunal, a interpretação do contrato e os problemas de execução são evitados inteiramente com um mecanismo de *self-enforcement*. A motivação econômica fundamental para o uso de tribunais para coordenar a transação passa a se prestar, assim, somente para complementar tais mecanismos (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Verifica-se que o contrato incompleto contém previsões que garantem apenas uma parcela do desempenho desejado. É o mecanismo do *self-enforcement* que, de fato, conduz o comportamento dos agentes em direção ao nível desejado de desempenho ou, pelo menos, não deixa que seu comportamento se afaste dos resultados pretendidos com a transação. Isso porque, logo que uma das partes perceber que a outra não realizou determinado compromisso acordado, pode executar uma das medidas previstas, inclusive a própria rescisão contratual (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

O mecanismo de *self-enforcement* complementa a Teoria do Agente-Principal. Tal teoria, elaborada por Jensen e Meckling (1976), dispõe sobre a relação de agência, conceituando-a como um contrato pelo qual uma ou mais pessoas ou entidades (os Principais) delegam a outra pessoa ou entidade (o Agente) a realização de tarefas ou transações específicas em seu nome com base na delegação de autoridade e tomada de decisão (RAO, 2003).

Assim, existe uma relação de agência sempre que um principal ou o principal interessado delegar autoridade para um agente cujas ações tenham influência nos objetivos do principal. Verifica-se que tal relação apresenta custos para sua realização como resultado da assimetria de informações entre o Agente e o Principal e pela necessária incompletude dos

contratos que a coordenam, que, por sua vez, possibilitam a efetivação de condutas oportunistas pelos agentes (RAO, 2003).

A Teoria da Agência, como também é chamada, indica que o comportamento oportunista nas relações entre agentes e principais leva a crer que os indivíduos respondem a incentivos em uma relação contratual. Nesse sentido, seria possível estimular o melhor desempenho do agente com a promoção de recompensas por adotarem o melhor comportamento possível dentro da relação contratual, mensurando-o por meio de uma avaliação *ex post* (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

A teoria, por si só, não é capaz de realizar previsões sobre a operação das estruturas contratuais que vão coordenar as relações específicas entre os agentes e os principais. Todavia, a teoria ajuda a entender a importância de se estruturar contratos com a inclusão de mecanismos de autorregulação, sendo necessária, todavia, sua suplementação em relação à escolha de incentivos e formas organizacionais (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

2.4.1.1 A distribuição dos direitos de propriedade como mecanismo de incentivo

O direito de propriedade é a base para o sistema de trocas do mercado, e sua constituição e regulamentação influi na eficiência alocativa dos recursos. Para Demsetz (1967) há uma troca de pacotes de direitos de propriedade sempre que uma transação é concluída, e o que determina o valor do que é trocado são os valores dos direitos a eles inerentes.

Nesse sentido, os direitos de propriedade seriam um conjunto de direitos (*bundle of rights*) sobre um recurso, cujo dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra a interferência de outros agentes. A transferência de tais direitos, assim, tem o condão de beneficiar ou prejudicar seu detentor ou outros e influenciar na própria relação entre eles.

A literatura sobre a Teoria dos Custos de Transação põe ênfase na discussão sobre os direitos de propriedade quando trata das negociações iniciais do contrato por meio do alinhamento de incentivos *ex ante*. Dessa maneira, destaca a ação de barganha que ocorre na fase inicial da contratação, ou seja, nos debates sobre como serão realizadas as trocas desses direitos em determinada transação (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

De fato, os efeitos de incentivo resultantes de alocações de direitos de propriedade têm relação direta com a eficiência do contrato, uma vez que eles podem alinhar diretamente as decisões individuais com uma lógica de custos e benefícios e são capazes de eliminar externalidades (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

A disposição dos direitos de propriedade em uma relação contratual está diretamente ligada aos incentivos dos agentes para se empregar o melhor comportamento possível e se respeitar os acordos celebrados entre si. Dependendo de quais direitos específicos são atribuídos às partes e como as avaliações custo-benefício são estabelecidas, o arranjo dos direitos de propriedade pode resultar em um desempenho mais eficiente da transação (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Destaca-se que a alteração de direitos de propriedade pressupõe custos relacionados à negociação da cessão e da transferência de direitos. Tais custos são integrados pelo valor do ativo e pelas atribuições individuais, pelo acompanhamento do cumprimento e pela aplicação do acordo de direitos (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Em geral, pode-se dizer que a estrutura da disposição dos direitos de propriedade em um contrato depende de vários fatores. Entre eles, destacam-se: (i) o tamanho dos ganhos agregados a serem compartilhados; (ii) o número e a heterogeneidade da negociação entre as partes envolvidas; (iii) a extensão da informação limitada e assimétrica; e (iv) a natureza física do recurso, incluindo restrições espaciais (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

Quanto maiores forem os ganhos agregados esperados, é mais provável que haja algum acordo. Os benefícios totais de um regime de direitos de propriedade novo ou modificado muitas vezes não serão controversos. Se a alternativa de nenhum acordo é tão clara e sombria, então as negociações podem prosseguir rapidamente (BROUSSEAU & GLACHANT, 2002).

2.4.1.2 A importância da modelagem contratual para a celebração de PPPs

Como abordado no início deste capítulo, “a Parceria Público-Privada é um contrato que pressupõe a transferência da gestão de uma atividade para alguém, que não o próprio Estado” (SILVA, 2016, p. 83). Assim, o contrato de PPP nada mais é do que um contrato de gestão de determinado empreendimento público (tarifável ou não), “em que ocorre a transferência de riscos para o particular, que passa a assumir os ônus de aplicar os recursos materiais, financeiros, humanos e intelectuais próprios, em uma determinada atividade” (SILVA, 2016, p. 83).

O modelo de contratação via PPP possui uma estrutura econômica básica que consiste no concessionário (contratado) assumir a execução da atividade objeto do contrato visando ser remunerado a longo prazo pelo tomador do serviço, que pode ser os usuários individualizados ou a própria Administração Pública (contratante) (SILVA, 2016, p. 84).

De uns anos para cá, as Parcerias Público-Privadas vêm sendo largamente utilizadas como modelo de contratação de projetos de larga escala e de longo prazo que envolvem ampla complexidade de manutenção e operação, notadamente no setor de infraestrutura (BLONDAL, 2005). A modelagem é vista de forma positiva por ser uma alternativa ao aumento da magnitude das ações governamentais por meio do aproveitamento das competências do setor privado (THAMER & LAZZARINI, 2015). Como visto nas seções anteriores, a maximização da eficiência das contratações de tais projetos, ou seja, "a busca do melhor uso dos recursos escassos empregados para a prestação do serviço é um dos objetivos primordiais" (RIBEIRO, 2011, p.) da realização de Parcerias Público-Privadas e "é realizada em última análise com o objetivo de beneficiar os usuários e a Administração Pública" (RIBEIRO, 2011, p. 65).

É de se dizer, assim, que a realização de projetos por meio de PPP pode, a princípio, "promover ganhos de eficiência associados com o crescimento do volume de transações quanto maior o volume de investimentos viabilizados com o mesmo montante de recursos públicos" (SANTOS, 2006, p. 92).

Sob esse ponto de vista, a realização de uma PPP somente será justificável caso represente o que se chama de *Value for Money*. Isso quer dizer que tal modelo só deve ser utilizado caso os recursos empregados para sua celebração gerem um "valor superior ao valor gerado diretamente por intermédio de gastos públicos" (SANTOS, 2006, p. 95).

Com efeito, uma vez que a celebração de uma PPP envolve a assinatura de um contrato que cria um vínculo entre a Administração Pública e o particular, o que se busca com a celebração de uma PPP nada mais é do que atingir a função econômica básica de um contrato. Essa função econômica é justamente a fixação do preço correto para a relação negocial, permitindo a alocação de recursos das partes de maneira mais eficiente (SILVA, 2016).

A Lei 11.079/04, consoante o que já foi apresentado neste trabalho, contém elementos de regulação e coordenação das Parcerias Público-Privadas, apresentando um modelo geral que deve ser seguido para este tipo de contratação. No entanto, mesmo em se tratando de um arranjo institucional regulado por Lei, são diversas as possibilidades de estruturação dos contratos.

Em síntese, os contratos de PPP consistem, basicamente, em "estruturas alternativas para coordenar a participação de atores privados em atividades de caráter público, proteger o interesse dos usuários dos serviços e reger a administração de recursos governamentais" (SANTOS, 2006, p. 97) por meio do pagamento de contribuições aos parceiros privados.

Nesse sentido, a teor do que foi trabalhado até aqui, considera-se que a eficiência de uma PPP "dependerá da adequada seleção da estrutura de governança às características da

transação" (SANTOS, 2006). Isso significa dizer que, além da regulação contida na Lei que rege esse modelo de contratação, a implementação de um relacionamento entre o setor público e a iniciativa privada por meio de PPP implica na realização de uma avaliação da adequação do modelo contratual às particularidades da transação que constituir seu objeto (SANTOS, 2006). É o contrato celebrado entre as partes, assim, em todas as suas especificidades, que atuará como o arranjo institucional da transação a ser realizada.

Nesse particular, para cumprir sua função econômica, o contrato de PPP deve

> [...] definir claramente as obrigações e os direitos de cada uma das partes, o modo como eles vão ser materializados e as consequências pelo seu não cumprimento. Isso permite que as partes extraiam um preço das obrigações e dos direitos que estão sendo intercambiados (SILVA, 2016, p. 83).

Dessa maneira, o principal instrumento teórico para lidar analiticamente com os desafios afetos às contratações de PPPs reside na discussão do próprio instituto do contrato sob a perspectiva da relação econômica nele contida. Essa perspectiva, conforme tratado anteriormente, coloca em relevo as questões dos custos envolvidos nas transações, bem como os institutos da teoria econômica pensados para reduzi-los, notadamente a Teoria dos Contratos Incompletos e a Teoria do Agente-Principal.

Especificamente no caso da celebração de um contrato de PPP, é necessário que se considere que, em regra, a contratação envolve um relevante investimento do parceiro privado na infraestrutura para a prestação do serviço e que a remuneração, a depreciação e a amortização do investimento realizado são feitas pelo pagamento parcial ou total do serviço pela Administração Pública (RIBEIRO, 2011).

Além disso, a relação firmada entre o particular prestador dos serviços e a Administração Pública contratante envolve inevitável assimetria de informação, na medida em que a iniciativa privada, possuidora do *know-how* do serviço, já detém mais informações que o Poder Público. Por sua vez, o Poder Público possui conhecimento exclusivo sobre suas possibilidades orçamentárias futuras relacionadas a sua própria capacidade de pagamento das prestações contratuais, além de deter mais informações sobre a possiblidade de alterações na legislação vigente.

Nesse sentido, quando se fala em contratações de PPPs, é preciso que se implementem, nos instrumentos contratuais que coordenam a transação, medidas aptas a contornar os elementos que potencializam os custos inerentes ao objeto da contratação. É preciso, ainda, que se criem formas de assegurar que todo o processo de contratação seja feito dentro de uma cultura

de *accountability*. Tal cultura envolve a promoção do equilíbrio de inúmeras necessidades públicas, como o custo-efetividade, a identificação de riscos e sua correta distribuição entre os parceiros, a inovação, a confiabilidade por meio da participação das partes interessadas, bem como a implementação de mecanismos que conduzam à transparência e à segurança (FORRER et al., 2010).

Todavia, a elaboração de contratos que contemplem tais seguranças e, consequentemente, resguardem ao mesmo tempo o Poder Público e o particular contratado, é tarefa de difícil execução. Jardim (2013) destaca que, para remediar os desafios advindos da elaboração de contratos em PPPs, é preciso que sejam implementadas, nos instrumentos contratuais, previsões de punições pela ruptura das cláusulas acordadas, bem como de recompensas por seu cumprimento, fornecendo um mecanismo contratual de incentivos.

À semelhança dos contratos em geral, os contratos de PPP podem se apresentar de diferentes formas, diferenciando-se "de acordo com a alocação de risco entre os agentes, o retorno financeiro esperado com a operação de serviço aos usuários e a forma de contribuição dos recursos públicos para a remuneração do capital privado no projeto" (SANTOS, 2006, p. 99). Tendo em vista o objetivo final da PPP, que é a melhor alocação possível de recursos públicos, a modelagem contratual de uma PPP deve ser realizada de maneira a "alinhar incentivos para a produção dos níveis de serviço estipulados no contrato com o máximo de eficiência" (RIBEIRO, 2011, p. 65).

A temática do alinhamento dos incentivos contratuais para a produção de ganhos de eficiência em contratações de PPP, todavia, não parece ter, em regra, alcançado a prática das modelagens desse tipo de contrato. Conforme assinala Ribeiro (2011, p. 66), não é incomum a

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

Observa-se que a viabilização de um contrato de PPP que, de fato, consubstancie uma relação vantajosa para a Administração Pública exige que sejam respondidas algumas perguntas básicas relacionadas à demanda a ser atendida, aos investimentos necessários para o projeto, à quantidade de recursos públicos comprometidos, aos riscos inerentes ao empreendimento, à necessidade de se instituir metas de desempenho e às escolhas das estratégias mais aptas a gerar a eficiência pretendida (SILVA, 2016, p. 85).

Com efeito, o próximo capítulo se propõe a apresentar alguns elementos que devem ser levados em conta para a modelagem de um contrato de PPP no que diz respeito a sua adequação aos objetivos econômicos da contratação e, por conseguinte, devem ser considerados pelos gestores públicos quando do lançamento de editais de PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse) e, posteriormente, do julgamento dos estudos apresentados pelos particulares.

3 ASPECTOS RELEVANTES PARA A MODELAGEM JURÍDICA DE PPPs: OS MECANISMOS CONTRATUAIS DE *SELF-ENFORCEMENT*

3.1 Introdução

Como visto no capítulo anterior, a teoria econômica dos contratos se preocupa com a busca de mecanismos contratuais que garantam que os agentes envolvidos nas transações respeitem as promessas firmadas e, assim, garantam o melhor desempenho possível da transação consubstanciada no contrato. Nesse particular, a literatura aponta o sistema de monitoramento e de incentivos contidos no contrato como o elemento fundamental para que as estruturas contratuais coordenem a transação da forma mais eficiente possível.

A eficiência de um contrato, então, estaria relacionada a sua capacidade de conter, em si mesma, mecanismos que levem as partes a cumprir os termos acordados. A teor do que foi detalhadamente tratado no capítulo anterior, esses mecanismos, chamados de mecanismos de *self-enforcement,* relacionam-se às estruturas contratuais que possam prever um sistema de avaliação da performance do contratado, aos incentivos às ações perseguidas pelo escopo contratual e aos desincentivos ao não cumprimento de avenças.

Para entender os mecanismos de *self-enforcement* e como se aplicam a um contrato de PPP, é preciso, em primeiro lugar, ter em mente o porquê de se transferir ao particular determinada atividade que, a priori, é de competência da Administração Pública e, assim, compreender qual seria a vantagem da contratação nesse modelo. Como visto no capítulo anterior, entende-se que "a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por realizar a obra e mantê-la por diversos anos cria incentivo ao aumento de eficiência" (RIBEIRO, 2011, p. 67). Nesse particular, parte-se do pressuposto que a transferência em conjunto ao particular das responsabilidades de investimento na infraestrutura e ao mesmo tempo das atividades relacionadas a sua manutenção tenderia a "gerar uma maior eficiência na prestação dos serviços – eficiência essa que, em condições competitivas ou de regulação econômica que produza os efeitos da competição (*yardstick regulation)*, retornaria ao usuário e ao Poder Público" (RIBEIRO, 2011, p. 68).

Ribeiro (2011, p. 68) entende que

> [...] ao comparar as alternativas de investimento/manutenção dos ativos necessários à prestação do serviço, o parceiro privado considerará o tempo de vida útil dos bens sob sua responsabilidade. Isso tende a imprimir uma lógica de longo prazo no gerenciamento dos bens públicos necessários à prestação dos serviços e evitar, por

> exemplo, o subinvestimento na qualidade das obras, que gera, muitas vezes, no médio e longo prazos, custos de manutenção superiores a eventuais economias realizadas na construção do empreendimento.
> Além disso, a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por fazer os projetos (básico e executivo), financiar, construir, operar e manter o serviço permite que o Poder Público foque o processo de fiscalização apenas nos resultados finais, nos níveis de serviço disponibilizados ou prestados, deixando ao parceiro privado a escolha sobre o melhor modo, a melhor tecnologia, os melhores meios de prestar o serviço.

Com efeito, o fato de ser o parceiro privado o responsável por operar e manter a infraestrutura da obra que realizou durante um longo período de tempo permitirá que o Poder Público foque apenas no monitoramento do resultado da atividade prestada, sem precisar fiscalizar todas as suas etapas. Em outras palavras, a Administração Pública concentrará recursos e esforços na fiscalização do desempenho do particular na realização das atividades (RIBEIRO, 2011).

O sistema de monitoramento de desempenho em uma PPP, portanto, é a "mais importante ferramenta de produção de incentivos para que o parceiro privado preste o serviço com a qualidade estipulada do contrato" (RIBEIRO, 2011, p. 69). Tal sistema de monitoramento é composto por uma estrutura de indicadores de desempenho e sua conexão com o sistema de pagamentos (RIBEIRO, 2011).

É de se ressaltar que, para a eficiência do contrato, não basta que os indicadores de desempenho sejam bem estruturados. É necessário que

> [...] tais indicadores estejam adequadamente conectados com o sistema de pagamentos, de modo a gerar incentivos econômicos para que o parceiro privado os cumpra. Para isso, é indispensável que o descumprimento dos indicadores dê azo a punições (a aplicação de multas, por exemplo) ou à redução do pagamento do parceiro privado (usando a lógica do que se chama na teoria jurídica de 'exceção de não cumprimento do contrato') (RIBEIRO, 2011, p. 76).

Além da estrutura de indicadores de desempenho, do sistema de pagamentos e do conjunto de penalidades previstas para o descumprimento contratual, a estruturação de contratos de PPP eficientes pressupõe a adequada elaboração de uma matriz de risco e de um sistema de equilíbrio econômico-financeiro (RIBEIRO, 2011). A matriz de risco e o sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato são de suma importância para a eficiência contratual, uma vez que "estipulam o conjunto de incentivos para ação de cada parte na relação contratual" (RIBEIRO, 2011, p. 78).

É de se dizer, portanto, que, em um contrato de PPP, os mecanismos contratuais de *self-enforcement* consistem no conjunto de disposições que fixam sua estrutura de indicadores de

desempenho, seu sistema de pagamentos, as penalidades previstas pelo descumprimento contratual, a matriz de risco e o sistema de equilíbrio econômico-financeiro previsto.

Abordaremos detalhadamente, nas próximas seções, cada um desses mecanismos de *self-enforcement* em contratos de PPP. Longe da pretensão de exaurir a temática, o objetivo que se persegue é trazer à baila as construções da literatura sobre a construção de mecanismos de incentivo em contratos de PPP. Nesse particular, serão destacados pontos fundamentais para a prática da modelagem contratual, de forma a alinhar os aspectos teóricos vistos até aqui à elaboração de contratos de PPP que traduzam os aspectos econômicos da transação neles consubstanciada.

3.2 Os indicadores de desempenho e o sistema de pagamentos como mecanismos de *self-enforcement* dos contratos de PPP

Pode-se dizer que, entre outros motivos, a eficiência em um contrato de PPP está relacionada à transferência ao parceiro privado das decisões sobre a maneira que serão realizadas as atividades relacionadas ao objeto contratual. Desse modo, as preocupações sobre insumos, materiais, tecnologia, pessoal, equipamentos será, tanto quanto possível, de responsabilidade do contratado privado, que deverá se preocupar em atingir os objetivos contratuais perseguidos.

Isso significa dizer que a Administração Pública não terá preocupações relacionadas ao monitoramento de cada pequena decisão envolvida na execução das atividades contratuais, importando apenas a verificação do desempenho do particular na execução das obrigações assumidas. O que deve ser avaliado pela Administração Pública é o atendimento, pelo particular, das características objetivas da atividade, ou seja, qual foi o resultado final (*output)* das atividades realizadas de acordo com as exigências do contrato (RIBEIRO, 2011).

A Lei Federal 11.079/2004, em seu Art. 5º, inciso VII, determina que os contratos de PPP devem prever “os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado” (BRASIL, 2004). A necessidade de um sistema de medição de desempenho do particular é o que cria a necessidade do estabelecimento de indicadores de desempenho nesse tipo de contrato.

A possibilidade de se vincular a remuneração do parceiro privado tem como objetivo criar incentivos para que o particular execute o objeto contratual em conformidade com os parâmetros de qualidade exigidos pela Administração e estipulados no contrato de PPP. Trata-

se, em última instância, de um mecanismo que estimula a eficiência na execução dos contratos administrativos.[10]

Nesse sentido, um contrato de PPP deve trazer, bem especificadas, as obrigações de desempenho do particular, que serão medidas com base nos indicadores de desempenho dispostos no contrato, que, por sua vez, consistirão nas características objetivas da atividade a ser prestada pelo parceiro privado, focando "no resultado a ser obtido pelo Poder Público e pelo usuário" (RIBEIRO, 2011, p. 70).

As obrigações de desempenho são "passíveis de definição em termos de índices objetivos de qualidade/quantidade de serviço" (RIBEIRO, 2011, p. 70) e, por isso, o contrato deve estipular o nível mínimo aceitável para cada índice de desempenho estipulado e, ainda, o procedimento para sua aferição (RIBEIRO, 2011). É preciso que os índices de desempenho escolhidos sejam os mais objetivos possíveis e apresentem o menor nível possível de complexidade para a verificação de seu atendimento.

Por definirem o serviço a ser prestado pelo parceiro privado, deve ser prevista no contrato uma aferição periódica dos índices de desempenho estipulados e, ainda, um mecanismo que atrele seu cumprimento ao próprio pagamento pela Administração Pública (RIBEIRO, 2011).

No que diz respeito à conexão com o sistema de pagamentos, a prática de modelagens de PPP, dentro do contexto brasileiro, vem ensinando que a lógica de exceção do não cumprimento do contrato, consistente "na realização de descontos no pagamento do parceiro privado nos casos em que não houver cumprimento dos indicadores de desempenho" (RIBEIRO, 2011, p. 77), é mais eficiente que a previsão de penalizações[11]. Tal lógica parte do pressuposto que a

> [...] Administração deve pagar apenas pelo serviço que foi efetivamente prestado. Se o serviço foi de qualidade inferior ao contratualmente pactuado, o pagamento por esse serviço deve ser proporcionalmente reduzido. Para isso, é preciso que constem

---

[10] É como afirmam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado ao comentar o art. 6º, §1º, da Lei Federal 11.079/2004: "o dispositivo ora em comento é, sem dúvida, um dos pontos claros de aperfeiçoamento da experiência brasileira de prestação de serviços à Administração. Cuida-se de vincular a performance do parceiro privado às obrigações da Administração Pública, de modo a sofisticar o sinalagma, o elo entre as obrigações contrapostas das partes. Pretende-se, dessa forma, aumentar os incentivos econômicos para que o parceiro privado disponibilize o serviço conforme pactuado no contrato, sobretudo quanto aos níveis desejáveis de qualidade" (RIBEIRO&PRADO; *Op. Cit.* 2007. p. 193).

[11] A efetividade de multas como incentivo para o cumprimento adequado de contratos vem se deteriorando no Brasil em função de uma lógica de banalização de seu uso, que, por um lado, foi gerada pela aplicação indiscriminada de multas pelo Poder Público e, por outro, levou à prática de um excesso de garantias no processo de sua aplicação (RIBEIRO, 2011).

> claramente nos contratos as escalas de preço, que permitam realizar os descontos no preço do serviço, no caso dele [sic] não ser prestado nas quantidades e qualidade exigidas no contrato para percepção pelo parceiro privado do pagamento integral (tenha esse pagamento origem na cobrança de tarifa ou no Erário) (RIBEIRO, 2011, p. 77).

A operacionalização do desconto no valor do pagamento do particular contratado consiste, basicamente, em abater o valor do pagamento a ser efetuado pelo Poder Público. É interessante, todavia, que o desconto seja proporcional ao peso estimado do custo para cumprimento dos indicadores que foram descumpridos, de forma a gerar os incentivos econômicos necessários ao cumprimento das obrigações (RIBEIRO, 2011).

Por fim, deve-se ressaltar a importância de sempre se ter em conta, no processo de modelagem de uma PPP, os aspectos específicos relacionados à cada transação que está sendo formalizada pelo contrato. No pertinente ao mecanismo de incentivos, por exemplo, é preciso considerar que

> [...] existem situações em que não é viável, ou em que não é eficiente, definir as obrigações do parceiro privado como obrigações de desempenho, seja porque eventuais indicadores dessas obrigações de desempenho seriam de difícil fiscalização/aferição, ou porque simplesmente é realmente inviável traduzir essas exigências em indicadores objetivos (RIBEIRO, 2011, p. 77).

Nesses casos, uma solução pode ser definir a obrigação do parceiro privado como obrigação de investimento, que é aquela que determina a realização de uma obra, ou a aquisição/instalação de algum equipamento (RIBEIRO, 2011).

Diversas outras situações que serão pertinentes ao caso concreto poderão influenciar na elaboração da estrutura de indicadores de desempenho e, portanto, o que sempre deve ser levado em consideração é que eles devem ser idealizados pensando na melhor maneira de gerar os incentivos econômicos necessários ao cumprimento das obrigações pelo particular.

Quanto ao mecanismo de remuneração do parceiro privado como instrumento de *enforcement* contratual, destaca-se, ainda, a possibilidade de se permitir, no instrumento contratual, a exploração de receitas acessórias pelo parceiro privado. Nesse particular, a Lei Federal 8.987/1995 estabelece a hipótese de o edital de licitação prever, em favor do parceiro privado, “a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas” (BRASIL, 1995). De forma complementar, o art. 18, VI, da mesma Lei, estabelece que o edital de licitação deve prever “as possíveis fontes de receitas

alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados" (BRASIL, 1995).

Com base nesses dispositivos, cumulados com o art. 11 da Lei Federal 11.079/2004, que autoriza a aplicação do art. 18 da Lei Federal 8.987/1995 às PPPs (BRASIL, 2004), é possível que a Administração Pública preveja hipóteses de o parceiro privado arrecadar receitas alternativas também nos contratos de PPP.

Essas receitas visam não só ao atendimento do interesse econômico do próprio parceiro privado, como ao atendimento do interesse público, na medida em que os ganhos decorrentes da execução de atividades conexas são compartilhados com a Administração Pública. Tal previsão busca, em última instância, aproveitar ao máximo o potencial econômico da concessão, em observância aos princípios da eficiência e da economicidade.

O interesse do parceiro privado em explorar esse potencial está diretamente relacionado com a oportunidade de incrementar seus ganhos econômicos com receitas alternativas à contraprestação pecuniária paga pelo poder concedente, por meio da execução de projetos associados ao contrato de PPP e que não integram seu escopo de obrigações. Nesse sentido, a exploração de receitas alternativas pelo parceiro privado corresponde a uma faculdade, e não a uma obrigação contratual propriamente dita. Mas uma faculdade que deve ser incentivada, tendo em vista os benefícios que sua execução pode trazer para o sistema da concessão.

É que, de outro lado, também o interesse público resta atendido quando há a previsão do compartilhamento dos ganhos econômicos eventualmente obtidos pelo parceiro privado com a exploração de receitas alternativas com a Administração Pública. A ideia desse compartilhamento é justamente permitir a redução da contraprestação pecuniária a ser paga pela Administração, sem, no entanto, descaracterizar a lógica de incentivo ao parceiro privado.

Nesse particular, é fundamental que a modelagem de exploração de receitas alternativas preveja o compartilhamento dos ganhos econômicos entre partes em proporções que ainda incentivem o parceiro privado a de fato se dispor a explorar projetos associados à concessão administrativa.

O objetivo de se fixar esse percentual de compartilhamento está diretamente relacionado ao incentivo a ser criado para o parceiro privado, para que ele possa de fato explorar as receitas alternativas, e à garantia de que o interesse da Administração Pública concedente também seja contemplado, na medida em que também será beneficiado diretamente do ponto de vista econômico. Maurício Portugal Ribeiro (2015) explica a importância da fixação do percentual

de compartilhamento dos ganhos econômicos advindos de receitas adicionais nos contratos de concessão e PPP. Ribeiro (2015, p. 06) considera que

> [...] é sempre interessante prever no contrato que um percentual das Receitas Acessórias a serem geradas pelo concessionário sejam destinadas à modicidade tarifária, ao Poder Concedente, ou à realização de novos investimentos na concessão, estejam tais Receitas Acessórias previstas ou não no plano de negócios originário do concessionário. De qualquer modo, o concessionário considerará a possibilidade de ajustar o seu preço na licitação em vista das Receitas Acessórias que ele entender que conseguirá gerar ao longo da concessão.

3.3 A matriz de risco e o Sistema de Equilíbrio Econômico-Financeiro como mecanismos de *self-enforcement* dos contratos de PPP

Enquanto os indicadores de desempenho e o sistema de preço definem o que será adquirido por meio do contrato, o preço e a forma de pagamento pela atividade realizada pelo particular, a matriz de risco "estabelece qual das partes é responsável por dar cabo de determinada atividade prevista no contrato, e, também, por lidar com as incertezas positivas ou negativas – e os consequentes ganhos e ônus – que afetam tal atividade" (RIBEIRO, 2011, p. 78).

A distribuição de responsabilidades pelas atividades previstas no contrato significa a assunção, pela parte correspondente, das ocorrências, previstas ou não, que eventualmente venham a impactar de forma positiva ou negativa o cumprimento das obrigações (RIBEIRO, 2011). Dito de outro modo, a matriz de risco "fixa o conjunto de encargos e benefícios de cada parte" (RIBEIRO, 2011, p. 78).

A equação econômico-financeira do contrato, por sua vez, é constituída pela matriz de risco em conjunto com os indicadores de desempenho e o sistema de pagamentos (RIBEIRO, 2011). Isso significa dizer que o sistema de manutenção no tempo da equação econômico-financeira de um contrato é o mecanismo previsto no contrato para "o cumprimento permanente, e, portanto, estabilização temporal – da distribuição de encargos e benefícios previstos na matriz de riscos contratual" (RIBEIRO, 2011, p. 78).

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato é utilizado nas situações em que "existem riscos atribuídos no contrato a uma das partes, mas cujos eventos gravosos a eles relacionados afetam adversamente outra parte do contrato" (RIBEIRO, 2011, p. 78). Nesse caso, tal sistema se prestará a indenizar a parte que sofreu prejuízos advindos de evento

relacionado à atividade cujo risco não lhe foi distribuído na matriz de riscos contratual (RIBEIRO, 2011). Esse mesmo autor (2011, p. 79) exemplifica a situação nos seguintes termos:

> Imagine-se um contrato em que os riscos de caso fortuito e força maior sejam atribuídos ao Poder Concedente e imagine-se que ocorram eventos de força maior que impeçam, por um período, a cobrança de tarifa pelo parceiro privado. Ora, nesse caso, apesar do risco de força maior ser do Poder Concedente, a ocorrência gravosa a ele relacionada (impossibilidade de cobrança de tarifa) afeta diretamente o parceiro privado. Nesse tipo de circunstância, o sistema do equilíbrio econômico-financeiro é utilizado para indenizar ao parceiro privado o prejuízo decorrente do evento de força maior, de modo a cumprir a matriz de riscos contratual.

Verifica-se que a matriz de risco pode estar presente no contrato de forma implícita, quando os riscos não estão dispostos de forma clara no instrumento contratual, e de forma explícita, quando há uma distribuição bem definida dos riscos entre as partes e o estabelecimento de mecanismos para sua mitigação. Os contratos de PPP que, como visto, são contratos complexos e elaborados de acordo com as especificidades do projeto, demandam a elaboração de uma matriz de risco explícita, exigindo profunda reflexão sobre os principais riscos do projeto (RIBEIRO, 2011).

A distribuição de riscos em projetos de PPP não consiste em medida simples. Em regra, a maximização da eficiência do contrato só é obtida quando se realiza a alocação do risco distribuindo-o à parte que

> [...] tem melhor condição de gerenciá-lo: isto é, à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível (RIBEIRO, 2011, p. 80).

Dessa regra geral, extraem-se três critérios principais que devem ser levados em consideração quando da reflexão para distribuição de riscos contratuais: (i) a alocação do risco à parte que tem maiores condições de evitá-lo utilizando-se da menor disponibilização de recursos; (ii) a alocação do risco à parte que tem maior capacidade de gerenciar as consequências danosas do evento indesejável; e (iii) a alocação do risco à parte que tem menores possibilidades de “externalizar” as consequências do evento indesejável (RIBEIRO, 2011).

O primeiro critério consiste na noção de que o risco “deve ser sempre alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances de o evento desejável ocorrer” (RIBEIRO, 2011, p. 80). Nesse sentido,

é dever preocupar-se, no momento da alocação de risco, com a capacidade das partes de tomar medidas para prevenção de eventos indesejáveis ou para incentivo de eventos desejáveis.

Já o segundo critério está relacionado à capacidade das partes em realizar o gerenciamento "das consequências danosas, caso o evento indesejado se realize. Por esse critério, o risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável" (RIBEIRO, 2011, p. 81).

O terceiro critério, por sua vez, está relacionado à

> [...] capacidade das partes do contrato de 'externalizar' o custo de prevenir ou remediar os eventos indesejáveis. Por esse critério, os riscos devem ser alocados sempre sobre a parte que tem menores possibilidades de 'externalizar' as consequências do evento indesejável, ou seja, repassar para terceiros o custo desses eventos. Isso porque a possibilidade de repassar facilmente o custo para um terceiro tira geralmente o incentivo da parte para prevenir e remediar adequadamente a ocorrência de eventos indesejáveis (RIBEIRO, 2011, p. 82).

A despeito de não ser recomendável o aproveitamento irrefletido de contratos de PPP, é possível que as matrizes de risco de contratos anteriores sirvam como modelo para novos projetos, uma vez que muitos dos riscos se repetem nesse tipo de contrato e, por isso, já existe uma prática comum para sua alocação e mitigação. Esse aproveitamento, todavia, deve ser criterioso, nunca deixando de ser levadas em consideração as particularidades da transação envolvida no contrato.

3.3.1 A distribuição dos ganhos de eficiência do contrato sob a lógica da matriz de riscos

Em regra, o estudo dos riscos contratuais concentra-se em tratar o aspecto negativo dos riscos, uma vez que são eles que constituem objeto de maior preocupação quando da viabilização de contratos de PPP. Ocorre que todos os riscos "possuem aspectos negativos (possibilidade de gerar custos, encargos, ônus) e positivos (possibilidade de gerar receitas, ganhos etc.)" (RIBEIRO, 2011, p. 84).

No entanto, é preciso ter claro que a alocação de um determinado risco a uma das partes implica atribuir-lhe tanto as consequências negativas, quanto as positivas de seu gerenciamento (RIBEIRO, 2011). Nesse particular, embora não se dê tanta importância aos efeitos positivos da alocação dos riscos contratuais, o tema é de extrema relevância para as modelagens contratuais. Isso porque um eventual efeito positivo de gerenciamento de um risco por uma das partes significará ganhos econômicos e, não raro, gerará discussões, quando não litígios (ou

seja, custos de transação) sobre qual das partes irá usufruir desses benefícios econômicos, que serão chamados neste trabalho de “ganhos de eficiência”.

Dessa maneira, o tema dos ganhos de eficiência mostra-se importante, uma vez que se relaciona diretamente com a lógica da busca da eficiência da transação que é subjacente à própria celebração de PPPs. Se por um lado a transferência à Administração Pública da totalidade dos ganhos decorrentes do incremento da eficiência implicaria a absoluta ausência de incentivo ao particular para adotar tais medidas, por outro lado a ausência de qualquer mecanismo que preveja seu compartilhamento, em contratos de longo prazo, poderia resultar na frustração dos princípios constitucionais de economicidade e eficiência na gestão de recursos públicos.

Ocorre que há apenas duas hipóteses concretas em que o compartilhamento de ganhos de eficiência entre as partes foi imposto previamente pela legislação. Em primeiro lugar, por meio da previsão constante do artigo 11 da Lei Federal 8.987/95, que dispõe sobre o compartilhamento de receitas acessórias ou complementares, decorrentes da exploração de projetos associados (BRASIL, 1995). Além dela, existe aquele previsto no artigo 5º da Lei Federal 11.079/04, que determina o compartilhamento dos ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos contratados pelo parceiro privado (BRASIL, 2004).

Com efeito, a legislação não estabelece qualquer outro critério ou condição que vincule o ganho de eficiência a eventual obrigação de seu compartilhamento com os usuários ou com a própria Administração Pública. Não se estabelece, por exemplo, como se dará o compartilhamento em termos quantitativos ou quais seriam os mecanismos de incentivo ao parceiro privado para redução dos custos.

Dessa forma, eventuais critérios e parâmetros de compartilhamento de ganhos de eficiência deverão sempre ser fixados nos instrumentos contratuais. Não poderia ser diferente, já que a previsão de tais critérios na legislação implicaria o engessamento das modelagens de parcerias público-privadas, sobretudo se forem consideradas as peculiaridades de cada serviço e/ou empreendimento.

É nesse particular que se faz necessário esclarecer que a distribuição de ganhos de eficiência em um contrato de Parceria Público-Privada está diretamente relacionada à alocação de riscos dos contratos. Como visto, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos sempre que forem atendidas suas condições, o que pressupõe a observância da matriz de risco do contrato. Com efeito, estando a alocação de riscos dos contratos de PPP

diretamente atrelada a seu equilíbrio econômico-financeiro, conclui-se que admitir a imposição de compartilhamento de ganhos de eficiência em desacordo com a matriz de riscos contratuais implicaria a completa subversão da proteção constitucional do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos previstos no art. 37, XXI da CR/88 (BRASIL, 1988).

Assim sendo, a melhor prática a ser adotada para tratar dos ganhos de eficiência em contratos de PPP deve ser considerar que eles, em regra, se revertem em lucro para a iniciativa privada, com exceção das situações em que o próprio instrumento contratual estabelece que será necessário o compartilhamento dos lucros e/ou receitas com a Administração Pública ou com os usuários.

É importante se ter em mente, ainda, que os ganhos de eficiência não se confundem com a remuneração direta do particular, em relação à qual este possui um direito subjetivo. Dentro da perspectiva econômica dos contratos de PPP há a remuneração direta, previamente pactuada, e os ganhos de eficiência, que representam benefícios econômicos incertos e eventuais. Esses ganhos de eficiência integrarão a equação econômico-financeira do contrato apenas e tão somente quando seu compartilhamento estiver nele previsto, hipótese na qual os referidos ganhos integrarão o conjunto de direitos, obrigações e responsabilidades contratuais, em consonância com a matriz de riscos contratual. Por isso, a compreensão dos ganhos de eficiência e sua consequente destinação devem ser analisados à luz dos riscos e das responsabilidades previstos no contrato.

Como a lógica das PPPs é a delegação de serviços e responsabilidades à iniciativa privada, a perspectiva do risco empresarial envolve a alocação de riscos que estejam em consonância com a margem de autonomia do particular. Conforme abordado na seção anterior, se o parceiro privado não conseguir evitar a concretização dos riscos a ele atribuídos, deverá arcar com os prejuízos decorrentes. Por outro lado, se o parceiro privado tiver maior eficiência na gestão dos riscos a ele transferidos, fará jus ao respectivo ganho econômico.

Dependerá, portanto, da modelagem contratual a definição de quando haverá o compartilhamento de ganhos de eficiência e em qual proporção, em conformidade com a matriz de riscos contratuais.

3.3.2 Alocação de riscos em Parcerias Público-Privadas: lições práticas

Alguns estudos empíricos já se debruçaram sobre fatores de risco envolvidos nos projetos de PPP e são úteis para exemplificar o que foi dito até aqui no presente trabalho. Grimsey e Lewis (2002) identificaram nove tipos diferentes de fatores de risco que podem impactar os resultados de projetos empreendidos por meio de parcerias público-privadas:

Quadro 01 – Riscos envolvidos nos projetos de PPP

Tipo de Risco	Evento
Risco Técnico	Falhas de engenharia e design.
Risco de Construção	Falhas na construção, técnicas inadequadas de construção e/ou falhas em materiais de construção.
Risco Operacional	Custos inesperados de operação e manutenção.
Risco de Receita (Demanda)	Erros na demanda estimada.
Risco Financeiro	Erros na estimativa dos fluxos de receitas do projeto e dos custos de financiamento do projeto.
Risco de Força Maior	Ocorrência de eventos extraordinários, como guerras e calamidades.
Risco Regulatório/Político	Mudanças de governo e/ou políticas públicas com alterações em leis e regulamentos aplicáveis às operações.
Risco Ambiental	Impacto negativo do projeto sobre o meio ambiente.

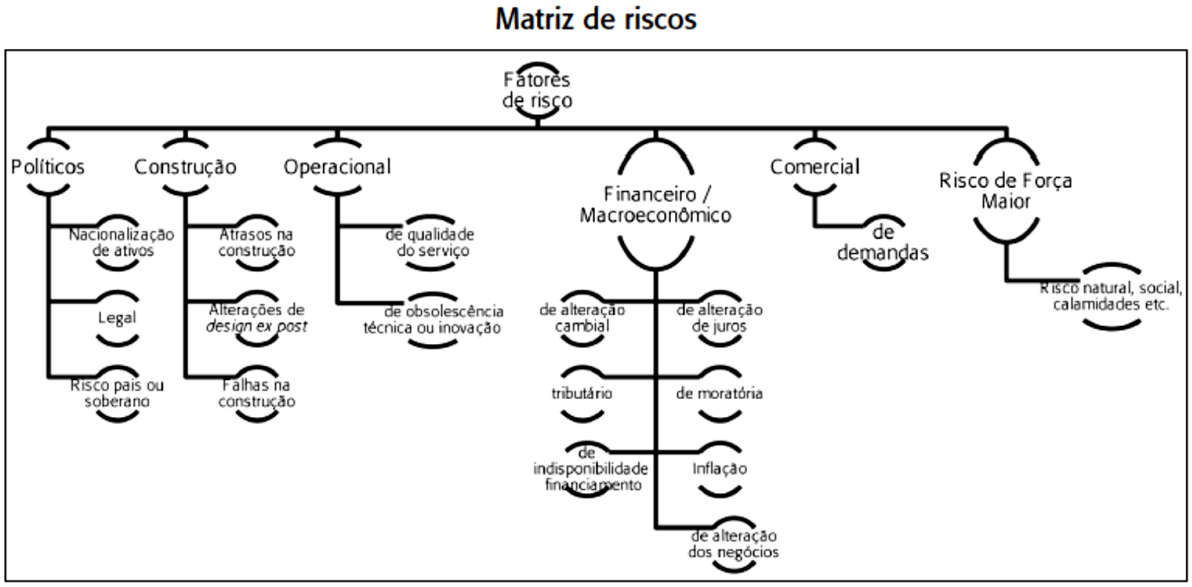
Risco de Default	Risco relacionado ao fracasso total do projeto. Em regra, está associado a uma combinação dos eventos elencados acima.

Fonte: Grimsey e Lewis (2002)

Aos riscos acima elencados, a análise de Torrijo (2006) adiciona os riscos de sobrepreço/superfaturamento, o risco de atraso na entrega do serviço, o risco de desapropriações, o risco de câmbio e o risco de acidentes.

O estudo realizado por Lima & Coelho (2014) apresenta a matriz de risco da Figura 01, elaborada pelos autores com base na análise de pesquisas nacionais e internacionais sobre a divisão de riscos em contratos de PPP e, ainda, considerando o marco regulatório brasileiro.

Figura 01 – Matriz de Riscos



Fonte: Lima & Coelho (2014).

O estudo realizado por Lima & Coelho (2014) se propôs a verificar o tratamento dado à identificação, à alocação e à adoção de medidas de mitigação de risco nos contratos de parceria público-privada celebrados com órgãos governamentais brasileiros para a concretização de obras de infraestrutura pública. Os autores realizaram a análise de 15 contratos de parceria celebrados no período de 2004 a 2010.

O estudo realizado pelos autores considera 06 (seis) grandes grupos de fatores de risco – risco político, risco de construção, risco operacional, risco financeiro/macroeconômico, risco comercial e risco de força maior –, desdobrando cada um deles em riscos mais específicos. Nesse sentido, os autores identificaram 17 fatores de riscos textualmente tratados nos contratos. Ao promover a análise sobre a maneira como foi feita a alocação dos riscos nos contratos, os autores constataram a inexistência de menção sobre a alocação de 38% dos riscos considerados.

O resultado obtido pelo estudo apenas coloca em evidência que a prática de modelagem de projetos de PPP é, em regra, omissa quando se trata de antecipar a alocação de riscos contratuais. Esse fato ocorre a despeito da lógica econômica subjacente à correta estipulação da matriz de riscos no contrato e sua importância para a eficiência da atividade que está sendo repassada ao particular. A própria Lei de PPP é expressa ao estabelecer que os fatores de risco devem ser alocados de forma objetiva (BRASIL, 2004).

Ribeiro (2011), por sua vez, ao tratar da temática da matriz de riscos em contratos de PPP, elaborou uma matriz de riscos com fins didáticos que será incorporada como anexo (Anexo I) deste trabalho, com o objetivo de enriquecê-lo. Além de apresentar uma descrição resumida dos riscos, Ribeiro (2011) inclui comentários "sobre a alocação do risco pela legislação e sugestão de alocação preferencial desse risco, com base na experiência brasileira" (RIBEIRO, 2011, p. 85-97).

Ainda que a alocação preferencial dos riscos sugerida na matriz de riscos elaborada por Ribeiro (2011) deva ser avaliada à vista das peculiaridades de cada setor econômico e de cada projeto, ela apresenta uma alocação preferencial de riscos que estão presentes na maioria das transações coordenadas por contratos de PPP, daí sua relevância. Verifica-se que para realizar a classificação dos riscos da referida matriz, foram estabelecidos "grupos baseados nos principais conjuntos de atribuições que em regra são transferidos do Poder Concedente para a iniciativa privada em contratos de concessão comum ou PPP" (RIBEIRO, 2011, p. 83).

A matriz de risco elaborada inclui riscos que, em sua maioria, coincidem com aqueles apontados pelos outros estudos tratados nessa seção. São eles:

(i) realização dos projetos (de engenharia, equipamentos etc.);
(ii) financiamento;
(iii) construção, implantação, fornecimento e montagem de equipamentos;
(iv) operação e manutenção;

(v) riscos que afetam as receitas do concessionário, como, por exemplo, a demanda;

(vi) mudanças legislativas e outras ocorrências fora do controle das partes;

(vii) riscos supracontratuais, que são aqueles riscos gerais, cuja mitigação é feita não por uma disposição contratual específica, mas pelo sistema jurídico como um todo, pela realização da licitação e da celebração do contrato.

Ressalta-se que a estipulação de uma matriz de risco completa e objetiva é também necessária para a própria previsão contratual sobre as medidas mitigadoras de eventuais efeitos danosos dos riscos previstos. Nesse particular, a planilha elaborada por Ribeiro (2011), ao indicar os riscos, apresenta também formas (medidas) para realizar sua mitigação e facilitar o gerenciamento do risco.

3.4 Conclusões preliminares do capítulo

Como visto, o contrato celebrado entre as partes em um projeto de PPP é importante porque é ele que confere a eficiência da atividade a ser realizada ao atuar como o regulador da transação. À semelhança dos demais contratos, os contratos de PPP são os coordenadores da transação que formalizam e podem se apresentar de diferentes formas, diferenciando-se "de acordo com a alocação de risco entre os agentes, o retorno financeiro esperado com a operação de serviço aos usuários e a forma de contribuição dos recursos públicos para a remuneração do capital privado no projeto" (SANTOS, 2006, p. 99).

Tendo em vista o objetivo final da PPP, que é a melhor alocação possível de recursos públicos, sua modelagem contratual deve ser realizada de maneira a "alinhar incentivos para a produção dos níveis de serviço estipulados no contrato com o máximo de eficiência" (RIBEIRO, 2011, p. 65). Todavia, o alinhamento dos incentivos contratuais para maximizar a eficiência em contratações de PPP, na prática, ainda necessita ser trabalhado.

Com efeito, considerando a importância da matéria, este capítulo se propôs a apresentar alguns dos elementos mais importantes que devem ser levados em conta quando da modelagem de um contrato de PPP no que diz respeito a sua adequação aos objetivos finais da contratação.

Conforme abordado, os mecanismos *self-enforcement* consistem no conjunto de disposições que fixam a estrutura de indicadores de desempenho do contrato, seu sistema de

pagamentos, as penalidades previstas pelo descumprimento contratual, a matriz de risco e o sistema de equilíbrio econômico-financeiro previstos.

Este capítulo procura mostrar que um contrato de PPP deve trazer, bem especificadas, as obrigações de desempenho do particular, que serão medidas com base nos indicadores de desempenho dispostos no contrato, que, por sua vez, são as características objetivas da atividade a ser prestada pelo parceiro privado, focando "no resultado a ser obtido pelo Poder Público e pelo usuário" (RIBEIRO, 2011, p. 70).

Além disso, a matriz de risco contratual é indispensável para o alcance da eficiência em projetos de PPP, porque é ela quem "estabelece qual das partes é responsável por dar cabo de determinada atividade prevista no contrato, e, também, por lidar com as incertezas positivas ou negativas – e os consequentes ganhos e ônus – que afetam tal atividade" (RIBEIRO, 2011, p. 78). A alocação de responsabilidade sobre um risco a uma das partes significa não só o repasse dos ônus sobre eventuais efeitos desse risco, mas também o repasse das consequências positivas de seu gerenciamento.

Ademais, por meio da apresentação de estudos realizados sobre a matéria, foi possível elencar os principais riscos atrelados às PPPs. A análise desses estudos colocou em evidência que a prática de modelagem de projetos de PPP é, em regra, omissa quando se trata de antecipar a alocação de riscos contratuais. Esse fato ocorre a despeito da lógica econômica subjacente à correta estipulação da matriz de riscos no contrato e sua importância para a eficiência da atividade que está sendo repassada ao particular. A própria Lei de PPP, Lei 11.079/2004, é expressa ao estabelecer que os fatores de risco devem ser alocados de forma objetiva.

Os mecanismos de *self-enforcement* contratuais são imprescindíveis para o alcance do máximo de eficiência possível nas contratações viabilizadas por meio de Parcerias Público-Privadas já que são eles que garantem o respeito à lógica econômica subjacente a este tipo de contratação.

Todavia, a eficiência dos projetos de PPP e a própria viabilização das contratações são influenciadas por fatores extracontratuais que, por vezes são decisivos para o sucesso ou insucesso da modelagem de um empreendimento público por meio de uma Parceria Público-Privada. Com efeito, não basta que o contrato contenha previsões que estipulem uma matriz de risco e mecanismos de mensuração de desempenho adequados, é necessário que haja confiança entre as partes acerca do comprometimento com as obrigações contratuais fixadas.

A confiança da iniciativa privada em relação à Administração Pública, neste particular, envolve questões mais complexas que o simples comprometimento com as obrigações

contratuais. A própria decisão de investir ou não em algum empreendimento público por meio de Parceria Público-Privada implica na confiança do mercado de que os contratos sejam revestidos de *enforceability*, ou seja, de que as obrigações da Administração formalizadas por meio dele poderão ser exigidas e não mecanismos meramente inócuos.

Essa confiança depende, entre outras coisas, da credibilidade do ambiente institucional em que a contratação está inserida, como por exemplo, a reputação do Poder Público concedente no adimplemento de suas obrigações, a capacidade do judiciário local de lidar de forma célere e competente com eventuais disputas, bem como o cenário político e econômico do contratante público.

Passar-se-á a demonstrar, no próximo capítulo, que existem elementos extracontratuais que influenciam na eficiência de um projeto de PPP e, de maneira geral, na sua própria viabilidade.

4 OS ELEMENTOS EXTRACONTRATUAIS QUE INFLUECIAM NA VIABILIZAÇÃO E NA EFICIÊNCIA DOS PROJETOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1 Introdução: a relevância do ambiente institucional para a eficiência das Contratações de PPP

Este trabalho intentou demonstrar, até aqui, que a realização de empreendimentos públicos por meio de Parcerias Público-Privadas está relacionada à busca da prestação de serviços públicos com o melhor uso possível dos recursos disponíveis pela Administração Pública. Nesse sentido, a concretização de uma Parceria Público-Privada se justificará sempre que este modelo possua, no caso concreto, a capacidade de conferir eficiência ao gasto público que será feito para viabilizá-la.

Todavia, a questão da eficiência da contratação de PPP's, como visto, não é assunto de baixa complexidade. Por se tratar, em regra, de transações complexas, isto é, contratações cuja prestação de seus objetos guardam enormes desafios da ordem técnica e cuja duração é prolongada no tempo, a celebração de PPP's envolve custos elevados tanto em momento anterior à assinatura do contrato, como durante a fase de execução contratual, os chamados custos de transação. Conforme apresentado nos capítulos anteriores, os custos de transação podem ser maiores ou menores dependendo dos fatores relacionados à sua coordenação, como o instrumento contratual e as próprias condições da negociação de suas cláusulas e determinações.

Uma PPP eficiente dependerá de estarem presentes, no contexto da contratação, mecanismos de *self-eforcement,* ou seja, mecanismos que garantam o comprometimento das partes com o cumprimento de suas respectivas obrigações. Todavia, a "ênfase sobre contratos formais das [...] teorias econômicas não pode deixar em branco a relevância de elementos extracontratuais que influenciam os contratos" (CORREIA, 2008:104).

Nas palavras de Correia (2008),

> [A] literatura sobre PPP [...] destina atenção principalmente aos incentivos econômicos formais dos contratos – *high-powered* comparativamente aos contratos tradicionalmente celebrados pelo Estado. Mas não se descarta a presença de elementos relacionais[12], que não precisam ser substitutos dos contratos formais, mas

[12] O uso da expressão *elementos relacionais* pelo autor faz referência à Teoria dos Contratos Relacionais de Macneil (1978). O autor a utiliza para se referir aos mecanismos não-econômicos de cooperação entre contratantes

> complementares; [...] o relacionamento extracontratual pode colaborar com o funcionamento dos contratos formais, facilitando a manutenção da estrutura de incentivos sem perda da flexibilidade negocial. (CORREIA, 2008:114).

Nesse sentido, as regras apresentadas pelo ambiente institucional, ou seja, as regras pré-definidas que balizarão o negócio, são importantes para tanto para a celebração de uma PPP eficiente, quanto para a própria viabilização dos projetos por meio desse tipo de contratação. Uma vez que se trata de um compromisso de longo prazo, as características do ambiente institucional dosam as estruturas de incentivos dos contratos e influenciam a credibilidade da Administração Pública aos olhos da iniciativa privada para a implementação de parcerias.

Com efeito, as condições institucionais de determinado ente da Administração, no qual se incluem a sua legislação, a reputação de suas agências reguladoras e o próprio cenário jurídico e político, ainda que não preencham vazios, constituem-se como matrizes da relação contratual (CORREIA, 2008). É de se dizer que "a capacidade do sistema político-institucional de engendrar cooperação de longo prazo influencia o funcionamento das estruturas de governança" (CORREIA, 2008:102). Para ilustrar essa afirmação Correia afirma que "os *high-powerd*incentivos[13] supostos nas PPPs [...] podem ser fragilizados – ou vir acompanhados de prêmio de risco elevado – se não há estabilidade das políticas públicas" (CORREIA, 2008:102).

Considera-se que

> as regras do jogo influenciam não apenas o desenho dos contratos[...] elas interferem com [sic] a eficiência *ex ante* – vez que impactam os riscos, a capacidade de monitoramento e de especificação de resultados, o *enforcement* dos contratos – mas também com a eficiência *ex post*, ao interagir com a incerteza das transações e a confiança entre os atores (CORREIA, 2008:102).

Com efeito, as condições do ambiente institucional repercutem na maior rigidez ou maior flexibilidade dos contratos de PPP, na maior ou menor assunção de riscos pelo particular ou pela Administração Pública (CORREIA, 2008), no próprio valor da contratação e, em última análise, na própria viabilidade da realização da contratação.

Verifica-se que em ambientes em que se apresenta maior risco de reversão de seus processos decisórios, descumprimento das regras contratuais, litígios judiciais, mudanças dos marcos regulatórios e crises fiscais (ou seja, um ambiente institucional que é palco de marcantes

---

como, por exemplo a reputação, que, para o autor é "um ativo que atrai fluxos de recursos para o agente que a detém, e que, consequentemente, possui incentivos para cumprir com acordos – ainda que sem salvaguardas formais" (CORREIA, 2008:98). Além disso, no sentir de Correia (2008:102), "os contratos relacionais enfatizam a importância de elementos informais para a eficiência e flexibilidade de arranjos cooperativos [...].

[13] Incentivos de alta potência, em tradução literal.

incertezas políticas) a celebração de parcerias com o setor privado demanda que, de alguma maneira, seja demonstrada a credibilidade da Administração Pública para contratar e arcar com as suas obrigações contratuais. É preciso, assim, que se adote soluções de *credible commitments* consubstanciados em mecanismos que assegurem "a credibilidade da política regulatória no âmbito das regras do jogo" (CORREIA, 2008:81), de modo a conferir uma mínima previsibilidade nos padrões de interação.

No entanto, considerando que as utilidades públicas se tratam de atividades de elevado consumo pelo usuário-eleitor, possíveis vantagens eleitorais alcançadas com a expropriação do investidor são um perigo a que estão sujeitos os concessionários (CORREIA, 2008). Em muitos casos, a Administração contratante não possui instituições políticas que assegurem que as regras do jogo não serão alteradas, não podendo garantir que, no futuro, o investidor privado não será espoliado (CORREIA, 2008).

Assim, o grau de eficiência de uma contratação de PPP, além de sofrer influência dos mecanismos de incentivo inseridos nos instrumentos contratuais, está relacionado também à credibilidade das instituições públicas contratantes. Essa credibilidade é reflexo do ambiente institucional em que a contratação se insere. Nesse particular,

> quanto maior for a possibilidade de alteração das regras contratuais *ex post* pelo Poder Público, menor é o retorno esperado do investimento - e maiores são as garantias exigidas pelo particular para ingressar na cooperação. Assim, há duas formas de o Estado se comprometer: primeiro, por intermédio de sua reputação construída pelo comportamento responsável precedente, histórico, estando fora do âmbito de mudanças possíveis num horizonte de curto prazo; segundo, comprometimentos violentos que limitam sua capacidade de mudar as regras, mas que podem ser as melhores soluções disponíveis em face da natureza do processo político. (CORREIA, 2008:82)

Com efeito, quando se verificar que o contexto histórico e institucional do ente público não garante relações duradouras, a maneira que, em regra, é utilizada para remediar tal situação é a realização de intervenções rigorosas que restrinjam a discricionariedade do Estado, como, por exemplo, a criação de agências reguladoras, processos administrativos e contratos abrangentes. (CORREIA, 2008).

Essa medida, no entanto, tem como reflexo a diminuição da capacidade de se obter um rápido retorno a determinados eventos relevantes como, por exemplo, impactos socioeconômicos, transformações tecnológicas, novas preferências políticas, entre outros fatos posteriores que venham a ocorrer após os compromissos assumidos com as prestadoras de serviço (CORREIA, 2008).

É de se dizer que

> [E]sses compromissos traduzidos na redução da discricionariedade poderiam limitar a eficiência da regulação por incentivos, na medida em que esta demandaria flexibilidade para a atualização dos *outputs* de serviços, assim como dos níveis de produtividade requeridos do regulado [...]. [o]u maiores riscos seriam retidos pelo Poder Público, ou contratos rígidos provocariam maior custo de transação *ex post* (refletido no maior custo da mudança contratual) ou se pagariam maiores prêmios de risco ao investidor.
> Em ambientes adversos em termos de cumprimento de compromissos de longo prazo, surge, então, um *trade-off* entre credibilidade e flexibilidade, em que a primeira é conquistada à custa da segunda: o Governo abre mão de seu poder de decisão para que seus compromissos sejam críveis, paga um preço maior ou retém maiores riscos. (CORREIA, 2008:82-83).

Correia (2008) com base no estudo de Spiller e Tommasi (2005), apresenta em seu trabalho, um quadro com os determinantes da cooperação política que influenciam a credibilidade regulatória de um país:

Quadro 02 – Fatores determinantes para credibilidade regulatória de um país

Variáveis	Exemplo
Conexões intertemporais entre atores políticos-chave	A continuidade dos atores políticos em interação favorece a cooperação. Partidos políticos consistentes aumentam o horizonte temporal do jogo político.
Tempo e observabilidade dos movimentos	A cooperação será mais difícil de se sustentar se os atos unilaterais do Poder Executivo são difíceis de ser observados pelos investidores privados e verificados pelo Judiciário.
Tecnologias de enforcement	A delegação para uma burocracia capacitada, para um Judiciário independente ou instrumentos de arbitragem com firme amparo legal permitem o cumprimento de transações de longo prazo.

Arena onde as transações políticas são realizadas	Formas de celebração de acordos institucionalizados, por exemplo, no legislativo, engendram cooperação, enquanto a inexistência de fóruns transparentes a obstaculiza.
Estrutura de pay-offs entre períodos	Se a estratégia de descumprir transações traz benefícios de curto prazo para os atores políticos, a cooperação torna-se difícil

Fonte: Correia, 2008, p. 84.

Com efeito, juntamente com a reputação do ente contratante, são as variáveis acima indicadas que podem determinar "se a administração regulatória careceria de proteções extras ou se, diante das qualidades cooperativas do próprio instituto, prescindiria de normas muito rigorosas, vislumbrando-se como um espaço ideal para a regulação através de fomentos. (CORREIA, 2008).

Nesse contexto, o ambiente institucional brasileiro guarda algumas especificidades relevantes de serem levadas em conta quando da decisão de contratação de empreendimento público por meio de PPP e que influenciam sobremaneira nos entraves para a consolidação do instituto como ferramenta de desenvolvimento, como será visto na próxima seção.

4.2 O ambiente institucional brasileiro e o seu reflexo nas contratações de PPP

Como visto nos capítulos anteriores, no Brasil, a Lei de PPP foi criada em um contexto em que já se vinha buscando uma aproximação maior entre a Administração Pública e o setor privado. Nesse particular, a Lei foi considerada, à época de sua criação, "como solução ótima para se enfrentar as carências do país em infraestrutura e, a melhor parte, com ampla participação da iniciativa privada em seu funcionamento" (BICALHO, 2015:355).

Todavia, após quase quinze anos de sua incorporação no ordenamento jurídico, as PPP's não alcançaram a efetividade almejada, ao menos não de acordo com as expectativas criadas à época de sua criação (BICALHO, 2015). Observa-se que a

> visão otimista quanto à avidez esperada dos parceiros privados no financiamento dos projetos foi contraposta pela realidade da pouca disposição para a assunção dos riscos

> inerentes às vicissitudes naturais dos compromissos de longo prazo com o Poder Público, tachado de mal pagador (BICALHO, 2015:355-356)

Na visão dos financiadores privados, os países em desenvolvimento, em regra, apresentam riscos para investimento em empreendimentos públicos que são relacionados à imprevisibilidade das ações de entes governamentais, fora da esfera de controle do parceiro privado, tais como "risco regulatório, desvalorização da moeda local e risco subsoberano (ou seja, risco de entidades subnacionais não honrarem seus compromissos)" (DIETERICH, 2017, p.01).

Ressalta-se que mesmo antes da crise econômica que assolou o país a partir de 2015 e culminou nos rebaixamentos de *ratings de crédito*[14] do Brasil, o Banco Mundial publicou estudo ressaltando a característica de inadimplência do Brasil quando contratante de empreendimentos públicos:

> Brasil construiu uma reputação de credibilidade junto a investidores nacionais e internacionais que o levou a obter o grau de investimento. No entanto, quando se trata de pagamentos a fornecedores e empreiteiros, atrasos nos pagamentos e rescisões contratuais não são incomuns. As razões por trás desse problema têm raízes políticas e estão relacionadas às deficiências no processo orçamentário, planejamento plurianual inadequado, rigidez orçamentária com ampla vinculação das receitas e uma pequena proporção das despesas discricionárias, que leva qualquer ajuste fiscal a depender fortemente da redução do investimento.
> As grandes obras públicas que levam dois ou três anos para serem concluídas, como estradas e canais de irrigação, sofreram com a imprevisibilidade dos financiamentos, o que muitas vezes levou a perdas para os investidores, mas também para o governo devido aos efeitos de encargos e outras despesas adicionais previstas em contrato, tais como pagamentos de compensação.
> A incerteza relativa aos recebíveis é fixada no preço ofertado pelas empresas nas licitações, dado que a alternativa de ações judiciais contra o governo tem eficácia limitada. O governo tem privilégios legais que acabam submetendo as ações judiciais a anos de litígio antes de uma decisão final da justiça, e os bens públicos não podem ser apreendidos por ordem judicial (BANCO MUNDIAL, 2012, p. 68, tradução nossa)[15].

---

[14] *Ratings de crédito* são opiniões emanadas por entidades especializadas em auxiliar investidores sobre o risco de crédito de um emissor, ou seja, sobre a capacidade e a disposição de uma corporação ou governo, em cumprir suas obrigações financeiras integralmente e no prazo. Os ratings de crédito também podem falar sobre a qualidade de crédito de uma emissão de dívida individual, como um título corporativo ou público, e a probabilidade relativa de que o problema possa entrar em *default*. As classificações de crédito não são uma medida absoluta da probabilidade de inadimplência. Como há eventos e desenvolvimentos futuros que não podem ser previstos, a atribuição de classificações de crédito não é uma ciência exata. As classificações de crédito não pretendem ser garantias de qualidade de crédito ou medidas exatas da probabilidade de inadimplência de um determinado emissor ou dívida.

[15] Brazil has built a credible reputation with both domestic and foreign bondholders that has led it to the investment grade category. However, when it comes to payments of suppliers and contractors delays in payments and contract terminations are not uncommon. The reasons behind this problem have political roots and are related to shortcomings in the budgetary process, inadequate multiyear planning, a rigid budget with extensive revenue earmarking and a small proportion of discretionary expenditures, which leads any fiscal adjustment to rely heavily on curtailing investment.
Major public works that take two or three years to be concluded, such as roads and irrigation channels, have suffered from unpredictability of funds, which often leads to losses for investors, but also to the government due to contract fines and other additional expenses, such as compensation payments. The uncertainty related to payments is priced in contractors' bids, as litigation against government default has limited effectiveness. The government has legal privileges that lead lawsuits to take years before a final court decision, and public assets cannot be seized by judicial order.

É interessante observar que a questão da confiabilidade da Administração Pública para contratar foi levada em consideração já pela Lei de PPP's. A Lei reúne instrumentos e alternativas cujo o claro propósito é tornar mais atrativa e confiável, para a iniciativa privada, o estabelecimento de uma relação de longo prazo com a Administração.

A Lei de PPP cuidou de prever expressamente, como visto no capítulo 3, uma série de mecanismos de incentivos para o investimento privado, a exemplo da possibilidade de inclusão de mecanismos de *self-enforcement* nas minutas contratuais, estabelecendo diretrizes para alocação objetiva de riscos[16-17] e, ainda, a previsão que obriga a submissão do edital à consulta pública em momento anterior à sua publicação[18][19]. Todavia, apesar dos esforços legais favoráveis às parcerias, percebe-se que o ambiente institucional brasileiro ainda apresenta óbices à plena implantação das PPP's no país, fazendo com que o instrumento não seja utilizado com todo o seu potencial de conferir eficiência à execução de empreendimentos públicos.

Nesse particular, tanto a literatura sobre o assunto quanto a prática dos projetos de PPP indicam que quatro características do ambiente institucional brasileiro podem ser apontados como os principais responsáveis pela dificuldade enfrentada na implantação de Parcerias Público-Privadas no Brasil: *(i) os entraves do regime jurídico pátrio no que diz respeito a questões de orçamentação e endividamento em função do comprometimento do orçamento público com a remuneração do parceiro privado (BICALHO, 2015); (ii) os choques externos e a alternância política (CORREIA, 2008); (iii) a inflexibilidade das disposições contratuais (CORREIA, 2008); e (iv) o regime de pagamento de créditos judiciais ao qual se submetem os credores das pessoas jurídicas de direito público (DIETERICH, 2017; OLIVEIRA, 2015).*

No que diz respeito aos entraves do regime jurídico pátrio acerca das questões orçamentárias e limitação do endividamento, verifica-se que o Brasil apresenta um modelo rígido para o gasto público. Em regra, não é possível realizar despesas sem que haja a respectiva previsão orçamentária. O administrador que transgredir essa regra poderá ser duramente

---

[16] Art. 4º da Lei de PPP: Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
(...) VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; (BRASIL, 2004).

[17] Art. 5º da Lei de PPP: As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:
(...) III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; (BRASIL, 2004).

[18] Art. 10º da Lei de PPP: A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:
(...)VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; (BRASIL, 2004).

[19] Este tema será abordado de forma mais aprofundada no Capítulo 5.

responsabilizado. Pode-se dizer que as dotações orçamentárias atuam como uma espécie de numerário monitorado pelo Ministério ou Secretaria de Planejamento. Desse modo,

> [N]ão basta haver disponibilidade financeira (dinheiro no caixa do tesouro sob gestão do Ministério ou Secretaria da Fazenda), para que a administração pública possa efetuar determinado pagamento. É indispensável também que a despesa esteja expressamente contemplada no orçamento e a rubrica não tenha sido "congelada" pelo Chefe do Poder Executivo (JUNIOR, 2015, p.442-443).

As medidas de restrições orçamentárias visam preservar a situação fiscal dos entes federativos, de acordo com seus balanços anuais, com o objetivo de garantir a saúde financeira de estados e municípios e a aplicação de recursos nas esferas adequadas, de modo a preservar as próximas gestões. Ganha relevo, nesse cenário, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000) que estabelece, em regime nacional, parâmetros a serem seguidos no que diz respeito ao gasto público de cada ente federativo brasileiro.

Se por um lado a transparência dos gastos é extremamente positiva do ponto de vista da segurança dos gastos públicos, a inflexibilidade orçamentária e a baixa discricionariedade da Administração para adimplemento de despesas imprevistas geram enorme incerteza do mercado em relação aos recebíveis dos contratos celebrados com entes públicos.

A esse cenário, soma-se os desafios advindos dos choques externos e da alternância política, bem como a inflexibilidade que, em regra, verifica-se nos procedimentos administrativos e nas disposições contratuais.

Correia (2008) avalia que, no Brasil, o executivo concentra

> [...] esforços em ganhar autonomia para conferir à política macroeconômica – em face da qual responde diretamente ao eleitorado – a adaptabilidade e a estabilidade desejáveis, concedendo aos parlamentares, nas políticas que se referem a suas bases eleitorais, os recursos necessários para conquistar o apoio legislativo. Haveriam políticas insuscetíveis a choques externos ou alternâncias políticas, como é o caso de saúde e educação, dado a institucionalização obtida a partir da vinculação de verbas orçamentárias; e políticas residuais, que não se inserindo nos grupos anteriores, ficam sujeitas aos choques externos e à alternância política. Dessas dinâmicas resultam grupos de políticas públicas com características dessemelhantes: há políticas "estáveis e adaptáveis" (ex. macroeconômica), fisiológicas (ex. transferências regionais), "rígidas" (ex. saúde) e "residuais" (ex. infra-estrutura). O problema dos investimentos em infra-estrutura custeados por recursos públicos, então, é seu caráter residual no jogo político, agravado pela rigidez do processo orçamentário: é nessa unidade orçamentária que o Poder Executivo tem mais flexibilidade para manejar recursos para cumprir as metas fiscais, sendo também nessa rubrica que os parlamentares têm a prerrogativa de emendar, individual ou coletivamente, a lei orçamentária. Desse quadro resulta que o comportamento das verbas destinadas a investimentos é elástico em relação aos ciclos econômicos [...], ficando submetido às preferências do Poder Executivo, o que influenciaria as PPPs, cujo custeio é total ou parcialmente pago pelo Estado (CORREIA, 2008, p. 109-110).

Com efeito, o mercado vislumbra um risco de que eventuais mudanças de ordem política ou choques externos, como por exemplo desvalorização cambial extraordinária, afetem os fluxos financeiros do projeto.

Além disso, apesar dos avanços obtidos com os ímpetos reformistas no que diz respeito a uma nova concepção de contratualidade administrativa, cujas premissas são baseadas na ideia de paridade da Administração em suas relações contratuais, observa-se ainda no cenário brasileiro, "uma interpretação inflexível da Lei de Licitações [...] que não conferiria maiores liberdades de disposição contratual" (CORREIA, 2008, p. 115), resultando em um ambiente que possibilita pouco ou nenhum diálogo sobre o objeto da contratação. Verifica-se uma cultura de resistência à retirada de prerrogativas exorbitantes do Poder Público, impactando na flexibilidade das disposições contratuais.

Esse cenário de insegurança acerca do recebimento das contraprestações em caso de investimento em empreendimentos públicos é amplamente agravado pelo regime brasileiro de pagamento de créditos judiciais ao qual se submetem os credores das pessoas jurídicas de direito público, o regime de precatórios.

O regime de precatórios consiste em um procedimento previsto na Constituição da República, segundo o qual os pagamentos resultantes de decisões judiciais devidos pelas Fazendas Públicas federal, estaduais, distrital e municipal serão quitados conforme critérios e ordens prefixados na Carta Magna. (DIETERICH, 2017). Nesse particular, o artigo 100 da Constituição da República estabelece que

> Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (BRASIL, 1988).

Fica claro que o sistema de pagamentos por precatórios no Brasil implica um reforço da insegurança do mercado em investir em empreendimentos públicos.

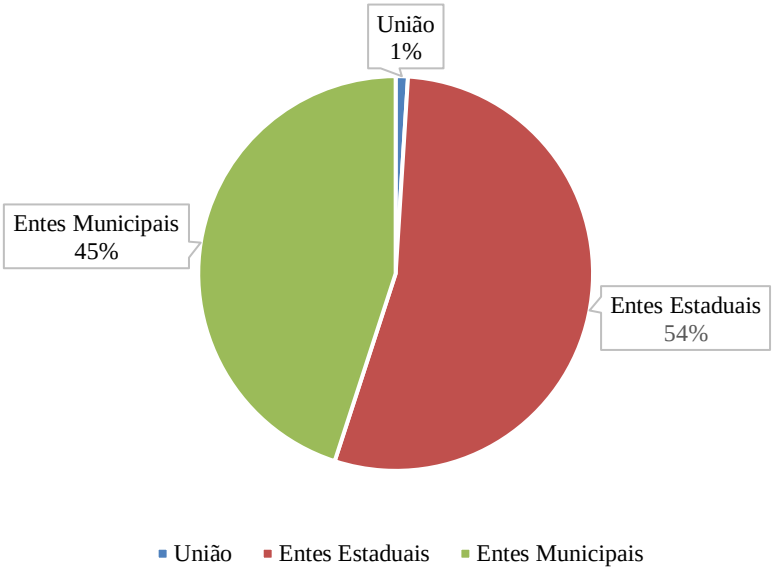
No caso de uma PPP, "se o poder concedente deixasse de efetuar algum pagamento devido à concessionária, o remédio desta seria cobrar judicialmente a dívida, e, caso vencedora, aguardar o pagamento do precatório" (DIETERICH, 2017, p. 32). Ocorre que não é nenhuma novidade que o sistema de precatórios no Brasil é tão sobrecarregado, que o seu recebimento só se dá após uma longa espera por quem os detém. A dificuldade para o recebimento de dívidas

por meio dos precatórios é tão grande que, na prática, o que se verifica é um verdadeiro salvo-conduto para o inadimplemento da Administração Pública em relação às suas obrigações.

Isso porque as decisões judiciais que condenam à administração a cumprir as suas obrigações restam sem qualquer efetividade (OLIVEIRA, 2015). É por esse motivo, que a sistemática do pagamento de precatórios pode ser considerada um incentivo para a adoção de práticas negociais descompromissadas por parte do Poder Público (OLIVEIRA, 2015) e, consequentemente, um desincentivo ao investimento privado nos empreendimentos realizados por ele.

Dieterich (2017) apresenta um levantamento de autoria do Conselho Nacional de Justiça demonstrando que o total da dívida em precatórios acumulados até junho de 2014 pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios contabiliza o montante de R$ 97.374.208.527,24 (noventa e sete bilhões trezentos e setenta e quatro milhões, duzentos e oito mil, quinhentos e vinte e sete reais e vinte e quatro centavos), sendo os estados os responsáveis pela maior parcela da dívida, conforme indica o gráfico abaixo:

Gráfico 01 - Dívida Consolidada - União, Estados e Municípios



FONTE: Conselho Nacional de Justiça apud DIETERICH, 2017, p. 33.

Dieterich (2017) apresenta, ainda, dados que demonstram que os prazos para o pagamento dos precatórios no Brasil enfrentam constantes mudanças desde a promulgação da Constituição da República, fator que agrava ainda mais o descrédito do instituto. Considera-se que,

> Diante da histórica instabilidade associada ao descumprimento de prazos e formas de pagamentos estabelecidos, a administração pública viu negativamente afetada a percepção de seu "risco de crédito" frente ao setor privado. Assim, o interesse por investimentos que possam se tornar precatórios é reduzido, comprometendo a viabilidade de projetos de grande vulto (DIETERICH, 2017, p. 32).

Nesse contexto, a figura das garantias às contraprestações públicas em benefício dos particulares é uma solução para remediar os entraves causados à implantação de PPPs. A possibilidade de instituição de garantias prestadas pela Administração Pública em benefício dos particulares é um dos aspectos mais relevantes dos contratos de PPP. Diante de contextos de instabilidade política e econômica, a previsão de mecanismos garantidores capazes de mitigar os riscos assumidos pelo parceiro privado é fundamental para a viabilização dos empreendimentos e, ainda, para a execução mais eficiente dos empreendimentos executados por meio de PPPs.

É de se dizer que o oferecimento ao setor privado de "uma estrutura de garantias sólidas e com relativa facilidade na execução, os riscos podem ser substancialmente reduzidos e os projetos se tornam mais atraentes" (DIETERICH, 2017, p. 33).

A estruturação de garantias públicas em projetos de parcerias público-privadas é, portanto, também um caminho que visa a assegurar que o parceiro privado não terá que recorrer ao moroso sistema de precatórios para a satisfação de seu crédito.

Tanto o mecanismo é relevante para viabilização e eficiência das contratações de PPPs, que a possibilidade de se garantir o cumprimento das obrigações de adimplemento do Poder Público é determinado pela própria Lei de PPP. O mecanismo se traduz como verdadeira maneira de se estabelecer um *credible commitment* da Administração de que honrará com suas obrigações contratuais em face do particular.

O art. 11, parágrafo único, da Lei de PPP[20], prevê que o edital da concorrência especificará as garantias da contraprestação do parceiro público para o privado, apresentando, no art. 8º[21], conforme já detalhadamente tratado neste trabalho, quais serão essas garantias. O

---

[20] Art. 11 da Lei 11.079/2004, parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

[21] Art. 8o As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:
I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
VI – outros mecanismos admitidos em lei.

regime de garantias é o meio encontrado para "recompor o patrimônio vertido pelo concessionário (e manter a remuneração que sua proposta vencedora o credenciou) quando o poder concedente porventura descumprir a obrigação a que se vinculou" (OLIVEIRA, 2015:459).

As próximas seções tratarão das hipóteses de garantias das obrigações pecuniárias públicas previstas na Lei de PPP, ressalvando a questão da necessidade de que estas sejam suficientemente líquidas para assegurar a atratividade do negócio para o parceiro privado.

4.3 O sistema de garantias públicas como principal instrumento de *credible commitment* da Administração para remediar os entraves ocasionados pelo ambiente institucional brasileiro às contratações de PPP

4.3.1 O sistema de garantias previsto na Lei de PPP's

Conforme demonstrado até aqui, em função das características dos objetos contratuais das Parcerias Público-Privadas (notadamente a necessidade de vultosos investimentos e extenso período de vigência), a existência de contraprestação pecuniária ou, em alguns casos, de um subsídio público, configura-se como elemento imprescindível para a viabilidade do empreendimento, pois só assim o investidor privado vislumbrará um retorno atrativo para os seus investimentos. São somados a esta realidade

> (i) o risco de que eventuais mudanças de ordem política afetem os fluxos financeiros dos projetos; (ii) o histórico de pagador do governo brasileiro, em todas as esferas da Federação; e (iii) o regime de pagamentos por meio de precatórios (artigo 100, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, daqui em diante referido como "Constituição da República"), ao qual se submetem os credores das pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e municípios, suas autarquias e fundações públicas de direito público) (DIETERICH, 2017, p 7).

Nesse particular, as garantias públicas, como já destacado, se traduzem como verdadeira ferramenta para o estabelecimento de um *credible commitment* da Administração de que honrará com suas obrigações contratuais em face do particular. Sobre a matéria, destacam-se as lições de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2007, p. 193):

> [...] ao garantir as obrigações pecuniárias do parceiro público, procura-se oferecer segurança aos parceiros privados. O objetivo é evitar que eventuais mudanças de

> orientação política afetem os fluxos financeiros dos projetos, por meio da ausência de pagamento das contraprestações pecuniárias.

Em última instância, a garantia contratual tem o condão de reduzir custos para a obtenção dos financiamentos, haja vista o incremento da segurança do projeto proporcionado por sua constituição.

Diferentemente do regime de contratação previsto na Lei Federal 8.987/1995 para as concessões comuns, as receitas do particular em contratos de PPP decorrem integralmente (no caso de concessão administrativa) ou parcialmente (no caso de concessão patrocinada) de pagamentos realizados pelo próprio Poder Público, na forma de aporte ou contraprestação pecuniária. Dessa forma, a garantia das obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública assume grande importância inclusive na sustentabilidade e na viabilidade econômica da PPP, variando de acordo com o volume dessas mesmas obrigações de titularidade da contratante em cada contrato de PPP.

Também no que concerne aos mecanismos de *self-enforcement* contratuais em PPPs, a instituição de garantias pelo Poder Público representa um dos principais mecanismos de mitigação de riscos assumidos pelo parceiro privado, o que, em última instância, contribui para a competitividade da licitação, bem como para a apresentação de propostas mais vantajosas ao Poder Público em razão da redução dos custos para a obtenção dos financiamentos, haja vista o incremento da segurança do projeto proporcionado pela constituição da garantia.

O art. 8º da Lei Federal 11.079/2004[22] previu a possibilidade de serem prestadas garantias pela Administração Pública em benefício dos parceiros privados por meio de (i) vinculação de receitas, (ii) instituição ou utilização de fundos especiais, (iii) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras, (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, (v)

---

[22] Diretrizes previstas no art. 8º da Lei Federal 11.079/2004:
"Art. 8º: As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:
I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
VI – outros mecanismos admitidos em lei." (BRASIL, 2004)

garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade[23] e (vi) outros mecanismos admitidos em lei.

Em verdade, as hipóteses previstas na Lei de PPP, com exceção da contratação do seguro-garantia, não representam modalidades de garantias no sentido técnico-jurídico. A rigor, uma garantia é um contrato, ou uma obrigação acessória, pelo qual um sujeito garantidor se obriga a satisfazer o crédito da obrigação principal caso esta não venha a ser adimplida pelo devedor principal. Nesse sentido, as modalidades clássicas de garantia são aquelas indicadas no Código Civil e na legislação de Direito Privado, entre as quais o penhor, a anticrese, a hipoteca e a alienação fiduciária, (espécies de garantia real); e a fiança e o aval (espécies de garantia fidejussória). Nas palavras de Guimarães (2009, p. 20):

> Vista pelo prisma jurídico, a temática da concessão de garantias não é unidimensional. Pode-se referi-la, por exemplo, como expressão de um regime contratual, ou, ainda, como expressão de conduta administrativa de cunho financeiro. A garantia, como um meio técnico-jurídico acautelatório, veste o figurino jurídico de uma obrigação, perfazendo um negócio jurídico. Como tal, respeita ao direito do contrato. Pode estar relacionada tanto a direitos reais, como a direitos pessoais. Essas duas posições referentes ao direito das garantias recobrem as diversas tipologias que se põem sob o rótulo jurídico gênero das garantias acautelatórias: penhor, anticrese e hipoteca, quanto às garantias reais; fiança, aval e solidariedade quanto às garantias pessoais.

Com efeito, os incisos do art. 8º da Lei Federal 11.079/2004, com exceção do seguro-garantia, na realidade indicam fontes de recursos ou medidas orçamentárias que podem ser utilizados pela Administração Pública para prestar garantias em contratos de PPP por meio de uma das modalidades previstas no ordenamento jurídico.

Nas seções seguintes, será apresentada uma exposição de cada uma das figuras previstas no art. 8º da Lei Federal 11.079/2004, de modo a detalhar cada uma das hipóteses de garantia que podem ser incluídas em um contrato de PPP.

4.3.1.1 Vinculação de receitas

A vinculação de receitas consiste na determinação, do ponto de vista orçamentário da Administração Pública, de uma finalidade específica para uma fonte de receitas de titularidade

---

[23] No tocante à hipótese de fundo garantidor, a Lei Federal 11.079/2004 também previu a criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, no art. 16:
"Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei." (BRASIL, 2004)

do Poder Público (GUIMARÃES, 2009, p. 08). Tal como advertido no próprio art. 8º, I, da Lei Federal 11.079/2004, as receitas decorrentes de impostos não podem ser objeto de vinculação, por expressa vedação do art. 167, IV, da Constituição da República[24].

No caso específico de contratos de PPPs, as receitas assim vinculadas são utilizadas para garantir o adimplemento de obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública perante o parceiro privado. Nesse sentido, a vinculação de receitas, enquanto "modalidade" de garantia, tal como prevista na legislação, apresenta-se como garantia no sentido genérico do termo, constituindo-se como uma espécie de "garantia orçamentária" (RIBEIRO&PRADO, 2007; GUIMARÃES, 2009).

Como exemplo corrente no contexto fático atual, pode ser citada a vinculação das receitas da contribuição para custeio de iluminação pública (CCIP) para o adimplemento de obrigações pecuniárias da Administração em contratos de PPPs municipais que tenham por objeto a delegação dos serviços de iluminação pública. Neste caso, a receita que seria aferida pelo Município por meio da cobrança da CCIP é previamente destinada à satisfação das obrigações pecuniárias no âmbito da PPP.

É certo que a vinculação de receitas como uma "garantia" reforça a inclusão em leis orçamentárias das dotações previstas para o pagamento das contraprestações públicas no âmbito das PPPs, o que reduz determinados "riscos políticos" para a destinação de verbas para pagamento dos contratos.

Por outro lado, a garantia apenas orçamentária da vinculação das receitas pode não oferecer segurança jurídica suficiente aos parceiros privados, já que, no caso de inadimplemento do parceiro público, não há um patrimônio afetado ou destacado do patrimônio do próprio ente público a ser acionado. Nesse caso, inexistindo uma forma de garantia no sentido técnico-jurídico do termo, existe grande risco de o inadimplemento do Poder Público resultar em uma execução judicial, movida pelo parceiro privado, em face do ente público, sujeito ao regime de precatórios de acordo com o art. 100 da Constituição da República[25].

---

[24] Art. 167 da CF/88:
"Art. 167: São vedados:
[...]
IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;" (BRASIL, 1988)

[25] O art. 100 da CR/88 dispõe:
"Art. 100º: Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta

Com isso, a previsão da vinculação de receitas pode não atingir os fins desejados pelo parceiro privado e pela própria Administração, no sentido de reduzir os riscos envolvidos na contratação e incentivar a apresentação de propostas mais vantajosas nas licitações de PPPs.

Por essas razões, diversas modelagens de parcerias público privadas preveem mecanismos contratuais específicos para a instituição e a operacionalização da garantia da vinculação de receitas. Usualmente, esses mecanismos envolvem um sistema de "travas bancárias", que tem por finalidade justamente conferir maior segurança jurídica ao parceiro privado[26].

Nessas hipóteses, as modelagens contratuais estabelecem a obrigação do parceiro público de celebrar contratos com o parceiro privado e com uma instituição financeira, prevendo a abertura de conta bancária (normalmente chamada de "conta vinculada"), na qual devem ser depositados os valores correspondentes às receitas vinculadas. As instituições financeiras ocupam a função de depositárias desses valores e ficam então responsáveis por administrar essas contas, com a obrigação de manter ou reter quantias suficientes para garantir as obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público.

Nesses casos, a garantia é usualmente operacionalizada por meio de um contrato de penhor sobre os direitos creditórios da conta na qual são depositados os valores oriundos da vinculação das receitas, constituindo-se, assim, uma forma específica de garantia para a PPP no sentido técnico-jurídico do termo. Havendo o inadimplemento do Poder Público, o contrato deve prever o acionamento do agente fiduciário para a realização de repasse de valores depositados na "conta vinculada" diretamente para a conta de livre movimentação do parceiro privado.

Em razão da relativa solidez desse tipo de *enforcement* contratual, o sistema de "travas bancárias" tem sido constantemente utilizado em diversas PPPs no Brasil. Todavia, a eficácia desse modelo de garantia depende da capacidade do fluxo de recebíveis das receitas vinculadas a serem depositadas nas contas de garantia. O referido fluxo deve ser suficiente para a manutenção do saldo da garantia definido em cada contratação.

---

dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim." (BRASIL, 1988)

[26] Esta foi a modelagem adotada, por exemplo, na PPP de iluminação pública do Município de Belo Horizonte, que previa a vinculação de receitas da CCIP para o pagamento e a garantia em benefício do parceiro privado no contrato, por meio de mecanismos de "trava bancária" como se verifica em: http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?app=pbh&idConteudo=223352http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?app=pbh&idConteudo=223352

4.3.1.2 Instituição ou utilização de fundos especiais

A garantia prestada por meio de fundos especiais é bastante semelhante ao contexto envolvendo garantias prestadas das garantias por vinculação de receitas. De acordo com a Lei Federal 4.320/1964, que estatuiu as normas gerais de direito financeiro para elaboração de orçamentos e balanços dos entes governamentais no Brasil, o fundo especial consiste no produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços.[27-28]

Pela definição legal, portanto, os fundos especiais constituem-se do próprio patrimônio do ente responsável por sua criação, sendo desprovidos de obrigações e direitos próprios, sujeitando-se ao mesmo regime jurídico da entidade que o instituiu, submetendo-se, assim, ao regime de direito público, inclusive no que diz respeito ao regime de precatórios.

A rigor, os fundos especiais são um mecanismo de planejamento e de execução orçamentária, que preveem a vinculação de receitas dos entes públicos para finalidades específicas. A peculiaridade dos fundos especiais do ponto de vista orçamentário, quando comparados à simples vinculação de receitas, é que ao final do exercício o saldo não utilizado pelo fundo permanece na conta do próprio fundo, não retornando ao caixa único do Tesouro.

Diante desse cenário, a lógica da garantia prestada por um fundo especial, a princípio, é a mesma daquela proveniente de vinculação de receitas: trata-se de uma garantia meramente "orçamentária", que caso não seja operacionalizada por meio de mecanismos específicos de garantia, ou um sistema de "trava bancária", conforme abordado na seção anterior, pode não oferecer segurança jurídica considerada suficiente para o parceiro privado.

4.3.1.3 Contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras

---

[27] Essa definição encontra-se disposta no art. 71 da Lei 4.320/1964:
"Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação." (BRASIL, 1964)

[28] Essa definição é complementada pelas seguintes disposições do Decreto Federal 93.872/1986:
"Art. 71. Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo.
§ 1º São Fundos Especiais de natureza contábil, os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinados a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional.
§ 2º São Fundos Especiais de natureza financeira, os constituídos mediante movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica." (BRASIL, 1964)

Diferentemente das demais figuras previstas no art. 8º da Lei Federal 11.079/2004, a contratação de seguro-garantia representa uma garantia propriamente dita, e não apenas uma fonte de receita ou um mecanismo orçamentário de vinculação de receitas. Trata-se efetivamente de um contrato acessório que visa a assegurar o adimplemento de uma obrigação principal assumida pelo tomador do seguro, neste caso, o Poder Público, perante o segurado, isto é, o parceiro privado.

Devendo ser obrigatoriamente contratado com uma seguradora não controlada pela Administração Pública, o seguro-garantia visa a cobrir os riscos de inadimplemento do ente público, de forma que, ocorrendo um sinistro, a seguradora se encarrega de realizar o pagamento ao parceiro privado. Neste particular, o seguro-garantia se apresenta, em geral, como uma modalidade de garantia com boa solidez para o parceiro privado, considerando sua liquidez e os riscos usualmente por ela cobertos.

Ocorre que os elevados custos de contratação de um seguro-garantia, via de regra, fazem com que essa modalidade de garantia não represente opção viável para a Administração Pública, em razão das condições de mercado e do fato de esses custos serem proporcionais aos próprios riscos assegurados (RIBEIRO&PRADO, 2007).

Nas palavras de Ribeiro e Prado (2007, p. 229-230),

> Parece não haver no mercado seguradoras dispostas a assumir o risco de não pagamento de contraprestações públicas em contratos que podem chegar a 35 anos. Por certo, se houver, é provável que exijam um prêmio de risco excessivamente elevado, o que acabaria por inviabilizar sua utilização prática, ao menos enquanto a percepção de risco do Governo brasileiro se mantiver elevada neste particular.
> Pensamos que essa modalidade de garantia deva se restringir, assim, nesse primeiro momento, àquelas parcerias em que (i) a contraprestação pública constitua parcela pouco significativa, de maneira que o risco a ser segurado seja de pequeno montante, ou (ii) o prazo do seguro-garantia seja diminuto, o que também permitirá minimizar grandemente o risco.

Considerando os longos prazos de vigência dos contratos de PPP, bem como o volume financeiro das contraprestações pecuniárias a serem pagas pela Administração Pública, os riscos a serem segurados terminam por encarecer os custos de contratação de um seguro-garantia pelo Poder Público, desestimulando sua utilização nos contratos de PPP (RIBEIRO&PRADO, 2007).

4.3.1.4 Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras

O inciso IV do art. 8º da Lei Federal 11.079/2004 prevê a possibilidade de instituições financeiras e organismos internacionais prestarem garantias nos contratos de PPP (BRASIL, 2004).

Como já afirmado, trata-se da indicação de uma "fonte" dos recursos necessários para a prestação da garantia, e não a garantia em si, que deverá ser prestada por meio da celebração de um contrato ou pela definição de uma obrigação acessória de garantia capaz de assegurar a satisfação de eventuais débitos inadimplidos pela Administração Pública em face do parceiro privado.

Acerca do conceito de "instituição financeira", importa anotar a redação do art. 17 da Lei Federal 4.595/1964, que traz a seguinte definição:

> Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. (BRASIL, 1964)

As entidades que se enquadrarem na referida definição legal, e que não sejam controladas pelo Poder Público (à semelhança do disposto com relação às seguradoras prestadoras de seguro-garantia) poderão, assim, prestar eventuais garantias em contratos de PPP celebrados pela Administração Pública.

A Lei Federal 11.079/2004 prevê também a possibilidade de que a garantia nos contratos de PPP seja prestada por organismos internacionais (BRASIL, 2004). A este respeito, vale destacar que diversos organismos internacionais multilaterais atuam no setor de infraestrutura como fontes de recursos, seja para o financiamento dos empreendimentos, seja para atuarem como entidades garantidoras.

Exemplos de organismos internacionais que possuem esse tipo de atuação são o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Ambas as entidades foram responsáveis pela aplicação de recursos financeiros para a viabilização, por exemplo, da PPP do metrô da Linha 4 (amarela) de São Paulo[29].

O BID também tem fornecido recursos, por meio de acordos celebrados com a Companhia Paulista de Parceiras – CPP, empresa estatal controlada pelo Estado de São Paulo

---

[29] Conforme noticiado pelo Governo do Estado de São Paulo em: http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/governo-assina-contratos-com-banco-mundial-e-bid-para-investimentos-de-us-1-37-bi/

que tem por objetivo a celebração de contratos de PPP, a prestação de garantias e a participação no capital de outras empresas, de forma a viabilizar a constituição de garantias em contratos de parceria púbico-privada.

A esse respeito, extraem-se as seguintes informações do Manual de PPPs (2015, p. 157-158) editado pelo Governo do Estado de São Paulo[30]:

> Merece destaque a atuação de agentes financiadores internacionais, tais como o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Japan Bank for International Cooperation (JBIC), sem prejuízo de outros, que recorrentemente têm figurado como financiadores de projetos nacionais, em especial no Estado de São Paulo.
> Exemplo desta experiência no financiamento internacional de projetos é a PPP da Linha 4 do Metrô do Estado de São Paulo, que contou com apoio financeiro tanto do Banco Mundial, via aportes do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), quanto do JBIC. A tendência é a expansão destas experiências, sobretudo em virtude dos acordos firmados entre o Governo do Estado de São Paulo e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em 2015, para que este órgão multilateral possa fornecer garantias a projetos de PPPs do Estado, mediante atuação como agente garantidor de créditos junto à Companhia Paulista de Parcerias (CPP).

Nesse particular, vale apenas diferenciar as garantias prestadas diretamente por organismos internacionais, tal qual a hipótese prevista no inciso IV do art. 8º da Lei Federal 11.079/2004, daquelas garantias prestadas por empresas estatais (ainda que com recursos provenientes de aportes ou empréstimos de organizações internacionais), hipótese tratada no tópico apresentado a seguir.

4.3.1.5 Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal

À semelhança do que se expôs acerca das instituições financeiras e das organizações internacionais, fundos garantidores ou empresas estatais representam apenas as entidades ou fontes de recursos que serão utilizados na prestação de uma eventual garantia, que deve ser operacionalizada por meio de um contrato específico de garantia ou obrigação acessória relativamente ao contrato de PPP.

---

[30] Manual de Parcerias do Estado de São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf.

A criação, tanto de um fundo garantidor, quanto de uma empresa estatal, depende de autorização legal[31]. Em paralelo, o funcionamento específico de cada fundo garantidor ou empresa estatal que possa prestar garantias em contratos de PPP dependerá das previsões de seus respectivos atos constitutivos e/ou regulamentos.

Como exemplo de fundos garantidores, pode ser citado o Fundo Garantidor de Infraestrutura, que substituiu o FGP federal previsto na Lei Federal 11.079/2004.

No tocante a estatais garantidoras, servem de exemplo a já citada Companhia Paulista de Parcerias – CPP – e a PBH Ativos, empresa estatal que tem como acionistas o Município de Belo Horizonte, a PRODABEL – Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte S/A – e a BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A. –, tendo como um de seus objetivos previstos em seu estatuto auxiliar o Município em projetos de concessão ou de parceria público-privada, podendo, para tanto, dar garantias ou assumir obrigações.

4.3.1.6 A instituição e a extinção do FGP federal e sua substituição pelo FGIE enquanto fundo garantidor

A Lei Federal 11.079/2004, no art. 16, tinha autorizado a União, seus fundos especiais, autarquias, fundações públicas e estatais dependentes a participar, no limite global de R$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), no Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP (BRASIL, 2004). O FGP federal, nos termos legais, tinha por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais.

Entre as principais características do FGP federal contidas na Lei, cumpre destacar sua natureza privada e a previsão de que seu patrimônio seria separado do patrimônio dos cotistas, sendo o FGP federal sujeito de seus próprios direitos e obrigações[32].

---

[31] Acerca da previsão de autorização legislativa para constituição de empresas estatais vale destacar o art. 37, XIX da Constituição da República, o art. 5º, III do Decreto-Lei 200/1967, o art. 263 da Lei Federal 6.404/1976. Acerca da instituição de fundos de qualquer natureza, destaca-se a previsão do art. 167, IX, da Constituição.

[32] A este respeito vale destacar o teor dos §§ 1º e 5º do art. 16 da Lei Federal 11.079/2004:
"Art. 16. [...] §1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.
§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem." (BRASIL, 2004)

A preocupação do legislador, neste particular, caminhou no sentido de assegurar a não incidência do regime de direito público sobre os recursos do FGP federal. Sendo uma entidade de direito privado, sujeito de direitos e obrigações próprias, conforme determina a Lei Federal 11.079/2004, não se poderia dizer que os recursos do FGP federal estariam contemplados na categoria de bens púbicos previstos no art. 98 do Código Civil.[33]

Da mesma forma, sendo um ente distinto da Administração Pública, cujo patrimônio era eminentemente privado, uma eventual execução contra o FGP federal não estaria sujeita ao regime de precatórios, previsto no já citado art. 100 da Constituição Federal.

Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro discorrem nesse sentido ao comentar a natureza jurídica e o regime aplicável ao FGP:

> Sem dizer expressamente que o FGP dispõe de personalidade jurídica própria, o §1º do art. 16 da Lei de PPP lhe confere as características essenciais de um ente dotado de personalidade jurídica.
> [...] o dispositivo em comento atribui ao Fundo a natureza de direito privado. Desta forma, o FGP deve receber tratamento idêntico ao de uma pessoa jurídica de direito privado.
> [...] o FGP deve receber o tratamento de pessoa jurídica de direito privado, pois detém as características essenciais. Logo, os bens do FGP não são bens públicos.
> [...]
> Por não constituírem bens públicos, os ativos que compõem o patrimônio do FGP podem ser dados em garantia sem restrições, mesmo do tipo real, eis que não estão onerados por características de inalienabilidade e impenhorabilidade. [...] Além disso, uma execução contra o FGP implica pagamento por ente distinto das Fazendas Federal, Estadual, ou Municipal, e, por isso, não se sujeita à regra de pagamento por meio de precatórios (RIBEIRO&PRADO, 2007, p. 347-348, 350-351)

Assim, a instituição do FGP federal, enquanto entidade garantidora de patrimônio próprio, regulado pelo regime de direito privado, visava a oferecer maior eficácia e segurança às garantias a serem prestadas nos contratos de PPPs, minimizando os riscos assumidos pelo parceiro privado e, consequentemente, os custos de financiamento dos projetos de PPP.

Todavia, embora tenha sido efetivamente instituído, tendo sido formulados seus respectivos estatuto e regulamento, o FGP federal não concedeu qualquer garantia ao longo de toda a sua existência[34]. A própria União (única cotista do FGP federal) realizou o resgate de parte dos recursos de sua titularidade que tinham sido aportados no fundo e transferiu o restante de suas cotas, por meio do Decreto Federal sem número de 16/02/2016, à Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF.

---

[33] Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. (BRASIL, 2002)

[34] Conforme informação disponível no próprio site da ABGF: http://www.abgf.gov.br/negocios/fundo-garantidor-de-infraestrutura/.

A rigor, a transferência das cotas do FGP federal para a ABGF tinha como objetivo centralizar o procedimento de constituição de garantias e de gestão de fundos garantidores em uma única estrutura, especializada em avaliações de risco, proporcionando maior eficiência às garantias prestadas.[35]

Por conseguinte, o FGP federal foi extinto em 16/05/2017, na 11ª Assembleia Geral Ordinária do Fundo, tendo em vista que a própria ABGF, centralizando a estrutura de garantias da Administração Pública Federal, já detinha mecanismos próprios para prestar garantias a parcerias público-privadas.

A ABGF é uma empresa pública, cuja autorização para criação foi concedida pela Lei Federal 12.712/2012, tendo por objetivo a concessão de garantias de diversas naturezas, bem como a constituição, a administração, a gestão e a representação de fundos garantidores e fundos de outras naturezas.

A mesma Lei 12.712/2012 também autorizou a União a participar, na qualidade de cotista, no Fundo Garantidor de Infraestrutura – FGIE, administrado e representado pela ABGF.

O FGIE, cujas estrutura e natureza jurídica são semelhantes às do extinto FGP federal (por ser dotado de patrimônio próprio e também ser sujeito de direitos e obrigações próprias e submetido ao regime de direito privado), tem a finalidade de garantir, direta ou indiretamente, contratos de concessões e parcerias público-privadas, observadas as condições de seu estatuto.[36]

Nesse particular, o FGIE, do ponto de vista da eficácia e da solidez das garantias a serem por ele constituídas, tem as mesmas vantagens anteriormente oferecidas pelo FGP federal, no sentido de afastar a incidência do regime de direito público sobre os recursos utilizados na constituição da garantia prestada aos particulares em contratos de concessão e PPPs. Com a recente extinção do FGP, o FGIE acabou tornando-se seu substituto, enquanto fundo específico para a constituição de garantia de PPPs federais.

---

[35] Conforme informação disponível no próprio site da ABGF: http://www.abgf.gov.br/negocios/fundo-garantidor-de-infraestrutura/.

[36] Nesse sentido, dispõe o art. 1º do Estatuto do Fundo Garantidor de Infraestrutura - FGIE:
"Art. 1º O Fundo Garantidor de Infraestrutura – FGIE, constituído pela Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF, regido pelo presente Estatuto e pelas demais disposições legais e regulamentares que lhe forem aplicáveis, terá prazo de duração indeterminado. § 1º O FGIE, de natureza privada, tem patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas e da Administradora, estará sujeito a direitos e obrigações próprias, não contará com qualquer tipo de garantia ou aval por parte do poder público e responderá por suas obrigações até o limite dos bens e direitos integrantes do seu patrimônio. § 2º O FGIE tem por finalidade garantir, direta ou indiretamente, cobertura para risco de crédito, risco de performance, risco de descumprimento de obrigações contratuais ou risco de engenharia."

Ainda assim, o FGIE, até o momento, ainda não prestou nenhuma garantia de qualquer tipo, por encontrar-se, atualmente, em fase de capitalização e modelagem de garantias para projetos de infraestrutura.[37]

4.3.1.7 Demais mecanismos admitidos em lei para a concessão de garantias

A previsão no inciso VI do art. 8ª da Lei Federal 11.079/2004 tem caráter subsidiário e visa a estender, o tanto quanto possível, as modalidades e formas para a prestação de garantias das obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público em contratos de PPP.

Dessa forma, as garantias a serem prestadas nos contratos de Parceiras Público-Privadas não estão limitadas às fontes de recursos previstas expressamente na Lei Federal. Basta que a modalidade ou a forma de garantia a ser prestada esteja de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, estando incluídas, a princípio, todas as formas de garantia previstas no Código Civil e na legislação de Direito Privado. A disposição legal, nesse sentido, visa a dar maior liberdade na modelagem de soluções de garantia que possam ser admitidas nos contratos de PPP.

4.3.2 As dificuldades envolvidas na concessão de garantias de fácil execução para assegurar o pagamento das obrigações contraídas pela Administração Pública

As modalidades de garantias do rol da Lei de PPPs apresentam "diferentes níveis de complexidade, segurança e atratividade, que devem ser sopesados na determinação da modalidade de garantia mais adequada ao caso concreto" (DIETERICH, 2017, p. 08).

O estudo realizado por DIETERICH (2017) indica que, entre as modalidades de garantias previstas na Lei de PPP, no Brasil, utiliza-se, basicamente três: vinculação de receitas, fundos garantidores e penhor. O autor apresenta um quadro em que resume os mecanismos de garantias adotados pelos Estados Federados:

Quadro 03 – Mecanismos de garantias adotados pelos Estados Federados

Estado	Possui Lei de PPP?	Possui mecanismo de garantia operacional?	Qual?
Acre	Não	-	-

[37] Conforme informação disponível no próprio site da ABGF: http://www.abgf.gov.br/negocios/fundo-garantidor-de-infraestrutura/.

Alagoas	Sim	Não	-
Amapá	Sim	Não*	-
Amazonas	Sim	Sim	Fundo garantidor
Bahia	Sim	Sim	Fundo garantidor e mecanismo de pagamento
Ceará	Sim	Sim	Conta vinculada
Distrito Federal	Sim	Sim	Conta vinculada
Espírito Santo	Sim	Sim	Conta vinculada
Goiás	Sim	Sim	Companhia de investimentos e parcerias
Maranhão	Sim	Sim	Fundo garantidor
Mato Grosso	Sim	Sim	Fundo garantidor e companhia de investimentos e parcerias
Mato Grosso do Sul	Sim	Sim	Fundo garantidor
Minas Gerais	Sim	Sim	Fundo garantidor e companhia de investimentos e parcerias
Pará	Sim	Não	-
Paraíba	Sim	Não*	-
Paraná	Sim	Não*b	-
Pernambuco	Sim	Sim	Fundo garantidor
Piauí	Sim	Sim	Fundo garantidor
Rio de Janeiro	Sim	Não*	-
Rio Grande do Norte	Sim	Sim	Fundo garantidor
Rio Grande do Sul	Sim	Não	-
Rondônia	Sim	Sim	Conta vinculada
Roraima	Não	-	-
Santa Catarina	Sim	Sim	Fundo garantidor e companhia de investimentos e parcerias
São Paulo	Sim	Sim	Companhia de investimentos e parcerias
Sergipe	Sim	Não*	-

Tocantins	Sim	Não*	-

Fonte: DIETERICH, 2017, p. x

O estudo realizado por Dieterich (2017) indica que as Leis Estaduais de PPP, em regra, se limitaram a repisar o conteúdo da Lei Federal de PPP e as garantias previstas ficaram adstritas, em sua maioria, em uma "mera previsão de um fundo garantidor, o qual, frequentemente, sequer foi tornado operacional" (DIETERICH, 2017, p. 01).

Com efeito, não é de se admirar que as Administrações Estaduais enfrentam sérias dificuldades para concessão de garantias de fácil execução para assegurar o pagamento de suas obrigações. Não é exagerado afirmar, assim, que a constituição de garantias públicas com liquidez consiste, hoje, em um dos fatores de maior entrave para a celebração de contratos de PPP. Destaca-se que "muitas vezes, a decisão de investimento do agente econômico, no âmbito de uma parceria público-privada, depende fundamentalmente da percepção sobre a qualidade da garantia oferecida pelo parceiro público" (JÚNIOR, 2015:440).

O não estabelecimento de garantias que sejam exercitáveis "compele o particular contratado a ingressar em juízo para obter a indenização correspondente" (OLIVEIRA, 2015, p. 460), recaindo no mesmo problema da dificuldade de recebimento que originou a própria necessidade de que as contraprestações públicas fossem garantidas.

Assim, não basta que seja uma garantia cuja execução demande o acionamento do Poder Judiciário e resulte no recebimento da obrigação por meio precatório judicial ou que seja ofertada a mesma garantia que à um amplo universo de credores. Para cumprir seu fim, a garantia ofertada deve ser sólida, passando uma clara mensagem de que será efetiva caso haja inadimplemento do pagamento tempestivo da contraprestação pública. Aplica-se aqui a mesma lógica que levou a inserção da previsão das garantias na Lei de 11.079/2004: a necessidade de demonstração de um *credible commitment* de que a Administração irá adimplir suas obrigações de pagamento, fazendo com que a percepção do mercado veja o empreendimento como um bom investimento, com um risco de inadimplência baixo.

As garantias a serem prestadas PPPs devem apresentar um grau razoável de segurança jurídica, a fim de evitar que sejam apenas uma provisão para a realização de pagamentos, incapaz de efetivamente garantir eventual inadimplemento do Poder Público. O ideal é que a garantia do inadimplemento do Poder Público tenha o mesmo grau de liquidez da prestação da obrigação garantida, o que se apresenta como um enorme desafio para o Poder Público.

Para seu adequado funcionamento, o mecanismo de garantia dos contratos de PPP necessita de que os bens a ele vinculados possuam qualidades como "volume, liquidez, solidez,

enforceability e segurança jurídica" (DIETERICH, 2017, p. 01). Em regra, os Estados brasileiros "não possuem ativos com a qualidade adequada para esse fim" (DIETERICH, 2017, p. 01). Por isso, "os mecanismos de garantias estaduais muitas vezes não logram êxito no cumprimento de seus objetivos" (DIETERICH, 2017, p. 01), culminando em uma maior dificuldade dos Estados de viabilizarem e atingirem eficiência nas suas contratações de PPP.

Nesse particular destaca-se como exemplo o impasse verificado entre o Governo do Distrito Federal e a concessionária responsável pela execução do Contrato de PPP do Centro Administrativo do Distrito Federal. Originariamente, a garantia contratual seria prestada pela Terracap e, suplementarmente, pelo Fundo Garantidor do Distrito Federal – FGP-DF, por meio de depósitos de recebíveis em uma conta específica. Contudo, uma vez verificado o inadimplemento do Governo do Estado, constatou-se ainda a inexistência de depósito dos recebíveis que deveriam dar lastro à garantia da PPP, o que não só inviabilizou a continuidade da execução dos serviços, como originou uma série de conflitos na esfera judicial e no Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF, sendo que situação foi amplamente divulgada na mídia[38].

4.4 Conclusões preliminares

O presente capítulo buscou demonstrar que a implementação do máximo de eficiência e a própria viabilização das contratações de PPP dependem, além da introdução nos contratos de mecanismos que garantam o comprometimento das partes com o cumprimento de suas respectivas obrigações, variam também de acordo com os fatores extracontratuais nos quais as contratações estão inseridas.

Os fatores extracontratuais, muitas vezes, são decisivos para o sucesso ou insucesso da modelagem de um empreendimento público por meio de uma Parceria Público-Privada. Não basta que o contrato contenha previsões que estipulem uma matriz de risco e mecanismos de

---

[38] O Jornal Valor Econômico publicou a seguinte reportagem:
"Também ficou nas mãos dos gestores recém-empossados da capital uma dívida, que já chega a R$ 19 milhões, com a concessionária responsável pela construção e operação do novo centro administrativo do DF. Para piorar: a conta bancária onde deveriam ter sido depositadas as garantias da PPP estava zerada.
A situação provocou um impasse entre o consórcio, formado pela Odebrecht e pela Via Engenharia, e o atual governo. As duas empresas, que tomaram empréstimos do Santander e da Caixa Econômica Federal (CEF) para financiar as obras, alegam estar sem dinheiro para honrar seus compromissos com os bancos.
Enquanto isso, Rollemberg se agarra a duas decisões — uma do Tribunal de Justiça e outra do Tribunal de Contas do Distrito Federal —para blindar-se das pressões da concessionária. As decisões suspendem, em caráter liminar, tanto os pagamentos mensais da PPP como o depósito das garantias. Um dos argumentos é que o Distrito Federal vive uma crise orçamentária sem precedentes e deve priorizar a normalização dos serviços essenciais. O Ministério Público também denuncia várias irregularidades no contrato." (Reportagem veiculada em 5 de fevereiro de 2015 pelo Jornal Valor Econômico. Disponível em: http://www.valor.com.br/brasil/3894210/em-situacao-de-penuria-distrito-federal-da-calote-inedito-em-ppp).

mensuração de desempenho adequados, é necessário que haja confiança entre as partes acerca do comprometimento com as obrigações contratuais fixadas.

Com efeito, a eficiência e viabilidade de um empreendimento público via PPP depende de uma visão holística sobre todos os elementos capazes de influenciar, de alguma maneira, o cenário de contratações. A preocupação sobre a formalização dos contratos demonstrada pelas teorias econômicas nos capítulos anteriores não retira a relevância das particularidades extracontratuais envolvidas no cenário da celebração de uma PPP. Um projeto pode ser impecavelmente modelado e não possuir atratividade caso inserido em um contexto considerado adverso. Do mesmo modo, o cuidado com os elementos extracontratuais tem importante papel para tornar projetos de PPP viáveis, mas não tornam bons, projetos ruins.

Assim, levar em consideração os elementos extracontratuais quando da elaboração dos projetos, como as características do ambiente institucional e os principais entraves à implementação de projetos de PPP é imprescindível para a busca de contratações de projetos viáveis e eficientes. Isso porque são exatamente esses elementos que nortearão a percepção das partes sobre a *enforceability* das condições contratuais. Em outras palavras, os elementos extracontratuais dão o tom acerca do grau de confiança que se estabelecerá entre as partes que, por sua vez, ou pode inviabilizar a contratação desde o início ou pode agregar custos a ela.

A questão da confiança é especialmente importante para o interesse da iniciativa privada em investir nos empreendimentos públicos. Como já dito neste trabalho, os projetos de PPP, em regra, envolvem a necessidade de investimento de vultosas quantias pelo parceiro privado. O interesse na realização do projeto de uma PPP, assim, está ligado à percepção da iniciativa privada de que aquele será, dentre várias possibilidades de negócio, uma oportunidade atrativa do ponto de vista financeiro. Ao mesmo tempo, muitas vezes, os projetos dependerão de financiamentos de instituições financeiras que também farão um juízo de valor sobre o cenário extracontratual e sobre a credibilidade do ente contratante no momento de decidir financiar ou não o particular interessado em realizar o empreendimento em questão.

Assim, a decisão de investir ou não em algum empreendimento público por meio de Parceria Público-Privada implica na confiança do mercado de que as obrigações da Administração formalizadas por meio dos contratos poderão ser exigidas e não serão mecanismos inócuos. Essa confiança, por sua vez, depende do ambiente institucional em que a contratação está inserida, notadamente pela reputação do ente contratante no que concerne à sua capacidade de adimplemento de suas obrigações, a capacidade do judiciário local de lidar

de forma célere e competente com eventuais disputas, bem como o cenário político e econômico do contratante público.

No caso do Brasil, este capítulo demonstrou que ainda existem características do seu ambiente institucional que são prejudiciais ao estabelecimento de uma relação de confiança do mercado para contratar com a Administração Pública. Mesmo com condições adversas para a contratação, todavia, é possível a utilização de mecanismos para mitigar a desconfiança e contornar os desafios que eles impõem as contratações de projetos de PPP. É o caso, por exemplo, da concessão de garantias públicas aos contratos conforme se demonstrou ao longo do capítulo.

Todavia, quaisquer que sejam essas medidas para contornar os problemas e entraves às contratações de PPP, a discussão sobre os termos da negociação será determinante para a viabilização e implementação de eficiência aos projetos licitados. Somente assim os problemas antevistos por quaisquer interessados no projeto poderão ser discutidos de forma prévia a licitação, sendo possível conjugar esforços no sentido de buscar alternativas para mitiga-los.

Nesse particular, ainda que o ambiente institucional não apresente condições ótimas para o investimento, a conjugação de esforços e a discussão sobre as condições negociais podem reduzir os altos custos que muitas vezes são acrescidos ao contrato apenas pela visualização de um cenário institucional potencialmente adverso e retiram a potencial eficiência que poderia ser gerada pela celebração de uma PPP. Outras vezes, o projeto nem chega a ir para frente porque não aparecem interessados nas licitações para realiza-los.

Ocorre que, especificamente no caso de celebração de contratos entre a Administração Pública e a iniciativa privada, ainda não foi superada a postura adversarial que, em regra, caracteriza esse tipo de relação no Brasil. A despeito dessa cultura da parceria encontrar-se na gênese da própria Lei de PPPs, a efetiva colaboração entre a Administração e a iniciativa privada encontra-se ainda em grau embrionário no Brasil. A cultura estabelecida até então é uma cultura de desconfiança em detrimento de uma cultura de parceria e, que, em regra, impede uma maior horizontalização das relações entre as partes e, consequentemente, inviabiliza o diálogo sobre o negócio. A falta de diálogo sobre o negócio, por sua vez, potencializa a desconfiança entre as partes e impede a construção de uma relação voltada à conjugação de esforços para remediar entraves que serão nocivos ao empreendimento. Caso esse ciclo não seja quebrado, as contratações via PPP nunca atingirão o seu potencial de desenvolvimento.

Nesse particular, um instituto desponta como instrumento capaz de incrementar maior sinergia entre a Administração Pública e a iniciativa privada e, dessa maneira, contribuir para

remediar os entraves e problemas inerentes às contratações de PPP, inclusive àqueles relativos a um cenário institucional com certo grau de adversidade: o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI.

Como será tratado no próximo capítulo, o PMI consiste em um procedimento administrativo em que é oportunizado à iniciativa privada contribuir com as modelagens dos projetos de PPP, ou seja, em momento anterior à licitação. O PMI, como será visto, se bem conduzido, pode servir como um espaço de diálogo e trocas entre a Administração e os interessados no projeto de PPP, representando ganhos em consensualidade para o projeto.

Com efeito, destacados os principais pontos relativos à lógica econômica dos contratos de PPP, bem como demonstrada a importância do alinhamento de incentivos para o alcance do máximo de eficiência possível nas contratações viabilizadas por meio de Parcerias Público-Privadas, bem como a relevância também das condições extracontratuais para esse tipo de contratação, passar-se-á a demonstrar, no próximo capítulo, como o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser uma medida apta a remediar os entraves ao desenvolvimento das PPPs e garantir maior índice de viabilização dos projetos e uma maior eficiência nas estruturas desse tipo de contrato.

5 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE APOIO AO PLANEJAMENTO DE PPPs

5.1 Introdução: breves contornos teóricos sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)

A definição de Procedimento de Manifestação de Interesse não é unânime na literatura[39]. Segundo Palma (2015), a dificuldade de conceituar o instituto deriva-se do fato de que ainda é "um modelo em experimentação", e sua análise pela literatura ainda "é limitada no presente estágio de desenvolvimento do tema" (PALMA, 2015, p. 121). Para os fins deste trabalho, no entanto, o conceito de PMI será apresentado sem maiores digressões filosóficas acerca do instituto, bastando para o propósito a definição que mais se aproxime de suas características práticas.

Com efeito, de maneira simplificada, pode-se dizer que o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) é "um procedimento administrativo consultivo por meio do qual a Administração Pública concede a oportunidade para que particulares, por conta e risco, elaborem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas" (SCHIEFLER, 2015, p. 03).

A intenção é que, por meio do PMI, os entes da administração direta ou indireta que estejam objetivando contratar determinado empreendimento por meio da celebração de concessão comum ou parceria público-privada obtenham "de interessados, estudos, dados, informações, projetos, enfim, informações técnicas sobre determinado negócio de interesse público e privado" (MONTEIRO, 2015, p.145).

Os estudos e projetos a serem apresentados pelos interessados são apresentados em um procedimento administrativo instaurado para esse fim específico, iniciado por meio de um Edital de Chamamento Público, instrumento em que serão apresentadas instrumento onde serão apresentadas as regras aplicáveis à licitação pública e ao futuro contrato. A realização do procedimento não gera, necessariamente, a obrigação de ressarcimento aos interessados pelos gastos relativos ao procedimento, a obrigação de elaboração do material ou do lançamento da licitação (SCHIEFLER, 2015).

---

[39] Moreno (2016) dedica um tópico inteiro de sua tese de doutorado para a discussão da delimitação conceitual do PMI. A autora faz algumas problematizações relevantes acerca do tema que, por sua profundidade e especificidade, não serão reproduzidas neste trabalho.

O PMI encontra sua fundamentação legal no art. 21 da Lei 8.987/1995[40] e no art. 2º da Lei 11.922/2009[41]. O art. 21 da Lei 8.987/1995, Lei de Concessões, estabelece a possibilidade de a "administração pública obter do setor privado estudos, investigações, levantamentos e projetos, para embasar a modelagem de futura contratação" (RESENDE, 2015, p. 42). Já a Lei 11.992/2009 autoriza, em seu art. 2º, que os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estabeleçam suas normas para regular o procedimento administrativo de estimulo à apresentação de estudos e projetos de concessão comum ou PPPs.

A finalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse é institucionalizar "o diálogo público-privado a respeito de um projeto de interesse público liderado pelo Estado" (PEREIRA, 2011, p. 03). Nesse sentido, o PMI se constitui como um espaço em que podem ser ouvidos os interesses dos particulares interessados no empreendimento, incorporando suas observações entre os objetos de debate. É possível verificar o que esses interessados "entendem por conveniente e o que percebem como mais adequado, proveitoso e útil para o projeto" (SCHIEFLER, 2015, p. 03).

Nesse particular, pode-se dizer que o PMI é, em última análise, uma decorrência do direito constitucional de participação. Ele se constitui como verdadeira manifestação das "diferentes feições do princípio da participação popular tomado em seu sentido amplo" (MORENO, 2016, p. 37), na medida em que é instrumento que possibilita o exercício da democracia (MORENO, 2016)[42].

É de se dizer que o PMI tem sua legitimidade alicerçada na "aspiração dos particulares ao planejamento participativo das soluções públicas e no anseio por acesso e controle das informações de interesse público" (SCHIEFLER, 2013, p. 191). Nas palavras de Schiefler (2013, p. 191):

---

[40] Art. 21 da Lei 8.987/1995: "Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital" (BRASIL, 1995).

[41] Art. 2º da Lei 11.992/2009: "Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada" (BRASIL, 2009).

[42] Moreno (2016), todavia, ressalva que, dentro de uma concepção de democracia participativa, especialmente quando concebida em seu aspecto substancial (e não procedimental), "o PMI poderia parecer um instrumento de participação paradoxal, na medida em que é justamente o mercado o ator mais ativo nesses procedimentos" (MORENO, 2016, p. 38) e, assim, não se prestaria à "libertação das coações do mercado" (MORENO, 2016, p. 38). Conclui que "para além do fato de ser a participação um direito de todos os administrados (o que inclui por óbvio os agentes do mercado), há ao menos um outro instrumento de participação popular – qual seja, a consulta pública [...] com a vocação de influenciar as decisões com os interesses dos demais atingidos pela futura concessão" (MORENO, 2016, p. 38). Dessa maneira, estes instrumentos seriam complementares, prestando-se a "viabilizar os anseios de diferentes grupos por diferentes meios" (MORENO, 2016, p. 38).

> Em uma primeira análise, o Procedimento de Manifestação de Interesse, ao conferir oportunidade de planejamento compartilhado com os particulares, expande as possibilidades de participação para além dos interesses econômicos – o que seria representado pelos interessados em explorar a concessão –, pois também confere a mesma oportunidade a interessados em outras matizes do projeto, sejam esses interesses sociais, ambientais ou políticos, que passam a também contar com tal oportunidade de planejamento compartilhado, no mínimo, para conhecer os projetos ou até para influenciar os seus meandros. E estender de forma ampla a oportunidade para colaborar com o planejamento de uma solução pública é um passo firme no sentido da materialização da democracia (SCHIEFLER, 2013, p. 191).

Destaca-se que, uma vez que a autorização para a realização de estudos sobre projetos a serem concedidos abre canais de diálogo com os particulares interessados em realizá-los, a partir do momento em que a Administração os autoriza, cria para si a obrigação de "fornecer informações, de analisar os estudos e de emitir uma decisão justificando a adoção, total ou parcial, ou a rejeição dos estudos apresentados" (MORENO, 2016, p. 71).

Parece claro que tais características do PMI fazem com que ele se diferencie de um mero procedimento competitivo para a escolha de um projeto a ser licitado (MORENO, 2016). Por tal motivo, a modelagem de projetos com o auxílio do PMI é vista como uma possibilidade para incrementar transparência na fase interna da licitação do futuro empreendimento. Ao tornar públicas as condições em que são elaboradas as premissas do procedimento licitatório e da modelagem contratual, prioriza-se a transparência da relação entre os particulares interessados em realizar o empreendimento e o Poder Público sem que seja prejudicada a isonomia do certame a ser eventualmente realizado.

Verifica-se que o PMI "vem sendo utilizado pela Administração Pública com frequência cada vez maior. Atualmente, mais de uma centena de procedimentos de manifestação de interesse já foram lançados pela Administração Pública brasileira" (SCHIEFLER, 2015, p. 04). Atendendo ao disposto no já citado art. 2º da Lei 11.992/2009, cada vez mais estados e municípios vem promulgando seus decretos a fim de regulamentar o recebimento de estudos e projetos de concessão comum e PPP (SCHIEFLER, 2015).

Em regra, do ponto de vista prático, o PMI vem sendo visto pela Administração Pública como uma maneira de obter, compilar, organizar e receber informações sobre projetos de forma mais ágil e eficiente e sem a necessidade de dispor de recursos de maneira imediata para a modelagem de projetos.

Entre as vantagens que mais comumente são apontadas em relação à utilização do PMI em modelagens de projetos complexos de concessões comuns e PPPs, encontra-se a redução da inevitável assimetria de informação entre o setor público e o setor privado que existe nesse tipo

de contratação. A capacidade do PMI de servir como um espaço de diálogo sobre o empreendimento a ser realizado é vista, em regra, de forma positiva. Considera-se que o PMI auxilia no desenvolvimento da Administração Pública, uma vez que proporciona o aproveitamento da expertise da iniciativa privada pelo Poder Público, de modo a capacitá-lo sobre os contornos dos riscos e das implicações de um determinado projeto.

A despeito de sua popularidade e potenciais vantagens ao interesse público, a utilização do PMI implica a tomada de alguns cuidados pela Administração Pública. É preciso que os gestores públicos responsáveis pela contratação saibam "o que" pedir e "como pedir" dos interessados na realização dos estudos nos editais de PMI (SILVA, 2016) para que o instituto atinja sua finalidade precípua. Além disso, é imperioso que a Administração saiba "avaliar criticamente os insumos recebidos do mercado para transformá-los em um edital robusto e competitivo" (SILVA, 2016, p. 86).

Nesse particular, considera-se que a utilização do PMI como instrumento de apoio ao planejamento de projetos pela Administração Pública envolve ainda um extenso rol de questões sem resposta. Esta seção teve como objetivo apresentar de forma breve e sucinta os contornos teóricos do instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse, com fins introdutórios.

Este trabalho parte do pressuposto de que as questões envolvidas na conceituação e no marco legal do PMI já vêm sendo objeto de exaustivas considerações pela produção acadêmica disponível sobre o assunto e, por isso, não seria útil reproduzi-las com profundidade temática já tão bem delineada.

Partindo das breves considerações introdutórias sobre o PMI constantes desta seção, buscar-se-á tratar, ao longo do presente capítulo, das problemáticas envolvidas na utilização do instituto como instrumento auxiliar no planejamento de Parcerias Público-Privadas. Serão apresentadas, em primeiro lugar, as questões relacionadas aos desafios do planejamento de Parcerias Público-Privadas, levando-se em consideração a teoria envolvida na modelagem desse tipo de contrato, com base na teoria apresentada nos capítulos anteriores.

Na sequência, buscar-se-á demonstrar que a capacidade do PMI de se instituir como espaço de diálogo com a iniciativa privada para a realização de projetos de PPP culmina em sua potencialidade para a promoção da redução dos custos inerentes à celebração desse tipo de projeto e, consequentemente, em sua capacidade de contribuir com a eficiência dos empreendimentos contratados em parceria com o setor privado.

Objetiva-se verificar, ao final deste capítulo, quais fatores estão relacionados ao uso do PMI como verdadeiro instrumento capaz de viabilizar um espaço de negociação das condições

da contratação do futuro empreendimento a ser licitado por meio de PPP e cujos efeitos reflitam em verdadeiro aumento da eficiência do projeto e redução de seus custos inerentes.

5.2 O PMI como instrumento de auxílio ao planejamento de Parcerias Público-Privadas

5.2.1 O planejamento de projetos de Parcerias Público-Privadas

As considerações propostas nos capítulos anteriores se prestaram a apresentar a lógica econômica dos contratos de PPP, bem como os mecanismos capazes de conferir a maior eficiência possível da delegação realizada por meio da PPP. Considera-se, neste trabalho, que uma visão holística sobre a operacionalização da modelagem de um contrato de PPP é essencial para o sucesso dos projetos dessa natureza. A compreensão sobre a finalidade de uma PPP do ponto de vista econômico – a prestação da atividade pública com o menor dispêndio de recursos possível – e sobre os mecanismos contratuais que podem ser utilizados para perseguir tal finalidade é um elemento essencial para entender a complexidade envolvida no planejamento de um projeto por meio de Parceria Público-Privada pela Administração Pública.

Também o conhecimento sobre as influências de elementos extracontratuais que influenciam na elaboração dos projetos, como as características do ambiente institucional e os principais entraves à implementação de projetos de PPP é imprescindível para a busca de contratações de projetos viáveis e eficientes.

Como se sabe, o processo de contratação pelo Poder Público divide-se em duas fases, a fase interna e a fase externa. Nas palavras de Palma (2015, p. 119):

> Na primeira, o Poder Público avalia a oportunidade e conveniência de realizar uma determinada contratação e, no âmbito do *procedimento interno*, desenvolve os estudos técnicos e recolhe toda ordem de informação necessária (instrução processual) à elaboração do *edital de licitação*, da *minuta de contrato* e dos demais documentos que integrarão o certame licitatório, como o projeto básico e o projeto executivo.
> A segunda fase corresponde exatamente ao *processo de licitação*, competitivo e imparcial, no qual os interessados apresentam as suas correspondentes propostas e documentos que atestem a capacitação necessária para levar a cabo o objeto licitado visando à adjudicação do contrato em disputa.

Assim, a própria decisão de prestar uma atividade pública por meio de uma PPP depende do domínio, pela Administração Pública, de elementos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos suficientes a fim de verificar a conveniência e a oportunidade da contratação, procedimentos realizados durante a fase interna da licitação.

Não por acaso, a própria Lei Federal 11.079/2004[43] dispõe sobre tal necessidade. A Lei de PPP prevê que a celebração de contratos dessa natureza deve ser precedida de autorização da autoridade competente baseada em estudo técnico que demonstre:

(i) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

(ii) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo de Metas Fiscais previstos na Lei de Responsabilidade

[43] Nesse sentido, dispõe o art. 10 da Lei de PPP:
"Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:
I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:
a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
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; e
c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;
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 – 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;
V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e
VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.
§ 1o A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo 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 ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.
§ 3o As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.
§ 4o Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica." (BRASIL, 2004)

Fiscal[44], devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

(iii) a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação das diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal[45] pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

Diferente não poderia ter sido o referido mandamento legal. A etapa que antecede o lançamento de edital para contratação de uma PPP é de inegável importância. É nesse momento em que serão escolhidos os mecanismos de coordenação responsáveis pela eficiência da contratação que, por sua vez, se garantirá que a PPP cumpra seu objetivo primordial de aumentar a eficiência na execução da atividade por meio de sua transferência à iniciativa privada.

Com efeito, para contornar os desafios inerentes à contratação de PPPs, apresentados nos capítulos anteriores, é imprescindível que o setor público possua recursos e intensa capacidade de planejamento na chamada fase interna das licitações.

Nas palavras de Schiefler (2013, p. 130):

> O dever de bem planejar é corolário do princípio da eficiência, registrado no artigo 37 da Constituição Federal, e decorre da obrigação de que a gestão das funções do Estado sejam eficientes e eficazes, interpretada a partir do inciso II do artigo 74 da Constituição Federal. Não há eficiência ou eficácia sem planejamento. O planejamento está permeado como pressuposto de toda atividade administrativa e de toda atividade econômica, é o mínimo que se espera do agente público competente para tomar decisões que afetam a coletividade. Tanto é assim que toda a atividade financeira do Estado deve ser antes planejada. Nada pode descobrir o erário à sorrelfa de um projeto bem justificado e aprovado (SCHIEFLER, 2013, p. 130).

Nesse particular, a "delegação de uma utilidade pública não pode ser encarada como um mero ato de vontade, mas como uma opção política, robusta, profunda, sólida, compatível com os valores buscados pela sociedade" (SHIEFLER, 2013, p. 131). A Administração Pública tem uma obrigação de diligência relacionada a sua decisão de transferir a execução de serviços públicos aos particulares, tendo o dever de "modelar o projeto minuciosamente, detalhadamente, com responsabilidade e habilidade" (SHIEFLER, 2013, p. 131).

---

[44] Dispõe o art. 4º, § 1º da Lei Complementar 101/2000:
"§1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes." (BRASIL, 2000)

[45] Diretrizes constantes, especificamente, dos arts. 29, 30 e 32 da Lei 101/2000. (BRASIL, 2000)

É de se dizer que o interesse público por trás da decisão de celebração de uma PPP tem maior probabilidade de ser atingido quanto mais bem planejado for seu projeto (SCHIEFLER, 2013, p. 132). A modelagem do projeto é a etapa em que "são realizados os estudos de viabilidade a respeito da prestação dos serviços públicos que será concedida à iniciativa privada" (PEREIRA, VILELLA & SALGADO, 2012. p. 05). Tais estudos consistem em profundas investigações sobre as questões atinentes à atividade que será concedida, principalmente relacionadas a sua estruturação jurídica e econômico-financeira (PEREIRA, 2011, p. 03-04).

No caso das PPPs, como visto nos capítulos anteriores, as características do empreendimento a ser realizado vão influenciar de forma crucial a tomada de decisões sobre a modelagem de contratação a ser adotada. Além de ser o momento em que a Administração Pública terá conhecimento sobre os detalhes técnicos e operacionais envolvidos no projeto (como a expectativa de custos, a população que poderá ser beneficiada ou diretamente afetada, a maneira menos dispendiosa para sua execução, a forma de medir o desempenho dos serviços), ou seja, os elementos que nortearão o projeto, também é nesse momento que será pensada sua modelagem. Nesse contexto, o resultado dos estudos realizados é que vai indicar como e quais mecanismos de *self-enforcement* contratuais poderão ser utilizados para incrementar a eficiência da contratação.

Além disso, as obrigações de desempenho do particular serão medidas com base nas características objetivas da atividade a ser prestada por ele e nos resultados esperados com a contratação. É preciso, assim, que estejam muito claros os elementos envolvidos na produção do resultado que é esperado. Apenas a partir do levantamento dos estudos da fase interna é que será possível escolher, com menor chance de equívocos prejudiciais à eficiência do projeto, o conjunto de disposições que fixarão a estrutura de indicadores de desempenho do contrato, seu sistema de pagamentos, as penalidades previstas pelo descumprimento contratual, sua matriz de risco e o sistema de equilíbrio econômico-financeiro.

A complexidade envolvida nas análises demandadas durante a fase interna de uma licitação faz com que a iniciativa de prestar determinado serviço público, principalmente por meio de uma Parceria Público-Privada, envolva a necessidade de que a preparação para a realização da contratação tenha a participação de um corpo técnico suficientemente preparado.

Ocorre que, em regra, a disponibilidade de um corpo técnico especializado não é uma realidade em todos os órgãos públicos no Brasil. Na verdade, essa disponibilidade nem mesmo seria eficiente. Em virtude "da complexidade dos projetos necessários à atividade

administrativa, sobretudo em se tratando de [...] parcerias público-privadas, seria necessário que a administração mantivesse em seu corpo técnico uma diversidade de profissionais especializados" (RESENDE, 2015) que, no final das contas, não seria bem aproveitada. Isso porque

> [...] se não há muitos projetos a serem estruturados, a referida equipe ficaria ociosa e aos poucos perderia sua expertise. Além disso, os desafios na estruturação de projetos são diversos e evolvem múltiplas áreas do conhecimento, de modo que seria um desafio manter uma equipe de servidores em prontidão para dar conta da estruturação de projetos peculiares (PEREIRA, 2011. p. 10).

Com efeito, é possível que a administração contrate consultores externos para a "elaboração de estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos, pareceres, perícias e avaliações em geral [...] com fulcro na Lei 8.666/93, por meio da realização de licitação e, eventualmente, da contratação direta [...]" (RESENDE, 2015, p. 55). Todavia, tais contratações demandam, obviamente, a existência de "disponibilidade orçamentária, uma vez que os valores relativos aos estudos selecionados serão pagos pela administração em sua integralidade" (RESENDE, 2015, p. 55). A disponibilidade orçamentária para a realização de contratações, consultoria e realização dos estudos técnicos nem sempre é a realidade dos órgãos públicos.

Nesse particular, o desafio orçamentário para a produção dos estudos necessários à celebração de PPPs faz com que o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) seja visto como uma alternativa interessante para a viabilização desse tipo de projeto (SILVA, 2016). Como visto na seção anterior, o PMI permite que o setor público obtenha estudos de viabilidade acerca do empreendimento que se pretende executar, a partir de manifestações de empresas e de consultores externos interessados em disputar a celebração de futuros contratos administrativos. Com efeito, o mecanismo do PMI "representa uma das formas existentes para obtenção de contribuições e de estudos junto ao próprio mercado" (SILVA, 2016, p. 86).

O PMI é tido como vantajoso[46] uma vez que, nele, "a administração não remunera diretamente o particular pelos estudos realizados" (RESENDE, 2015, p. 55). Os estudos elaborados pelos particulares podem ser ou não objeto de remuneração. Na hipótese de haver expressa previsão de remuneração, "as propostas selecionadas serão remuneradas, caso efetivamente utilizadas pela administração, pelo vencedor da eventual licitação" (RESENDE, 2015, p. 55).

---

[46] Mais à frente neste capítulo serão enfrentados os possíveis desafios do PMI.

Em se tratando de PPP, isso não quer dizer que a Administração Pública se desonerará completamente do pagamento, uma vez que ela será a responsável, no mínimo, pelo pagamento de uma parcela das contraprestações devidas ao vencedor da licitação que, por óbvio, "precifica o pagamento dos estudos no valor oferecido pela outorga" (RESENDE, 2015, p. 52). Todavia, o PMI, nesses casos, se prestará como um expediente de "desorçamentação" desses estudos, uma vez que não será preciso um "comprometimento prévio orçamentário para elaboração dos projetos" (RESENDE, 2015, p. 52).

Essas, no entanto, não são as principais vantagens potenciais do PMI no que concerne à necessária dinâmica de planejamento das PPPs. Nesse particular, mais que constituir-se como uma maneira de capacitação da Administração Pública sobre o objeto a ser licitado ou como uma forma de viabilizar a fase interna da licitação do ponto de vista orçamentário, o PMI é uma alternativa interessante para incrementar a fase de planejamento de Parcerias Público-Privadas com maiores recursos capazes de reduzir os custos inerentes à transação.

Por ser um instrumento apto a garantir um diálogo entre a iniciativa privada e o Poder Público, em momento prévio à elaboração e ao lançamento do edital de licitação, sobre os aspectos relacionados à futura contratação, o PMI propicia que sejam definidos, de forma mais precisa, os elementos da estruturação do empreendimento a ser contratado via PPP (SILVA, 2016).

Por meio dele, é possível escutar o que a iniciativa privada tem a dizer sobre o projeto, permitindo-se que se estabeleça uma negociação das condições da transação que será instrumentalizada por meio do contrato de PPP. Também é possível ouvir o setor privado sobre o modo que potencialmente gerará a mitigação dos riscos na contratação e na execução do empreendimento, além dos próprios custos nela envolvidos (SILVA, 2016).

Na próxima seção, tratar-se-á das potencialidades da utilização do PMI como ferramenta auxiliar no planejamento de projetos de PPP. Neste particular, buscar-se-á realizar uma abordagem que dialogue com os desafios de estruturação de um projeto de PPP apresentados nos capítulos anteriores, demonstrando como o PMI pode ser útil a remediá-los ou, ao menos, torná-los menos custosos.

5.2.2 O PMI como ferramenta auxiliar ao planejamento de projetos de PPP

Como visto nos capítulos anteriores, a tendência de um caráter gerencial de Administração Pública, inaugurada a partir da década de 1990, trouxe novos elementos para

sua relação com o setor privado. Houve uma "mudança da cultura de a Administração Pública se relacionar com particulares, incentivando-se a abertura do procedimento interno à participação administrativa" (PALMA, 2015, p. 119). Nesse sentido:

> Ao invés de tomar o particular como *adversário* ou mero destinatário da decisão administrativa final, [...] este passa a ser um constante colaborador do Poder Público nas diversas fases relativas ao exercício de funções públicas, em especial na tomada de decisões administrativas, no exercício de funções públicas e no controle da execução dessas atividades. A uniformidade excessiva do modelo burocrático de gestão público ('one-size-fits-all') cede lugar [...] para um tipo de decisão caracterizada pela orientação à resolução de problemas, por sua natureza provisional e pela criatividade na determinação do conteúdo decisório. Isso porque a base desse relacionamento público-privado é a *negociação* (PALMA, 2015, p. 116).

De fato, desde a Lei de Licitações, Lei 8.666/93, promulgada logo no início da década de 1990, estabeleceu-se, dentro da própria licitação, um campo para a interação entre a Administração e os particulares, como nas impugnações, pedidos de esclarecimento e vias de participação social. No entanto, o que se nota é que esse campo não é suficiente para que a Administração obtenha contribuições relevantes sobre o empreendimento a ser contratado. Isso porque, ainda que existam mecanismos que permitem a participação do particular, essa participação encontra limites no fato de que as soluções a serem escolhidas já estão postas pela Administração. Não existe, de fato, uma troca abrangente que possa gerar novas alternativas para demandas públicas, mas uma discussão que se restringe a opções predefinidas para o planejamento e formação dos contratos (REISDORFER, 2015).

A necessidade de discussão prévia sobre o objeto contratual junto a terceiros, pelo menos do ponto de vista formal, já há anos vem sendo encarada como obrigatória nos "contratos com elevados dispêndios públicos, ou que possuam relevância sócio-política relevante, como os contratos que envolvem a prestação de serviços públicos" (REISDORFER, 2015, p. 187). É por isso que, já na Lei 8.666/93[47], incluiu-se a previsão de obrigatoriedade da realização de audiências e consultas públicas para situações que demandem diálogo sobre a formação do contrato com os setores sociais interessados e a sociedade em geral (REISDORFER, 2015).

---

[47] Lei 8.666/93, art. 39: "Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea 'c' desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados" (BRASIL, 1993).

A Lei 11.079/2004, ao estipular as diretrizes para as contratações de PPPs, manteve a tendência de participação administrativa que pode ser observada na Administração Pública no geral (PALMA, 2015) a partir da mudança de entendimento sobre o papel do Estado. A referida lei determinou a obrigatoriedade da realização de consultas públicas no curso em momento anterior à licitação.[48] Nesse sentido, a Lei de PPPs determina que

[...] tanto a minuta do edital quanto a minuta do contrato devem ser submetidos à consulta pública no prazo mínimo de 30 dias para recebimento das contribuições, sob pena de inviabilização do certame, já que a realização da consulta pública condiciona a abertura do processo licitatório (PALMA, 201, p. 120).

Verifica-se que a intenção por trás da obrigatoriedade legal é justamente disponibilizar ao Poder Público "informações que possam levar ao aprimoramento das minutas, assim como mapear a sensibilidade dos mais variados atores com relação ao escopo do projeto" (PALMA, 2015, p. 120). O levantamento de tais informações se presta a dar subsídios à Administração para que esta "possa ajustar as políticas públicas que o empreendimento visa a satisfazer e, ainda, evitar litígios sobre pontos controversos das minutas" (PALMA, 2015, p. 120). Nesse caso, a consulta pública possibilitará escutar "tanto a sociedade civil (organizações não governamentais, entidades de classe, potenciais usuários, associações, cidadãos interessados etc.) quanto os particulares interessados em apresentar proposta no certame licitatório" (PALMA, 2015, p. 120).

A possibilidade da participação de interessados na fase interna da licitação consoante previsto na Lei de PPPs rompe de vez com a visão tradicional da realização de projetos de infraestrutura pelo Poder Público, por meio da qual se supunha que estes deveriam ser modelados pela Administração de forma unilateral. Por esse entendimento, a responsabilidade pela produção, compilação de todos os dados, estudos, levantamentos e informações e o próprio desenho da minuta de contrato recaía unicamente à Administração Pública (PALMA, 2015), restando os particulares excluídos do procedimento interno, fossem "eles agentes privados potencialmente interessados em participar do certamente licitatório" (PALMA, 2015, p. 119), fossem cidadãos da sociedade civil, futuramente usuários da utilidade pública. (PALMA, 2015,

---

[48] Art. 10 da Lei 11.079/2004: "A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:
[...]
VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;" (BRASIL, 2004).

p. 119). Com efeito, já na Lei de PPPs vislumbra-se a importância concedida à participação administrativa no planejamento deste tipo de contratação, "em compasso com as boas práticas de governança" (PALMA, 2015, p. 120), por seu potencial de conceder eficiência contratual e legitimidade de escopo às contratações de PPP (PALMA, 2015).

Todavia, ainda que as consultas e audiências públicas sejam ferramentas de enorme relevância para o planejamento de PPPs, a adoção de instrumentos de interlocução específica com o segmento do mercado diretamente interessado em executar o projeto antes da concepção final do empreendimento é muito importante para a realização de uma contratação futura eficiente (REISDORFER, 2015). A elaboração de instrumentos jurídicos negociados é um pressuposto da prestação de atividades públicas por meio de PPPs.

A negociação das condições dos contratos que instrumentalizam a relação travada entre a Administração Pública e os Particulares propicia que estes sejam "capazes de absorver as crises que sobrevirão durante a sua execução" (MONTEIRO, 2009, p. 67), de modo que a contratação atinja uma maior eficiência por meio da diminuição dos custos de transação. Vale destacar que já na disposição do art. 21 da Lei de Concessões, Lei 8.987/1995[49], nota-se a intenção do legislador de abrir o procedimento interno das licitações "a *inputs* provenientes do mercado com vistas à eficiência da modelagem do projeto, aproveitando-se de conhecimento técnico especializado e das últimas inovações que, pressupõem, o mercado tenha contato mais direto" (PALMA, 2015, p. 122).

Nesse particular, a realização de Procedimento de Manifestação de Interesse no curso do procedimento interno da licitação é o instrumento ideal para escutar os "particulares com interesse imediato no objeto do contrato, que potencialmente figurarão como licitantes no certame" (PALMA, 2015, p. 120). É possível dizer que a natureza jurídica do PMI se assemelha à de uma consulta pública de ideias voltada para o mercado (SILVA, 2016).

Ressalta-se que a prática de celebrações de parcerias entre o setor público e o privado já foi objeto de considerações de organizações internacionais como a OCDE e as Nações Unidas (PALMA, 2015). Em suas publicações, a OCDE apresenta alguns norteadores da governança pública nos projetos de PPP. Palma (2015, p. 117), destaca, entre as práticas listadas pela OCDE, o "envolvimento de todos os atores que se relacionam à PPP (stakeholders) por meio de consultas ativas e envolvimento dos usuários finais na definição do projeto de PPP" e, ainda,

---

[49] Art. 21 da Lei 8.987/1995: "Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital" (BRASIL, 1995).

a “garantia da competitividade nos processos licitatórios e pela efetiva transparência de todos os atos no processo de contratação pública, ainda que na fase de modelagem do projeto” (PALMA, 2015, p. 117).

Palma (2015, p 117) esclarece que, para as Nações Unidas, “tão ou mais importante que o resultado concreto – implementação do projeto de PPP –, o modo como as ações concretas são realizadas visando à concretização do escopo contratual importa”. Com efeito, a autora apresenta os seis princípios de governança que as Nações Unidas consideram que devem reger as contratações de PPPs:

> (i) participação de todos os atores que se relacionem à PPP; (ii) ‘decência’, assim compreendida como a capacidade de normas serem elaboradas e executadas sem gerar prejuízos ou reinvindicações pelos atores; (iii) transparência da tomada de decisão administrativa; (iv) ampla *accountability*; (v) equidade na aplicação das normas; e (vi) eficiência na execução dos projetos de PPP (PALMA, 2015, p. 117).

Palma (2015) reproduz, ainda, o que as Nações Unidas apresentam como os principais objetivos almejados com a celebração de PPPs:

> (i) efetividade na prestação da utilidade pública na medida em que as instituições públicas estão preparadas para fornecer indiretamente bons serviços com modicidade tarifária; (ii) legitimação das PPPs como mecanismos de prestação de utilidade pública, com apoio político e da sociedade; (iii) fortalecimento da consensualidade e consequente redução dos custos da litigância; (iv) incremento da confiança legítima no Poder Público como autêntico parceiro de negócios, com consequente redução dos custos de transação; e (v) capacidade de promoção da competição visando a um desenvolvimento mais efetivo dos modais de infraestruturas (PALMA, 2015, p. 117).

Nesse contexto, é possível afirmar que o PMI é um instrumento capaz de auxiliar no alcance das propagadas boas práticas de celebração de PPPs. Parece claro que a participação do particular interessado na contratação no momento da concepção do projeto tem o potencial de promover o fortalecimento da consensualidade nas contratações públicas e o incremento da confiança na Administração Pública como parceiro de negócios, tendo como resultado a redução dos custos de transação. É de se dizer que um

[...] *modelo ideal* de PMI [...] tem como produto final um *projeto de PPP consensual*, assim considerado porque resulta diretamente da negociação entre Poder Público e particular interessado. [...] No PMI [...], a unilateralidade na tomada da decisão administrativa é *mitigada* em favor de um diálogo negocial com os particulares interessados que permita delimitar um projeto de PPP cujas cláusulas editalícias e contratuais reflitam o consenso do Poder Público e

do particular sobre os seus termos. Muito embora a palavra final sobre o projeto de PPP seja sempre do Poder Público – o que não permite afirmar, portanto, completa subtração da unilateralidade e da imperatividade no PMI [...] –, é inegável o caráter consensual desses mecanismos de elaboração de projetos de PPP (PALMA, 2015, p. 126, grifo da autora).

Com efeito, a utilização do PMI como auxílio no planejamento de uma PPP é capaz de incrementar a modelagem do projeto com vantagens relacionadas à maior sinergia entre a Administração Pública e a iniciativa privada justamente em virtude dos ganhos em consensualidade (PALMA, 2015).

A elaboração consensual de projetos de PPP, por sua vez, "viabiliza a transferência de *soluções técnicas e econômicas inovadoras* do mercado à contratação administrativa, proporcionando maior eficiência na seleção da empresa licitada e na execução do escopo do contrato" (PALMA, 2015, p. 129, grifo da autora). Além disso, permite que a Administração Pública verifique a sinalização do mercado acerca do empreendimento que está sendo modelado (PALMA, 2015), o que "é fundamental para avaliar o futuro grau de competitividade que haverá no certame e, assim, direcionar a construção de incentivos editalícios para atrair o máximo de licitantes possível" (PALMA, 2015, p. 129). Neste particular, o diálogo com a iniciativa privada pode auxiliar o Poder Público na idealização de mecanismos mais atrativos "de aporte atrelado à performance do parceiro privado e a concessão de outros empreendimentos menores e de significativo retorno financeiro" (PALMA, 2015, p. 129), os já abordados mecanismos de receitas acessórias que são de extrema relevância para o *enforcement* de contratos de PPP.

Destaca-se que a participação dos interessados na contratação na "definição das cláusulas do edital de licitação e do contrato de concessão previamente à fase externa" (PALMA, 2015, p. 130) gera um "relativo consenso em torno das opções de modelagem do projeto" (PALMA, 2015, p. 130). Por tal motivo, considera-se que a participação mais efetiva dos particulares na modelagem de projetos de PPP tem o potencial de reduzir "a *conflituosidade* em torno das cláusulas contratuais e da dinâmica de seleção da proposta mais vantajosa" (PALMA, 2015, p. 130, grifo da autora).

Nesse contexto, é possível afirmar que o PMI é um instrumento útil para possibilitar a redução da conflituosidade quando da elaboração de PPPs, na medida em que, por meio dele,

> [...] a iniciativa privada, além de poder contribuir com a tomada de decisão estatal, tem a oportunidade de conhecer melhor a demanda, apresentar suas ideias e soluções. A empresa que objetiva contratar com a administração possui uma visão prévia do projeto, conhece seus detalhes, opina para que seja formatado da melhor forma possível a satisfazer os interesses da administração e do mercado e ainda, em razão

> do amplo conhecimento do projeto, pode oferecer um preço melhor na futura licitação (RESENDE, 2015, p. 53).

Ademais, uma vez que "os conflitos tendem a surgir *ex post* à decisão do Poder Público, como forma de reação à delimitação unilateral de determinado aspecto contratual com impacto direto nos direitos e interesses do licitante" (PALMA, 2015, p. 130), a utilização do PMI para o planejamento do projeto tende a colaborar para que o número de conflitos após o lançamento do edital e, até mesmo, durante a execução do contrato, seja amplamente reduzido (PALMA, 2015). Isso porque o fato de os particulares poderem levar suas impressões, soluções e descontentamentos em momento anterior ao lançamento do edital (diferentemente de como ocorre com a impugnação ao edital de licitação), possibilita que os conflitos sejam dirimidos *ex ante* (PALMA, 2015), mitigando-se a necessidade de "controle judicial na atividade de gestão pública de modelagem das PPPs" (PALMA, 2015, p. 130).

Nesse particular, por meio da utilização do PMI, vislumbra-se a possibilidade de uma redução dos custos de transação *ex post* envolvidos na contratação. Como visto nos capítulos anteriores, muitos dos custos inerentes a transações complexas estão relacionados aos custos de renegociação e adaptação dos termos pactuados.

Também por representar ganhos significativos em economia de custos e de tempo para a elaboração da modelagem, pode-se dizer que o PMI também possui potencial para a redução dos custos de transação *ex ante*, já que o diálogo com a iniciativa privada pode facilitar a determinação das condições prévias à realização da transação e pode tornar menos custosa a barganha entre as partes. Nesse particular,

> [...] a preparação unilateral dos editais pela administração traz, entre outros problemas, o desconhecimento da realidade comercial, o que pode encarecer a contratação. Observa-se que os espaços de inconformismo do contratado, durante a execução do contrato, acerca das soluções e opções adotadas no projeto são reduzidos na medida em que, com essa abertura procedimental, ele pode 'influenciar e conhecer o processo decisório que resultou no objeto final' (RESENDE, 2015, p. 50)

Com efeito, considera-se neste trabalho que "um contrato tende a ser tão ou mais efetivo quanto o processo de modelagem internalizar suas demandas e peculiaridades" (PALMA, 2015, p. 130). Assim, o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de auxílio ao planejamento de PPPs possui o potencial de garantir o alcance do "melhor desenho para lidar com a complexidade inerente à execução da PPP, bem como para manter a relação de confiança entre parceiros públicos e parceiros privados [...] porque a sua gênese já traz a *cultura de*

diálogo que permeará a execução contratual" (PALMA, 2015, p. 130, grifo da autora), o que, por sua vez, traz inevitáveis ganhos para a eficiência da contratação.

Não se nega, todavia, os óbvios desafios impostos pela prática à utilização do PMI como ferramenta de planejamento. A próxima seção cuidará de detalhar tais desafios, bem como os recursos mitigadores que já foram pensados pela literatura que trata do tema. Considera-se que o potencial do PMI em reduzir os custos de transação e, consequentemente, em aumentar a eficiência das contratações de empreendimentos por meio de Parcerias Público-Privadas está amplamente relacionado à capacidade que tem a Administração de remediar tais desafios, conforme será visto na sequência.

5.3 Os desafios inerentes à utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de auxílio ao planejamento de PPPs e seus mitigadores

Conforme exaustivamente tratado na seção anterior, o PMI possui um grande potencial de servir como espaço de diálogo com a iniciativa privada e, por isso, constitui-se como ferramenta importante para o alcance de eficiência dos projetos de PPP. Todavia, são também relevantes os desafios apontados pela literatura com sua utilização.

Para fins desta seção, será utilizado o estudo realizado por Moreno (2016) em sua tese de doutorado como referencial teórico. Em seu trabalho, Moreno (2016) aponta, basicamente, 05 (cinco) principais vulnerabilidades do PMI como instrumento de participação dos interessados em projetos de PPP: *(i) risco de contaminação indevida das decisões governamentais por interesses de mercado; (ii) risco de falhas de coordenação; (iii) dificuldade de definição da melhor proposta no âmbito do PMI; (iv) risco de não ressarcimento dos estudos produzidos e (v) limites do diálogo público-privado*.

Em virtude do recorte deste trabalho, tratar-se-á especificamente, nesta seção, daqueles desafios relacionados ao uso do PMI que guardam relação direta com os custos de transação inerentes à modelagem dos contratos de PPP. Nesse particular, serão abordados os riscos que o Procedimento de Manifestação de Interesse pode representar para o incremento desses custos. Com efeito, das 05 (cinco) vulnerabilidades destacadas por Moreno (2016), considera-se que 03 (três) delas tenham relação direta com os custos da contratação de PPPs: *(i) risco de contaminação indevida das decisões governamentais por interesses de mercado; (ii) risco de falhas de coordenação e (iii) limites do diálogo público-privado*.

O potencial *risco de contaminação indevida das decisões governamentais por interesses de mercado* é um dos desafios mais relevantes e comumente relacionados ao PMI. Nesse particular, Moreno (2016) afirma que:

> Se por um lado o contato com os interesses dos administrados é fundamental para o sucesso das parcerias público-privadas, por outro, teme-se que, sempre que o procedimento preparatório se abrir a participação dos administrados, a Administração seja conduzida a tomada de decisões que não sejam necessariamente as mais aderentes com o plexo de interesses envolvidos na contratação, mas que favoreçam tão somente aos interesses do potencial licitante [...] (MORENO, 2016, p. 178).

Com efeito, "a desigualdade de conhecimento das informações sobre o mercado nos setores público e privado [...] pode levar a uma contaminação do projeto por interesses que colidam com as finalidades previstas para a concessão" (MORENO, 2016, p. 178).

A contaminação indevida do projeto pelos interesses do mercado é um risco da adoção do procedimento de manifestação de interesse, uma vez que o contato com os interessados pode desviar o propósito de sua utilização, permitindo que o setor privado consiga ter maior ingerência nas decisões administrativas de forma que os interesses da coletividade sejam preteridos em prol de interesses particulares dos envolvidos (RESENDE, 2015).

A possibilidade de as decisões públicas serem influenciadas pelos particulares participantes do PMI por meio do repasse de informações durante o procedimento de modo seletivo ou distorcido na busca de seus interesses próprios é o típico exemplo de conduta oportunista, tratada anteriormente neste trabalho.

Como abordado nos capítulos anteriores, o problema do oportunismo é uma decorrência da assimetria informacional entre as partes que estão contratando, ou seja, é originado em função de os envolvidos, numa dada transação, não disporem do mesmo nível de informações relativas ao que está sendo transacionado. Dessa maneira, as condutas oportunistas se configuram quando os tomadores de decisão desconhecem o cenário completo do ambiente transacional.

É de se dizer que, na hipótese em estudo, o oportunismo dos agentes encontrará solo fértil caso o PMI não seja conduzido de maneira a ser, de fato, um espaço de negociação entre os particulares interessados e a Administração Pública. Nesse caso, os particulares se tornarão apenas "uma relevante fonte de tabelas, dados, sugestões de redação, anexos e estudos técnicos" (PALMA, 2015, p. 139), que, aceitos sem crítica pela Administração, ou seja, sem compromisso com a racionalidade das decisões governamentais, poderão, de fato, possibilitar contratações pouco eficientes e enviesadas.

Moreno (2016) pondera, todavia, que, independentemente da utilização do PMI durante o planejamento de projetos a serem delegados à inciativa privada, o contato com os interesses privados durante a fase interna da licitação é inevitável. Nesse sentido, afirma que "o risco de contaminação indevida ocorre sempre que o procedimento preparatório se abre à participação dos interessados" (MORENO, 2016, p. 179), o que não justifica a opção por não realizá-lo.

Aliás, se por um lado o PMI apresenta o risco de contaminação indevida das decisões administrativas pelos interesses privados, por outro, se bem conduzido, é instrumento que institucionaliza e sistematiza o inevitável diálogo entre a Administração e a iniciativa privada anterior à licitação, de modo a conceder transparência para um contato que sempre existiu. Com efeito, não se pode

> [...] fechar as portas para mecanismos mais eficientes (e às vezes os únicos à disposição) de atendimento dos interesses públicos por terem a chance de ser usados para propósitos menos nobres. Na verdade, nossa experiência histórica bem o demonstra, qualquer metodologia pode ser aproveitada para facilitar desvios de conduta (ARAGÃO, 2006, p. 832 apud MORENO, 2016, p. 179).

Moreno (2016) sustenta que o risco de contaminação das decisões públicas deve ser tratado de maneira cuidadosa. Em vários casos, "a influência de interesses diversos daqueles identificados pela Administração como 'públicos' implicará, na realidade, desvantagem para o Poder Público ou desvio de finalidade dos objetivos da concessão". Em verdade, uma das vantagens potenciais apresentadas pelo uso do PMI é ele funcionar como um instrumento de mitigação do risco de oportunismo pelo Poder Público, que não raras vezes ocorre em projetos de PPP. Com efeito, a participação dos interessados na elaboração do projeto por meio do PMI serve também para "controlar a satisfação de finalidades públicas quando da elaboração do projeto de PPP, evitando, assim, a captura do Poder Público" (PALMA, 2015, p. 125).

De qualquer maneira, a potencialidade do PMI como efetivo instrumento de auxílio ao planejamento de projetos de PPP eficientes somente será concretizada caso o procedimento seja realizado de maneira a mitigar seus também potenciais riscos de contaminação indevida por interesses diversos aos do Poder Público.

Nesse particular, uma das principais formas de contornar o desafio representado pelo risco de contaminação indevida das decisões públicas é a caracterização precisa dos resultados que o Poder Público espera obter com a realização do projeto no âmbito do Chamamento Público do PMI (MORENO, 2016), ou seja, é importante que o Poder Público "especifique o interesse público que deseja ver atingido com a realização da PPP e não propriamente num descritivo detalhado dos estudos que pretende obter" (MORENO, 2016, p. 181).

Além disso, aponta-se como mitigadores do risco de contaminação indevida das decisões administrativas a "transparência, controle e capacitação técnica da Administração Pública" (MORENO, 2016, p. 184).

No que diz respeito à transparência, esta se traduz na institucionalização da participação dos particulares e na adequada publicidade e formalização dos atos (MORENO, 2016). A transparência, consubstanciada na conferência de publicidade de todas as etapas do procedimento, possui o condão de facilitar o controle dos atos decisórios exarados no PMI. Ressalta-se que esses mitigadores já são, na realidade, instrumentos previstos na própria Lei de Processos Administrativos. Verifica-se que:

> Como o próprio nome sugere, o *procedimento de manifestação de interesse* tem natureza processual, tratando-se de efetivo *processo administrativo em espécie*. Como tal, a ele são aplicáveis as Leis Gerais de Processo Administrativo correspondentes a cada ente federado; aos PMIs conduzidos na esfera federal, por exemplo, aplica-se subsidiariamente a Lei federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999). As implicações da aproximação entre PMI e normas gerais de processo administrativo são evidentes, determinando, dentre outras cominações, os deveres de publicidade, motivação e de atendimento a fins de interesse geral (PALMA, 2015, p. 129, grifo da autora).

O dever de publicidade, motivação e formalização dos atos do PMI consubstancia-se no dever de a Administração Pública disponibilizar

> [...] o chamamento público [...]; os pedidos de autorização; as negativas e as outorgas; os atos de prorrogação de prazos; os registros ou as atas das reuniões mantidas entre o Poder Público e os privados; os documentos solicitados pelo privado ao Poder Público para o desenvolvimento dos estudos; os documentos produzidos pelos privados nos estudos; os pareceres técnicos da Administração sobre o projeto; o registro [...] das manifestações dos órgãos de controle; as respostas oferecidas pelo Poder Público; [...] o termo de recebimento dos estudos (provisório e final); o termo de encerramento do PMI com a fixação de valores para ressarcimento e indicação proporcional do aproveitamento dos estudos (MORENO, 2016, p. 185).

Nesse particular, é preciso observar que não basta uma publicidade formal desses atos, devendo esta ser eficaz, ou seja, é preciso que se dê efetiva comunicação sobre os atos aos interessados (MORENO, 2016). Moreno (2016) destaca, nesse sentido, a iniciativa de alguns governos de criar "*websites* ou páginas específicas dentro dos *websites* de seus órgãos destinados apenas a sistematizar os dados relativos às concessões de grande impacto e seus respectivos processos de idealização" (MORENO, 2016, p. 187, grifo da autora). Além deles, se mostra interessante para conceder publicidade aos atos do PMI a utilização das redes sociais e os tradicionais métodos de publicação dos atos no diário oficial (MORENO, 2016).

É de se dizer ainda que, por seu caráter de procedimento administrativo, não basta que aos atos emanados no curso do PMI seja dada publicidade. É preciso que estes sejam também motivados e submetidos ao contraditório (PALMA, 2015). Somente com a presença desses dois elementos será possível construir "efetivo debate em torno dos estudos, levantamentos e propostas apresentados pelo particular interessado visando à melhor modelagem do projeto de PPP" (PALMA, 2015, p. 125).

A motivação dos atos administrativos é um modo de dialogar com os interessados, e não meramente um relato formal das razões de decidir do Poder Público (MORENO, 2016). A oportunização do contraditório, por sua vez, é decorrente do "direito de resposta do Poder Público aos particulares quanto aos estudos, análises e projetos que lhes forem apresentados" (PALMA, 2015, p. 125).

Ainda sobre o risco de contaminação indevida das decisões administrativas em licitações cuja fase interna se utilizou do instrumento do PMI, a capacitação técnica da administração pública consiste em importante medida mitigadora (MORENO, 2016). A capacitação do corpo técnico da Administração tem o condão de reduzir a "desigualdade de conhecimento das informações sobre o mercado" (MORENO, 2016, p. 187), de modo a garantir uma análise mais segura sobre as contribuições da iniciativa privada (MORENO, 2016). Por meio da capacitação técnica de seu corpo de profissionais, a Administração Pública estará mais bem preparada para "analisar criticamente as sugestões que receberem e para travar um diálogo técnico com os privados" (MORENO, 2016, p. 188) e, assim, propiciar o efetivo espaço de negociação fundamental à concretização dos objetivos principais do PMI.

Um segundo desafio relevante usualmente apontado acerca da utilização do PMI consiste no *risco de falhas de coordenação***.** Verifica-se que os problemas na "coordenação do processo de elaboração dos contratos públicos, além de facilitar a ocorrência de deficiências de análise, podem levar à completa inutilização dos projetos, implicando desperdício do erário e quebra de confiança" (MORENO, 2016, p. 190). Neste particular, não se pode perder de vista que, mesmo com o apoio dos particulares, é o Poder Público quem deve articular todo o processo de planejamento da PPP (MORENO, 2016), ou seja:

> Mesmo quando a modelagem é feita via PMI, não se imagina que o desenho do projeto se dê sem interação com o Poder Público. Há reuniões, trocas de e-mails, de materiais, de ideias, tomadas de decisões em conjunto. Há ocupação do tempo e dos recursos de parte a parte. Portanto, a desistência do projeto ou o seu baixo aproveitamento por falhas de coordenação também resultam em desperdício de dinheiro público.
> As falhas de coordenação do processo de elaboração de contratos públicos, além de facilitar a ocorrência de deficiências de análise, podem levar à completa inutilização

> dos projetos propostos, implicam desperdício do erário e quebra de confiança (MORENO, 2016, p. 190).

Conforme já abordado anteriormente neste trabalho, o PMI pode ser um instrumento apto a reduzir os custos de transação inerentes aos projetos de PPP. Todavia, caso não seja bem coordenado, vai provocar efeitos opostos, trazendo mais custos ao processo de planejamento e, muitas vezes, até mesmo à própria administração contratual.

Esses riscos podem ser mitigados por meio da tomada de algumas medidas, como a já mencionada capacitação técnica da administração pública, a catalogação de experiências anteriores e a fixação de metodologia para o desenvolvimento dos estudos do PMI (MORENO, 2016).

No caso da capacitação do corpo técnico da Administração, além de mitigar o risco de contaminação indevida pelo mercado, a medida também é capaz de reduzir o risco de inutilização de estudos por falhas de coordenação simplesmente pelo fato de que "servidores habituados com a dinâmica de interação entre o Poder Público e os Consultores e com o fluxograma de aprovação de um projeto de PPP certamente estarão mais aptos a organizar a modelagem dos estudos" (MORENO, 2016, p. 193).

A catalogação de experiências anteriores de modelagens de projetos por meio de PMI, por sua vez, criando-se um banco de dados funcional e completo, ou seja, por meio de mecanismos de gestão do conhecimento, é medida extremamente útil à mitigação de riscos relacionados ao procedimento de participação dos particulares (MORENO, 2016). Importante considerar que "conhecer o processo de tomada de decisões muitas vezes é mais importante do que ter notícia da decisão tomada no caso concreto" (MORENO, 2016, p. 192).

Por isso, é relevante não só a sistematização e a consideração dos registros dos editais, contratos e anexos utilizados com sucesso, mas também dar publicidade para aqueles que

> [...] não foram aprovados pelos órgãos de controle, quais cláusulas foram revistas, quais decisões foram vetadas. Todas essas informações, se disponíveis, não só contribuem para a diminuição das falhas de coordenação, como deixam os agentes públicos menos vulneráveis à contaminação indevida pelos interesses do mercado (MORENO, 2016, p. 192).

Além das vulnerabilidades trabalhadas até aqui, também se mostra relevante para a presente análise *o desafio concernente aos limites do diálogo com os particulares*, isto é, o desafio de os gestores públicos que conduzem o PMI determinarem "o momento em que podem

começar e o momento em que devem terminar a sua relação com os agentes privados, especialmente quando esses são potenciais licitantes" (MORENO, 2016, p. 202).

Nesse aspecto, o maior ponto de conflito é, exatamente, mensurar algumas questões, como a possibilidade de realização de encontros com o particular, o nível de publicidade que tem que ser conferido a esses encontros e, ainda, como eles serão realizados, isto é, se podem ser realizados de forma privativa com os interessados ou se é necessário reunir todos os interessados a cada encontro (MORENO, 2016).

A questão da legalidade da realização de encontros com particulares para a discussão dos projetos e estudos encontra-se superada. O Decreto Federal 8.428/2015, que trata da regulamentação do PMI no âmbito Federal, deixou claro em seu art. 8º sobre a possibilidade de ocorrência de tais reuniões[50] (MORENO, 2016). No entanto, "remanescem dúvidas quanto ao nível de publicidade que deve ser dado a estes encontros. A ocorrência deve estar registrada, não só na agenda do gestor responsável, mas também nos autos do processo administrativo" (MORENO, 2016, p. 206). Todavia, não há determinação quanto à necessidade de conferência de ampla publicidade ao conteúdo de tais reuniões privativas (MORENO, 2016).

Se por um lado é possível afirmar que os diálogos privados podem conferir eficiência ao processo e aumentar a participação, é possível também vislumbrar certa ofensa aos princípios constitucionais da moralidade, da transparência e da publicidade com o sigilo (MORENO, 2016).

No âmbito da eficiência, é preciso reconhecer que os "projetos de PPP são complexos e algumas vezes os diálogos privativos podem ser necessários em razão das informações comerciais sensíveis das empresas envolvidas na contratação" (MORENO, 2016, p. 207). Neste particular, Moreno (2016) considera que a questão deve ser tratada com cuidado. Deve ser levado em conta, ao mesmo tempo, o fato de que o PMI é um procedimento flexível por natureza e, por isso, admitiria, em hipóteses específicas e mediante justificativa plausível, encontros privativos em caráter de exceção, sob pena de afastar os particulares que não querem ter seus métodos de trabalho divulgados para outras empresas do mesmo segmento de mercado.

A regra, todavia, deve ser que haja registro, em todas as hipóteses, desses encontros, mesmo que sob sigilo no processo administrativo restritas a algumas informações do privado, como, por exemplo, as "comercialmente sensíveis que venham à tona durante o processo.

---

[50] Art. 8º do Decreto 8.425/2015: "O Poder Público poderá realizar reuniões com a pessoa autorizada e quaisquer interessados na realização de chamamento público, sempre que entender que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de projetos, levantamentos, investigações e estudos mais adequados aos empreendimentos de que trata o art. 1º" (BRASIL, 2015).

Nesses casos, aliás, é de se avaliar se, nalgum momento, tais informações poderão ser divulgadas ou se ficarão reservadas para a Administração" (MORENO, 2016, p. 208).

Entende-se que contornar o desafio concernente aos limites do diálogo com os particulares é um dos pontos mais sensíveis relacionados ao Procedimento de Manifestação de Interesse. Parece claro que, no que diz respeito à eficiência da modelagem e à redução de seus custos, a melhor opção é a conferência da maior transparência possível no diálogo e a divulgação de todas as reuniões.

Destaca-se que o desafio de estabelecimento de um limite para o diálogo com os particulares é também derivado do risco de contaminação das decisões públicas pelos interesses privados. Dessa maneira, não é exagerado dizer que se aplicam também a esse desafio as medidas mitigadoras já trazidas para o referido risco.

5.4 Conclusões preliminares do trabalho: o PMI como ferramenta útil à solução dos entraves à realização de projetos de PPP

Conforme evidenciado no presente capítulo, a utilização do PMI durante a fase interna da licitação para modelagem de projetos de PPP "tem por principal objetivo [...] viabilizar a participação daqueles particulares diretamente envolvidos" (PALMA, 2015, p. 125), de modo a "legitimar o projeto e a qualificá-lo com as contribuições dirigidas pelos demais atores" (PALMA, 2015, p. 125). Nesse particular, restou claro o amplo potencial que tem o PMI para servir como espaço de diálogo com a iniciativa privada e, consequentemente, como verdadeira oportunidade de negociação das condições da transação.

A efetiva negociação das condições da transação, por sua vez, permite, como visto, que se reduzam os custos envolvidos tanto na própria fixação de contrapartidas e salvaguardas específicas daquela relação – os chamados custos *ex ante*, uma vez que se evitam litígios relacionados ao edital de licitação e ao contrato –, como também e, principalmente, reduz os custos de monitoramento, renegociação e adaptação dos termos pactuados às novas circunstâncias – chamados de custos *ex post*.

Como já tratado no presente trabalho, quanto mais complexos os mecanismos necessários para a realização da transação, ou seja, para a pactuação dos termos da transação entre as partes, mais ela será custosa para os agentes envolvidos. Nesse sentido, a redução dos custos de determinada transação está atrelada à implementação pelos agentes de um mecanismo

de coordenação, ou seja, é preciso identificar as condições que estimulam os agentes a alterar a organização do meio em que atuam de modo a aumentar seu desempenho econômico.

Além disso, fatores extracontratuais são capazes de gerar um cenário de desconfiança para a realização da contratação que, no máximo, pode inviabilizá-la e, no mínimo, impactar negativamente sua eficiência.

Nesse particular, o PMI tem o potencial de criar condições para implementar nos contratos mecanismos mais acurados para a coordenação de empreendimentos complexos; mas, principalmente, possibilita implementar uma cultura de diálogo e confiança entre o Poder Público e a iniciativa privada.

De toda forma, o PMI não é um mecanismo imune a desafios para sua implementação. No que diz respeito à eficiência da futura transação, entre os desafios que mais colocam em perigo seu potencial de redutor dos custos de transação e mecanismo apto a conferir eficiência ao processo de modelagem de projetos de PPP encontram-se os riscos de contaminação indevida das decisões governamentais por interesses de mercado, além das falhas de coordenação e a definição dos limites do diálogo público-privado. Além disso, por certo, o PMI não pode ser visto simplesmente como uma forma de reduzir os custos dos estudos de viabilidade dos projetos de PPP.

Parece acertado afirmar que o potencial do PMI para viabilização de contratações de PPPs mais eficientes vai depender de como é conduzido o processo, de modo a mitigar os desafios inerentes a sua implementação. Nesse sentido, é preciso que a Administração invista em mecanismos para conferir transparência e controle ao PMI, bem como garanta que o processo esteja sendo conduzido por um corpo técnico suficientemente preparado tanto para manter uma relação harmoniosa com o setor privado como para solicitar e julgar os estudos apresentados.

6 A EXPERIÊNCIA MINEIRA COM A UTILIZAÇÃO DO PMI EM MODELAGENS DE PPP: LIÇÕES APRENDIDAS, OPORTUNIDADES E DESAFIOS

6.1 Introdução

O esforço teórico realizado até aqui demonstra a complexidade envolvida na celebração de Parcerias Público-Privadas. O alto custo dos empreendimentos públicos viabilizados por esse tipo de contratação demanda um alto investimento por parte da iniciativa privada e o prolongamento no tempo das relações contratuais. Nesse particular, a viabilização de projetos de Parcerias Público-Privadas, notadamente a viabilização de projetos eficientes, guardam desafios relacionados tanto a aspectos contratuais como a aspectos extracontratuais.

Sob esse ponto de vista, as características do ambiente institucional no qual será realizado o futuro projeto possui enorme influência na percepção do mercado sobre as peculiaridades envolvidas no investimento. A viabilização de projetos de PPP demanda que seja estabelecida uma relação de confiança entre os contratantes de que as obrigações serão adimplidas por cada uma das partes.

Apesar de, a priori, parecer uma questão simples, o estabelecimento de relações negociais entre a iniciativa privada e a Administração Pública de forma isonômica e livre de turbulências é um verdadeiro desafio. Em regra, além das complexidades inerentes ao intricado modelo econômico das PPPs e a dificuldade de elaboração de minutas contratuais que formalizem e garantam o cumprimento das obrigações das partes, verifica-se uma cultura de desconfiança mútua entre os atores de tais contratações. Se de um lado o Poder Público demonstra preocupação com eventual contaminação do projeto por interesses privados em função deste possuir mais experiência técnica na condução de determinados tipos de projetos, verifica-se que, em regra, também o mercado vê com desconfiança a Administração Pública como contratante em função de seu histórico de inadimplemento.

Buscou-se demonstrar até aqui que a viabilização de projetos de PPPs eficientes demandam que haja diálogo efetivo entre as partes sobre o projeto. A discussão sobre os pontos controversos em momento anterior à contratação é capaz de reduzir custos com eventuais divergências ou desentendimentos ocorridos ao longo do contrato. Além disso, a própria troca de impressões sobre futuras dificuldades pode antecipar a ocorrência de problemas na execução contratual de modo a resolvê-los já na modelagem do projeto ou da minuta do contrato.

Nesse particular, as sinalizações do mercado são importantes para a Administração Pública entender como criar projetos mais atrativos e, consequentemente, usufruir do benefício de poder promover projetos que, de outro modo, não sairiam do papel. De outro lado, a aproximação com a Administração Pública em momento anterior à contratação possibilita que a iniciativa privada tenha ciência, de antemão, das fragilidades da contratação e sugira soluções que podem ser interessantes para a viabilização dos projetos. Nesse particular, o estabelecimento de uma cultura de diálogo efetivo entre as partes é medida que só pode conferir benefícios para as contratações, sendo questão relevante no que diz respeito à eficiência das contratações.

Nesse contexto, o Procedimento de Manifestação de Interesse possui o potencial de estabelecer um espaço de diálogo saudável entre a Administração e os interessados na realização dos projetos de PPP. Apesar de alguns cuidados serem necessários em sua condução, a revisão bibliográfica realizada neste trabalho aponta que um PMI bem conduzido teria o condão de imprimir eficiência às contratações de PPP bem como de diminuir os entraves ao crescimento dessas iniciativas no país. Em um contexto de marcado antagonismo entre as partes contratuais, o PMI pode revestir as relações entre o Poder Público e o setor privado com a confiabilidade imprescindível ao seu sucesso.

Para ilustrar essas hipóteses, selecionou-se o Estado de Minas Gerais como objeto de estudo. A ilustração exploratória da experiência de Minas com projetos de PPP e com a realização de PMIs foi escolhida para a referida ilustração em virtude da experiência do estado com esse tipo de contratação. Minas Gerais possui primazia na edição de legislação de PPPs, que antecedeu inclusive a Lei Federal, sendo também um dos primeiros estados a colocar em prática projetos dessa natureza. Dessa maneira, pode-se dizer que o Estado traz um *track record* rico de sucessos e insucessos no que concerne à superação de entraves para a viabilização de projetos e que podem ser utilizados como lições para o próprio conhecimento organizacional da Administração Estadual e evolução de seus institutos e procedimentos, como para os demais Estados brasileiros.

Este capítulo cuidará de apresentar o processo de implantação do programa de Parcerias Público Privadas em Minas Gerais, o panorama atual do modelo de governança das PPPs, apresentar os principais entraves ao avanço das PPPs no Estado e, ainda, considerando as vantagens apontadas nesse trabalho no que diz respeito à a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse como auxílio ao planejamento dos projetos de Parcerias Público-Privadas, apresentar a experiência do Estado com tais iniciativas.

6.2 O processo de institucionalização do Programa de PPP em Minas Gerais

O advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000, sistematizou no ordenamento jurídico pátrio o regime de *hard budget constraint*, submetendo os estados a diversas limitações do gasto público. A situação do Estado de Minas Gerais não foi diferente: em 2003 iniciava-se o mandato do então Governador Aécio Neves e o cenário das finanças estaduais era crítico (CORREIA, 2008). O Estado de Minas Gerais passava por uma forte crise financeira que

> se refletia em indicadores como o déficit orçamentário acumulado desde 1995, numa média de 6,2% entre 1997-2002; no descumprimento do limite do Poder Executivo para despesa com pessoal relativamente à receita corrente líquida fixado na LRF (49%), chegando ao percentual de 61,7%; no descumprimento do patamar de 200% estabelecido pelo Senado Federal para a relação entre Dívida Consolidada Líquida e Receita Corrente Líquida, cuja relação era de 274,4% (CORREIA, 2008, p. 120).

O Estado de Minas Gerais encontrava-se inadimplente com seus funcionários e credores e impedido de obter crédito no mercado financeiro internacional. De modo a tentar reverter o cenário que se instaurara no Estado, a nova gestão buscou implementar um "programa de reforma que endereçava, de imediato, a grave conjuntura fiscal então encontrada e, paralelamente, procurava criar um direcionamento estratégico para o Estado de Minas Gerais" (CORREIA, 2008, p. 122). O referido programa possuía dois pilares: um rigoroso equilíbrio fiscal e uma agenda de desenvolvimento (CORREIA, 2008).

As reformas realizadas pelo programa ficaram conhecidas por seu lema "Choque de Gestão". Procurou-se realizar um ajuste fiscal para reduzir despesas por meio "da melhoria da gestão de processos e contingenciamento de gastos, e a elevação da receita" (CORREIA, 2008, p. 122). Além disso, buscou-se implementar uma renovação nos instrumentos de planejamento, perseguindo um modelo gerencial de gestão com foco em resultados (CORREIA, 2008).

É nesse contexto que foi instituído o Programa de PPPs do Estado de Minas Gerais. Criado por meio da Lei Estadual nº 14.868/2003, o Programa de PPPs foi uma das iniciativas que visou colocar em prática as ideias propagadas pelo contexto de reforma, sendo incluído como projeto estruturador nos PPAs 2004-2007 e 2008-2011 (CORREIA, 2008).

A Lei das PPPs mineira foi a primeira regulamentação editada no Brasil sobre a matéria e previu regras que seriam, futuramente, incorporadas pela Lei Federal das PPPs. A referida Lei

trouxe, em seu bojo, toda a lógica econômica subjacente a esse tipo de contratação. Ressalta-se a título de exemplo as seguintes previsões:

> (i) a outorga da exploração e gestão das atividades decorrentes da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento (art. 1º, Parágrafo Único); (ii) o pagamento variável condicionado a observância de indicadores de desempenho (art. 1º, Parágrafo Único, art. 12, incisos I e II; art. 15, §1º); (iii) a concessão da faculdade para escolha dos meios para a execução do contrato (art. 14, inciso II); (iv) a expressa previsão de possibilidade de contraprestação oriunda do Tesouro (art. 15); (v) a explícita autorização para inclusão de cláusula arbitral no contrato (art. 13); (vi) a possibilidade de emissão de empenho em favor do financiador do projeto (art. 15, §2º); (vii) a possibilidade de proteção do crédito dos parceiros privados através de diversas modalidades de garantia, inclusive vinculação de recursos por meio de fundos específicos (art. 16); (viii) e a criação do Conselho Gestor de Parcerias – CGP, vinculado à Governadoria, e da Unidade PPP, no âmbito da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico (arts. 19 e 20) (CORREIA, 2008, p. 131).

A caracterização das PPPs como projetos estruturadores do novo modelo de gestão consubstancia a preocupação dos gestores em remediar, de forma prioritária, algumas falhas que comumente são identificadas nas contratações administrativas, como, por exemplo, atrasos nas ações de responsabilidade do Poder Público, inclusive o fluxo dos pagamentos, que acabam por refletir nos cronogramas, aumentando o custo dos empreendimentos como um todo (CORREIA, 2008).

Nesse sentido, desde sua gênese, a Lei de PPP do Estado de Minas Gerais priorizou a coordenação entre as fases ligadas ao planejamento com as fases relacionadas às questões orçamentárias como uma tentativa de reduzir as ocorrências de atrasos no pagamento (CORREIA, 2008). Também verifica-se uma preocupação, quando da implantação do Programa de PPPs em Minas Gerais, de estabelecer um ambiente de confiança para os investidores públicos. Dessa maneira, o modelo de governança do Programa de PPPs ganhou destaque em sua implementação (CORREIA, 2008).

A partir de uma análise das alterações legislativas de PPPs em Minas, observa-se ter havido uma clara tentativa de conceber um modelo institucional que pensasse as políticas relacionadas à metodologia e aos conceitos das PPPs, ou seja, a estruturação, licitação, contratação e execução das parcerias com o setor privado. A iniciativa mineira, assim, tem o mérito de ter pensado esse tipo de contratação como uma ferramenta de gestão pública, trazendo significativa contribuição para utilização dessa modelagem no âmbito nacional por meio da instituição de procedimentos e estruturas de governança para sua implantação e gestão desde as primeiras iniciativas.

Nas palavras de Athayde, Gusmão e Silva (2006, p.150), citados por Correia (2008, p. 131-132), entre essas estruturas encontra-se

> a figura do "Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas", a do "Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas", a da "Unidade PPP", a do "Arranjo de Garantias" e a da "Consulta Pública". Além dessas figuras – que estão, na verdade, expressamente previstas na Lei -,o programa de Minas Gerais conta ainda com traços diferenciais, que se revelam na criação do "Manual de Operações, na política de capacitação adotada para os servidores, na constituição de uma "Rede PPP" no Estado, bem como no apoio dado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, através da celebração de convênio de cooperação técnica não reembolsável, por meio do Fundo Multilateral de Investimentos - FUMIN.

Nesse contexto, dois órgãos despontam como centrais no modelo de governança das PPPs em Minas Gerais à época da edição do Programa de PPPs: Conselho Gestor – CGP e a Unidade de PPP, ambos instituídos pelo Decreto Estadual n. 43.702/2003, que regulamentou os artigos 19 e 20 da Lei (CORREIA, 2008). Enquanto ao CGP atribuiu-se uma função deliberativa, ou seja, a função de elaborar o Plano Estadual de PPPs, autorizar os projetos que o integrariam, aprovar editais, contratos, aditamentos e prorrogações (CORREIA, 2008), foi conferida à Unidade de PPP a responsabilidade sobre a parte técnica do programa. Assim, coube à Unidade de PPP o desenvolvimento, análise e recomendação de projetos a serem elaborados e a provisão de suporte e assessoramento técnico aos órgãos que necessitassem de instrução sobre a metodologia de contratos (CORREIA, 2008). Além disso, outra iniciativa de destaque consistiu na elaboração um "Manual de Operações" e uma "Cartilha PPP/MG" que apresentavam diretrizes e informações sobre o Programa de PPPs no Estado de Minas Gerais.

Ainda no que concerne às iniciativas de destaque no marco regulatório das PPP em Minas Gerais, por meio da Lei Estadual n. 14.869, de 16/12/2003, "foi criado o Fundo de Parcerias Público-Privadas, entidade contábil sem personalidade jurídica, que daria suporte ao programa de PPPs e teria como agente financeiro o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais" (CORREIA, 2008, p. 133). A despeito da boa intenção, todavia, o fundo prescindiu de regulamentação durante toda a vigência da Lei, revogada em 2017.

Outra iniciativa louvável foi realizada apenas alguns anos após a edição da Lei que instituiu o Programa de PPPs em Minas Gerais. Por meio do Decreto Estadual n. 44.565/2007, foi instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse, quando foi regulada a possibilidade

de a iniciativa privada “discutir os projetos prioritários do Poder Público e apresentar estudos antes da abertura do processo licitatório” (CORREIA, 2008, p. 134).

Em razão dessas iniciativas, é possível considerar que o processo de institucionalização do Programa de Parcerias Público-Privadas no Estado de Minas Gerais foi iniciado de maneira muito promissora. Na visão de Correia (2008), que promoveu uma análise da experiência de Minas Gerais na implementação do seu Programa de Parcerias Público-Privadas, promovendo uma investigação acerca da iniciativa mineira sob o ponto de vista do ambiente institucional e do modelo de governança implantado, o processo de implantação do Programa de PPPs em Minas Gerais foi marcado por uma série de ações que atuaram sobre o risco e a incerteza desse tipo de contratação, sobre o aumento da capacidade de monitoramento dos resultados e, ainda, pela efetivação de medidas voltadas a imprimir credibilidade na atração de investidores.

Nesse particular, Correia (2008, p. 147) destaca que as referidas ações teriam o potencial de “ampliar o arco de potencialidades das PPPs no Estado”. Isso porque “o equilíbrio fiscal conquistado pelo Estado é uma fonte de credibilidade para um Estado que pretende atrair investidores” (CORREIA, 2008, p. 146) e “o planejamento, em especial a gestão intensiva das PPPs poderia proporcionar uma maior certeza quanto ao fluxo de recursos públicos aportados nas parcerias, assim como um sistema de gerenciamento dos riscos mantidos sob a responsabilidade do Poder Público” (CORREIA, 2008, p. 146).

No que diz respeito ao ambiente institucional, o estudo realizado por Correia (2008), indica que o Estado de Minas Gerais possuía pouca competição política, tornando forte o Poder Executivo em face do Legislativo. Nesse particular, a referida configuração institucional teria “efeitos majoritariamente ambíguos sobre as políticas públicas: permitiria a oferta de mais bens públicos através do alongamento do horizonte temporal de um Poder Executivo não sujeito a pressões competitivas” (CORREIA, 2008, p. 121), ao mesmo tempo em que poderia “implicar menores pontos de veto para a adoção de medidas pelo Governo sem qualquer oposição” (CORREIA, 2008, p. 121).

Correia (2008, p. 122) considera que “a Assembleia mineira, incluindo a oposição, adota postura bastante cooperativa em relação ao Poder Executivo, sendo a liderança do governador em torno de uma agenda um fator fundamental para entender o processo decisório”. No sentir do autor, foi por esse motivo que, “assim como o Governo Itamar Franco encontrou apoio legislativo para obstruir o processo de desestatização, o Governo Aécio Neves, que o sucedeu, pôde implementar sem maior oposição um forte ajuste fiscal, além de programas favoráveis ao investimento privado” (CORREIA, 2008, p. 122).

Com efeito, afirma que o contexto mineiro de implantação de PPPs apresentava elementos extracontratuais importantes, citando como exemplo

> o suporte político o Governador e do Vice-Governador do Estado. Nesse particular, se isso não garante *per se* aos concessionários e financiadores o *self enforcement* dos compromissos de longo prazo, representa o aval do principal ator de um cenário político-econômico marcado por cooperação e predominância do Poder Executivo, o que tem correspondido a aprovação de leis, edição de decretos, adesão de várias Secretarias ao Choque de Gestão e obtenção de apoio técnico-financeiro de entidades multilaterais (CORREIA, 2008, p. 147).

No que concerne ao modelo de governança implantado, a visão de Correia (2008) é que este consistira em verdadeiro suporte para a instauração de um ambiente de confiança, sendo ponto marcante da estratégia de institucionalização do Programa de PPPs do Governo Mineiro. Um dos grandes méritos do processo, na visão de Correia (2008) teria sido a implantação de um órgão técnico especializado centralizado, a Unidade de PPP, e, ainda, o *timing* de sua implementação, em momento anterior ao lançamento de projetos. Tais fatores teriam o condão de conferir confiabilidade ao mercado acerca do modelo de governança recém implantado, estimulando os investimentos no Estado.

A despeito de todos os citados pontos favoráveis que conferiam, em seu entender, o caráter promissor ao processo de institucionalização do Programa de PPP no Estado de Minas Gerais, o próprio Correia (2008) destaca, em seus estudos, alguns entraves a esse processo que não haviam sido transpostos até então àquele momento: (i) as restrições fiscais do Estado; (ii) a plena institucionalização do Programa de PPPs e o alcance da independência em relação ao suporte político, blindando a iniciativa em relações a mudanças políticas abruptas; (iii) a rigidez do processo licitatório e a ausência de um procedimento negocial durante seu curso; (iv) o poder de alteração unilateral dos contratos e projetos elaborados pela iniciativa privada pelo Estado; e (v) a ausência de previsão legal de efetivo diálogo no PMI, sendo solicitados apenas o encaminhamento de estudos de viabilidade, informações técnicas e pareceres de interessados à Administração.

Interessante notar que Correia (2008), ao fazer sua análise da experiência mineira com a institucionalização do Programa de PPPs do Estado, à época iniciativa ainda embrionária, concluiu pela existência de desafios muito semelhantes aos percebidos no atual ambiente institucional nacional relatados no Capítulo 4 deste trabalho. Também no que diz respeito à estratégia para contorno desses problemas, Correia (2008) aponta a “participação da sociedade” e a solidificação do modelo de governança das PPPs como as principais estratégias, não fugindo

também das soluções mais propagadas pela literatura para a superação das dificuldades do avanço das PPPs de maneira geral.

Na próxima seção será apresentado o atual contexto das Parcerias Público-Privadas em Minas Gerais. Por meio da verificação do panorama atual das PPPs em Minas Gerais será possível verificar o que mudou no cenário de sucessos e desafios mais de uma década após a implementação do Programa de PPPs, comparando a situação atual das Parcerias Público-Privadas também com o cenário encontrado no âmbito nacional, de modo a extrair lições da experiência mineira.

6.3 Contornos atuais do Programa de PPP do Estado de Minas Gerais

6.3.1 As mudanças no marco regulatório sobre PPPs no Estado de Minas Gerais a partir do ano de 2016

Passados quase 15 (quinze) anos desde a edição da Lei de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais e das primeiras iniciativas de modelagem de empreendimentos públicos por meio desse tipo de contratação, pode-se dizer que o conjunto dos elementos que compõe o ambiente institucional do Estado se alteraram de forma marcante, sem que isso tenha se refletido em melhorias no cenário de desafios para o avanço das Parcerias Público-Privadas no Estado.

A análise do marco regulatório do Estado de Minas Gerais acerca de Parcerias Público Privadas, demonstra uma relativa continuidade do Programa de PPP e do modelo de governança implantado em 2003 até o ano de 2017. Nesse particular, o Decreto nº 47.002/2016 aprovou o Plano Estadual de Parcerias Público Privadas para o período de maio de 2016 a maio de 2017, considerando a mesma lógica do modelo de governança que até então vinha sendo adotado.

Verifica-se que o referido Decreto autorizou a Unidade Central de Parcerias Público-Privadas do Estado a

> [...] realizar estudos de viabilidade técnica, econômica e financeira, bem como estudos acerca da caracterização jurídica pertinente, para verificar a possibilidade de estruturação, por meio do mecanismo de Parceria Público-Privada, dos projetos mencionados no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas (MINAS GERAIS, 2016)

Além disso, o referido decreto aprovou a realização de estudos de viabilidade para 05 (cinco) projetos para posterior avaliação sobre a conveniência de sua viabilização[51]:

A própria consulta ao sítio eletrônico da Unidade de PPPs do Estado de Minas Gerais[52] indica que até o final do ano de 2016 este foi alimentado com dados e informações.

A partir do ano de 2017, no entanto, a Lei Estadual nº 14.868/2003 que instituíra o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas em Minas Gerais foi revogada expressamente pelo inciso I do art. 56 da Lei nº 22.606, editada em 20 de julho de 2017[53]. De modo tácito, também foi revogado o Decreto 43.702/2003 que regulamentou a Lei Estadual de PPPs e, inclusive, foi o responsável pela criação dos dois órgãos centrais do modelo de governança mineiro até então, o Conselho Gestor e a Unidade de PPP.

A Lei nº 22.606/2017 teve como objetivo principal a criação de fundos estaduais de incentivo e de financiamento de investimento, cujo teor das modificações, por sua relevância, será tratado em tópico apartado neste capítulo. Essa mesma Lei também revogou expressamente[54] a legislação que criou o Fundo de Parcerias Público-Privadas em Minas Gerais em 2003, a Lei n 14.869/2003.

Destaca-se, ainda, as relevantes alterações legislativas no que concerne às PPPs em Minas Gerais, consubstanciadas na edição dos Decretos Estaduais nº 47.077, editado em

---

[51] [...] fica aprovada a realização dos estudos de modelagem dos seguintes projetos de Parcerias Público-Privadas que, depois de finalizados, serão avaliados para eventual viabilização:
a) Escolas Estaduais, que consiste em estudo de viabilidade, seguido, se for o caso, de modelagem jurídica, operacional e financeira para projeto de concessão administrativa voltado para a implantação, manutenção e operação de unidades de ensino da rede pública do Estado de Minas Gerais, incluindo mobiliário e equipamentos, além da prestação de serviços de apoio não pedagógicos;
b) Rede Rodoviária do Estado de Minas Gerais, que consiste em estudo de viabilidade, seguido, se for o caso, de modelagem jurídica, operacional e financeira, além de estudos de engenharia, para concessão de construção e exploração de trechos da Rede Rodoviária do Estado de Minas Gerais que integra o Sistema Rodoviário Estadual – SRE;
c) Aeroporto Regional do Vale do Aço, que consiste em estudo de viabilidade, seguido, se for o caso, de modelagem jurídica, operacional e financeira de projeto de concessão patrocinada para realização de melhorias, administração, operação, exploração e manutenção do antigo Aeroporto da Usiminas (SBIP) do Estado de Minas Gerais;
d) Delegacias Regionais, que consiste em estudo de viabilidade, seguido, se for o caso, de modelagem jurídica, operacional e financeira para projeto de concessão administrativa para a implantação, manutenção e operação de delegacias regionais, incluindo mobiliário e equipamentos, como também a prestação de serviços de apoio, excetuando-se as atividades de polícia judiciária;
e) Hospitais Estaduais, que consiste em estudo de viabilidade, seguido, se for o caso, de modelagem jurídica, operacional e financeira, para projeto de concessão administrativa para a construção ou reforma, manutenção e operação de hospitais estaduais, incluindo mobiliário e equipamentos, bem como a prestação de serviços de apoio, excetuando-se as atividades assistenciais (MINAS GERAIS, 2016).

[52] http://www.ppp.mg.gov.br/

[53] Art. 56 – Ficam revogados:
I – a Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003 (MINAS GERAIS, 2017).

[54] Art. 56 – Ficam revogados:
(...)
II – a Lei nº 14.869, de 16 de dezembro de 2003 (MINAS GERAIS, 2017).

16/11/2016, e nº 47.155, editado em 21/02/2017. Os referidos decretos alteram de maneira determinante o modelo de governança das PPPs adotado até então no Estado de Minas Gerais.

Verifica-se que, por força do Decreto 47.077/2016, a função deliberativa acerca das PPPs ficou concentrada na Câmara de Orçamento e Finanças – COF. O órgão, instância central de governança do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, passou a ter competência para prestar apoio ao Governador na definição de diretrizes e estratégias de governo para a condução das políticas orçamentárias, financeira e patrimonial (MINAS GERAIS, 2016). Entre as competências da COF expressamente previstas no decreto, encontra-se a deliberação sobre projetos de Parcerias Público-Privadas no âmbito do Poder Executivo especialmente em relação à aprovação de editais e projetos, aditamentos e prorrogações de contratos (MINAS GERAIS, 2016). Com efeito, observa-se que a COF assumiu, a partir da vigência do decreto, a competência que havia sido designada ao Conselho Gestor em 2003 e vinha sendo desempenhada por ele até então.

Posteriormente, em 04 agosto de 2017, foi editado o Decreto 47.229 que instituiu o Grupo Executor de Concessões e Parcerias Público-Privadas em Minas Gerais, integrante da COF. Ao referido grupo foi atribuída a competência de centralizar e coordenar a elaboração, gestão e execução de projetos e propostas sobre concessões, parcerias público-privadas e demais parcerias que envolvam investimentos públicos e privados em infraestrutura e serviços públicos no Estado. Por meio das disposições do decreto, o Grupo Executor ficou responsável pela análise sobre a continuidade dos projetos de PPP e de concessões ainda não licitadas e, ainda, pela elaboração de estudo sobre os projetos e contratos em andamento (MINAS GERAIS, 2017). Ressalta-se que a responsabilidade sobre a análise da abertura de Procedimento de Manifestação de Interesse também passou a ser da COF.

A Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais também ganhou atribuições no âmbito da Política de PPPs. Em 24 de janeiro de 2018 foi publicado o Decreto Estadual nº 47.348, que, ao dispor sobre a organização da Secretaria de Estado de Fazenda, atribuiu a esta a competência para gerir a política de parcerias público-privadas no Estado. Nesse sentido, passou a fazer parte da estrutura orgânica da SEF, a Diretoria Central de Gestão dos Contratos de Parcerias Público-Privadas – PPP; com a finalidade de controlar administrativa e financeiramente os contratos vinculados às PPPs do Estado, competindo-lhe (i) controlar os limites e restrições para implementação de PPP e concessão de garantias nos contratos de PPP; (ii) projetar e controlar o fluxo de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela

administração pública nos contratos de PPP; (iii) administrar, em conjunto com os órgãos e entidades intervenientes, os contratos de PPP; (iv) executar o pagamento das obrigações relacionadas a contraprestação pecuniária nos contratos de PPP; (v) controlar as garantias e respectivas execuções atribuídas aos contratos de PPP (MINAS GERAIS, 2018).

Também a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais (SEPLAG/MG), por meio do Decreto Estadual 47.337/2018, incluiu a atribuição à sua Coordenadoria de Acompanhamento de Investimentos Estratégicos, que tem como competência monitorar os investimentos prioritários realizados pelo Poder Executivo, a função de "acompanhar e apoiar a formulação e a implantação de projetos e ações a serem executadas em parceria com o setor privado", que, obviamente, reflete no planejamento das PPP's (MINAS GERAIS,2018).

Como se vê, a última reforma administrativa do Estado de Minas Gerais mudou de forma significativa a estrutura de governança do programa de PPP estadual. Em relação à esfera decisória, as atribuições do Conselho Gestor de PPP foram assumidas pela Câmara de Orçamento e Finanças – COF, que concentrou diversas pautas decisórias do Executivo estadual. Por meio do Grupo Executor de PPPs, que atua em formato semelhante ao da Câmara Técnica da COF, às questões relativas às PPPs são endereçadas à COF e, por meio dele, são feitos os alinhamentos estratégicos com os demais secretários de Estado.

Em relação às estruturas de execução, pode-se dizer que há aparente conflito de atribuições, uma vez que a SEF e SEPLAG atuam no tema, sendo a SEF com a incumbência legal de gerir a política de PPPs, sem uma definição clara de quais atividades estão incluídas nessa gestão e a SEPLAG com a função definida em seu decreto de competências de acompanhar e apoiar projetos com o setor privado.

Segundo a Sra. Áurea Carvalho, Gerente de PPP do Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais – BDMG, a prática mostrou que o corpo técnico da CAIE/SEPLAG atuou com funções análogas às da antiga Unidade PPP, exercendo o papel prático de secretaria executiva para o "Grupo Executor de PPPs", sem, entretanto, ter a atribuição legal para isso. Já a SEF, que criou uma diretoria para o tema, focou sua atribuição no acompanhamento financeiro dos contratos vigentes, de suas garantias, e na formulação de soluções para a garantia de novos projetos.

Outra mudança significativa no modelo de governança das PPPs no Estado de Minas Gerais consistiu na edição do Decreto Estadual nº 47.155 em 21 de fevereiro de 2017, que possibilitou, entre outras medidas, que as entidades da administração direta e indireta

utilizassem o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. – BDMG - para estruturação e modelagem de projetos de empreendimentos de parceria público-privada mediante remuneração.

Nesse particular, o decreto permitiu que fosse atribuída, ao BDMG, a responsabilidade por (i) analisar a viabilidade econômico-financeira dos projetos;(ii) assessorar a elaboração de chamamentos públicos e a avaliação de propostas preliminares e estudos técnicos, incluindo os provenientes de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI;(iii) elaborar as modelagens econômico-financeiras e jurídicas dos projetos;(iv) recomendar a contratação de estudos complementares, quando for o caso;(v)consolidar a modelagem final dos empreendimentos de que trata o caput, incluindo, quando for o caso, os estudos técnicos especializados; e (vi) manifestar-se formalmente sobre os estudos finais e minutas de documentos licitatórios, especificamente no que se refere aos aspectos econômico-financeiros; (vii) apoiar tecnicamente a apresentação do projeto quando da análise e deliberação pela Câmara de Orçamento e Finanças – COF; (viii) promover os projetos junto ao mercado investidor, financiador e a outros interessados (MINAS GERAIS, 2017).

Segundo a Sra. Áurea Carvalho, Gerente de PPP do Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais – BDMG, a realização de modelagens de PPPs dos entes estaduais pelo BDMG já era a prática mesmo antes da edição do Decreto, tendo o órgão contribuído tecnicamente em algumas oportunidades no ano anterior à sua publicação.

Com a assunção pelo BDMG da atribuição de estruturador das modelagens dos novos projetos, foram interrompidas as contratações de consultoria externa para a realização das modelagens econômico-financeira e jurídica das PPPs no âmbito do Estado de Minas Gerais. A Sra. Áurea relata que a contratação de consultorias externas especializadas (por exemplo em gestão hospitalar) para a modelagem técnica/operacional e orçamentação de obras, por exemplo, vem sendo avaliada caso a caso.

De qualquer modo, observa-se uma gradual assunção pelo BDMG das competências que antes eram da Unidade de PPP extinta quando da revogação do Decreto 43.702/2003 em virtude da edição da Lei 22.606/2017, uma vez que as atividades que podem ser atribuídas ao banco consistem justamente naquelas relacionadas ao desenvolvimento, análise e recomendação de projetos a serem elaborados e a provisão de suporte e assessoramento técnico aos órgãos que necessitassem de instrução sobre a metodologia de contratos.

Após a análise desse novo cenário que se construiu a partir de 2016, é possível argumentar que as mudanças no modelo de governança das PPPs em Minas Gerais foram um

reflexo das mudanças políticas e econômicas vivenciadas pelo Estado nos últimos anos. No âmbito político, observa-se que o Estado de Minas foi governado, do início de 2003 até o final de 2014, por chefes do executivo que não só faziam parte do mesmo Partido Político, estando alinhados e compartilhando a ideologia das políticas executadas no Estado até então, como estavam amplamente envolvidos na elaboração dessas políticas desde o início de sua implementação.

O Governador Aécio Neves, Chefe do Executivo mineiro no contexto das reformas que levaram à criação e ao fortalecimento do Programa de PPPs em Minas Gerais, governou até 31 de março de 2010, quando saiu da função para concorrer ao cargo de Senador da República. Na oportunidade, o Vice-Governador, Antônio Anastasia, assumiu o governo de Minas, tendo sido reeleito para continuar o mandato como governador em 2011. O Governador Anastasia foi um dos grandes responsáveis pela mudança de direção da gestão do governo do Estado que culminou no Programa de PPPs mineira. Ele governou até abril de 2014, quando saiu para disputar o Senado, assumindo seu Vice, Alberto Pinto Coelho, que governou até 01/01/2015, data em que assumiu o atual Governador do Estado, Fernando Pimentel, do partido de oposição.

Dessa maneira, quando se considera o papel de destaque do Chefe do Executivo para a continuidade das políticas no Estado de Minas, apontado por Correia (2008), bem como a influência de sua figura para o processo de implantação do Programa de PPPs no Estado de Minas Gerais, não é demais atribuir tais mudanças no modelo de governança das PPPs em Minas Gerais à alternância de poder ocorrida no Estado a partir de 2015.

6.3.2 A experiência mineira com a utilização de PPPs até 2018

Para avaliar a experiência mineira com a utilização de PPPs, foi realizado um levantamento de todas as iniciativas de Parcerias Público-Privadas realizadas pela administração direta do Estado de Minas Gerais.

Tais iniciativas podem ser agrupadas em duas carteiras. A primeira relacionada a oito contratos de PPP celebrados e sob gestão das respectivas unidades setoriais, mas tendo a SEF como unidade responsável por gerir os pagamentos e as garantias do poder concedente a cada Sociedade de Propósito Específico. A segunda carteira refere-se a projetos em modelagem, em etapa prévia à licitação, que tem a COF (Câmara de Orçamento e Finanças) como unidade de definição e priorização do que deve ser avaliado, e tendo o BDMG como assessor técnico para conduzir os estudos de viabilidade e preparação dos documentos licitatórios.

A análise realizada por meio deste trabalho constatou que a última contratação de PPP realizada pelo Estado de Minas Gerais foi no ano de 2014, ano em que foram celebrados mais contratos de PPP. Além disso, verificou que até nos anos de 2015 e de 2016 chegaram a ser licitados projetos. Somente até o ano de 2016 é possível encontrar disponibilizados todos os documentos e informações relacionadas sobre os projetos de Parcerias Público-Privadas assinados pelo Governo de Minas Gerais. Todavia, não há documentos inseridos nos anos de 2017 e 2018, uma vez que o site institucional destinado às PPPs se encontra desatualizado desde o ano de 2016.

A despeito disso, este trabalho sistematizou as iniciativas referentes ao primeiro grupo, qual sejam, as oito contratações de PPP realizadas pelo Estado de Minas Gerais. A seguir, será apresentada uma ficha técnica para cada um desses contratos, contendo informações relativas a/ao: (i) Órgão Gestor; (ii) Tipo de Contrato, (iii) Realização de PMI, Data da Licitação (iv), (v) Data de Assinatura do Contrato, (vi) Duração do Contrato; (vii) Valor do Contrato; (viii) Investimento privado estimado na assinatura; (ix) Status em 2018; (x) Pagamento anual de contraprestação; (xi) Descrição do Projeto; (xii) Verificador Independente; (xiii) Pagamento Público; (xiv) Outras obrigações do Poder Público; (xv) Principais indicadores de desempenho; (xvi) Garantias financeiras do Poder Público; e (xvii) Informações Adicionais. Para elaboração do quadro, foram utilizadas informações constantes no Edital e no Contrato e seus respectivos Anexos, bem como apontamentos de cada secretaria apresentados no documento setorial de transição de governo em virtude das eleições para Governador do ano de 2018[55].

Quadro 04 – Lista de Projetos de PPP contratados até 2018 em Minas Gerais

1. PPP RODOVIA MG-050[56]	
Órgão gestor	Secretaria de Estado de Transportes e Obras (SETOP) - Diretoria de Concessões
Tipo de contrato	PPP - Concessão Patrocinada
Realização de PMI?	Sim

[55] A despeito da presente dissertação ter sido defendida no dia 27/04/2018, em momento anterior à elaboração dos documentos de transição do Governo, o trabalho foi complementado em momento posterior, para depósito.
[56] http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-rodovia-mg-50
https://www.mg.gov.br/conteudo/transicao/transportes-e-obras-publicas/transporte-e-obras-publicas
http://www.ppp.mg.gov.br/images/Carteira_Projetos_Unidade_PPP_2016.pdf

Data da Licitação	07/08/2006
Data de assinatura do contrato	21/7/2007
Duração do contrato	25 anos
Valor do contrato	R$ 2.196 milhões
Investimento privado estimado na assinatura	R$ 650 milhões
Status (2018)	Em execução, porém judicializado.
Pagamento anual de contraprestação em 2019	R$13 milhões
Descrição do projeto	Exploração mediante recuperação, ampliação e manutenção da rodovia MG-050 nos trechos: entroncamento BR 262 (Juatuba) - Itaúna - Divinópolis – Formiga - Piumhi - Passos - São Sebastião do Paraíso, o trecho entroncamento MG 050/ entroncamento BR 265, da BR 49115 do km 0,0 ao km 4,65 e o Trecho São Sebastião do Paraíso – Divisa MG/SP da Rodovia BR 265. O contrato prevê a prestação de serviços pela concessionária de reestruturação asfáltica, ampliação de faixas, conservação e manutenção rodoviária.
Verificador independente	Contrato assinado - Validade até setembro de 2021
Pagamento público	A contraprestação pecuniária foi calculada a partir da proposta econômica da concessionária, podendo ser menor em caso de não cumprimento integral dos índices do Quadro de Indicadores de Desempenho.

Outras obrigações do Poder Público	Além de efetuar os pagamentos públicos, o Governo tem a obrigação de efetuar o pagamento das verbas de custeio mensal da Polícia Rodoviária e do Corpo de Bombeiros.
Principais indicadores de desempenho	São diversos índices que tratam do nível de serviço da rodovia, níveis de atendimento ao público, níveis de notificações, avaliação das obras, níveis contábeis da SPE, entre outros.
Garantias financeiras do poder público	A garantia para o cumprimento das obrigações assumidas pela SETOP neste Contrato é prestada pela Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG. As obrigações da CODEMIG incidem sobre parcela dos direitos à participação nos lucros líquidos decorrentes da venda de produtos derivados do beneficiamento e industrialização de minérios pela Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração – CBMM, emergentes de sociedade em conta de participação constituída pela CODEMIG e pela CBMM, nos termos de escritura pública datada de 28 de setembro de 1972, lavrada pelo Cartório do 6º Ofício de Notas de Belo Horizonte. A parcela objeto da garantia estará limitada ao valor correspondente à Contraprestação Pecuniária mensal devida pela SETOP à Concessionária. A garantia vigorará durante todo o prazo deste Contrato.
Informações Adicionais	**Situação Atual:** Atualmente o Estado não cumpre o repasse das contraprestações pecuniárias sob a alegação de que a Concessionária descumpriu itens do contrato. Desta forma, a Concessionária tem-se financiando apenas com o valor de pedágio arrecadado. Além disso, a rodovia possui 06 praças de pedágio instaladas ao longo do trecho, sendo que o Volume Diário Médio Anual (VDMA) de veículos que trafegam sobre essas praças gira em torno de 11 mil. O valor da tarifa básica de pedágio cobrado de um veículo simples atualmente é de R$ 5,90, sendo aplicado multiplicadores a esse valor a depender da categoria do automóvel, sofrendo reajuste em junho de cada ano. Atualmente o contrato de PPP encontra-se no 8° termo aditivo. **Arbitragem:** A Sentença Arbitral, proferida em 27/12/2016, detalha decisões que ratificam imposição de multa (com correções no cálculo e aplicação de multas) à Concessionária, em virtude de atraso no

	cronograma de execução das obras. Em 16 de janeiro de 2017, a Concessionária foi notificada extrajudicialmente, através do Ofício da Assessoria Jurídica da SETOP nº. AJU/008/2017, determinando a não aplicação de reajuste dos valores do pedágio devido a questionamentos sobre desequilíbrio contratual decorrente de descumprimento contratual. Tal fato, levou a uma decisão arbitral, comunicada em 08/03/2017, implicando em multas que R$ 4.856.945,36.
2. PPP Complexo Penal[57]	
Órgão gestor	Secretaria de Estado de Administração Prisional (SEAP) - Unidade setorial de PPP do Complexo Penal
Tipo de contrato	PPP - Concessão Administrativa
Realização de PMI?	Não
Data da Licitação	2008
Data de assinatura do contrato	16/6/2009
Duração do contrato	27 anos
Valor do contrato	R$ 2.111 milhões
Investimento privado estimado na assinatura	R$180 milhões
Status (2018)	Em execução, porém consumindo garantias
Pagamento anual de	R$106 milhões

57 http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-complexo-penal https://www.mg.gov.br/conteudo/transicao/administracao-prisional/administracao-prisional http://www.ppp.mg.gov.br/images/Carteira_Projetos_Unidade_PPP_2016.pdf

contraprestação em 2019	
Descrição do projeto	O projeto prevê a concessão administrativa para a construção e gestão de complexo penal em Ribeirão das Neves. O contrato prevê que nos dois primeiros anos de concessão a concessionária é responsável pela construção do empreendimento que visa a disponibilização de 3360 vagas, divididas em 5 unidades prisionais, com os anos restantes destinados à gestão do complexo. O contrato prevê também a construção de unidade de administração para o Complexo Penal.
Verificador independente	Contrato assinado - Validade até novembro de 2021, prorrogável por mais 2 anos.
Pagamento público	Parcela 1: Contraprestação pecuniária mensal Parcela 2: Parcela anual de desempenho Parcela 3: Parcela referente ao Parâmetro de Excelência O segundo termo aditivo ao contrato acrescentou ainda a Parcela Complementar, decorrente de investimentos adicionais realizados pela contratada, atendendo a solicitações do poder concedente. Foi estabelecido o pagamento da parcela entre o mês de agosto de 2013 e o mês de dezembro de 2018 no valor de R$ 1.890.060,00, com data-base de dezembro de 2012.
Outras obrigações do Poder Público	É atribuição do poder público a nomeação de cargos de Diretor Público de Segurança de cada Unidade Penal, a transferência de sentenciados para as novas unidades, a segurança externa do Complexo Penal e as atividades de segurança armada nas muralhas.
Principais indicadores de desempenho	Avaliação pelo chamado Sistema de Mensuração de Desempenho e Disponibilidade. A mensuração bimestral feita a partir de Índice de Desempenho. A avaliação anual feita por meio do Parâmetro Anual de Desempenho (PAD).
Garantias financeiras do poder público	Direitos creditórios oriundos do Contrato de Abertura de Crédito BDMG/BF nº 138.218/07, firmado entre o BDMG, na qualidade de mandatário do Estado de Minas Gerais, e Fiat Automóveis S.A., no

	âmbito do Fundo de Incentivo ao Desenvolvimento – FINDES, regido pela Lei nº 15.981, de 16 de janeiro de 2006 e respectivos regulamentos; Direitos creditórios oriundos do Contrato de Abertura de Crédito BDMG/BF Nº 138.217/07, firmado entre o BDMG, na qualidade de mandatário do Estado de Minas Gerais, e Fiat Automóveis S.A., no âmbito do Fundo de Incentivo ao Desenvolvimento – FINDES, regido pela Lei nº 15.981, de 16 de janeiro de 2006 e respectivos regulamentos; Direitos creditórios oriundos do Contrato de Abertura de Crédito BDMG/BF Nº 134.593/06, firmado entre o BDMG, na qualidade de mandatário do Estado de Minas Gerais, e Fiat Automóveis S.A., no âmbito do Fundo de Incentivo ao Desenvolvimento – FINDES, regido pela Lei nº 15.981, de 16 de janeiro de 2006 e respectivos regulamentos; 5.550 (cinco mil quinhentos e cinquenta) debêntures simples, da espécie quirografária, não conversíveis em ações, sem a emissão de cautelas e certificados, com valor unitário de R$ 10.000,00 (dez mil reais), subscritas e integralizadas pelo Estado de Minas Gerais, de emissão da Telemig Celular S.A. (primeira emissão privada de debêntures), no valor de R$55.500.000,00 (cinquenta e cinco milhões e quinhentos mil reais) na data da emissão; 5.400 (cinco mil e quatrocentas) debêntures simples, da espécie quirografária, não conversíveis em ações, sem a emissão de cautelas e certificados, com valor unitário de R$10.000,00 (dez mil reais), subscritas e integralizadas pelo Estado de Minas Gerais, de emissão da BCP S.A. (segunda emissão privada de debêntures), no valor de R$ 54.000.000,00 (cinquenta e quatro milhões de reais) na data da emissão; 5.400 (cinco mil e quatrocentas) debêntures simples, da espécie quirografária, não conversíveis em ações, sem a emissão de cautelas e certificados, com valor unitário de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a serem subscritas e integralizadas pelo Estado de Minas Gerais, de emissão da Telemar Norte Leste S.A., no valor de R$ 54.000.000,00 (cinquenta e quatro milhões de reais) na data da emissão;

	Títulos da dívida pública federal no valor de R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).
Informações Adicionais	Segundo informações fornecidas pela Administração, como desafios e oportunidades para os próximos anos são previstas (i) ações relacionadas à ampliação de PPP, implementação do modelo de PPP de operacionalização de unidades e implementação de cogestão; e (ii) substituição do verificador independente privado por equipe de verificação independente vinculada à administração pública.
3. PPP Mineirão[58]	
Órgão gestor	Secretaria de Estado de Esportes (SEESP) - Unidade Setorial de PPP do Complexo do Mineirão
Tipo de contrato	PPP – Concessão Administrativa
Realização de PMI	Não
Data da Licitação	13/08/2010
Data de assinatura do contrato	21/12/2010
Duração do contrato	27 anos
Valor do contrato	R$ 677 milhões
Investimento privado estimado na assinatura	R$ 850 milhões
Status (2018)	Em execução, porém consumindo garantias.
Pagamento anual de	R$140 milhões

[58] http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-mineirao
https://www.mg.gov.br/conteudo/transicao/esportes/esportes
http://www.ppp.mg.gov.br/images/Carteira_Projetos_Unidade_PPP_2016.pdf

contraprestação em 2019	
Descrição do projeto	Exploração mediante concessão administrativa, da operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão.
Verificador independente	Contrato assinado - Validade até julho de 2021 prorrogável por mais 2 anos.
Pagamento público	Parcelas pecuniárias mensais e Parcelas de ajuste sazonal anual. Contraprestação mensal: Parcela a – referente à amortização do investimento; Parcela b – referente ao desempenho operacional, sobre a qual incidem os indicadores de desempenho.
Outras obrigações do Poder Público	N/A
Principais indicadores de desempenho	• Índice de Qualidade • Índice de Disponibilidade • Índice de Conformidade • Índice Financeiro
Garantias financeiras do poder público	Direitos creditórios do Fundo de Incentivo ao Desenvolvimento – FINDES, com valor decrescente à proporção da amortização dos investimentos; e Títulos da dívida pública federal no valor de R$ 100.000.000,00
Informações adicionais	**Outros destaques do projeto:** As contraprestações pecuniárias (CP) do Estado diminuem com o decorrer do contrato. Previsão de CPs feita pela Unidade de PPP em seu demonstrativo de PPPs do ano 2015: 2018: 127.936.604,12 2019: 123.717.137,12 2020: 84.099.632,12 2021: 57.936.262,12 2022: 57.936.262,12 2023: 57.936.262,12 2024: 57.936.262,12

	Pendências: Necessidade de regularização dos pagamentos ao Concessionário e recomposição das garantias; e necessidade de regularização dos pagamentos ao Verificador Independente.
4. PPP Aeroporto Zona da Mata[59]	
Órgão gestor	Secretaria de Estado de Transportes e Obras (SETOP) - Superintendência de Infraestrutura Aeroviária
Tipo de contrato	PPP - Concessão Patrocinada
Realização de PMI?	Sim
Data da Licitação	20/10/2014
Data de assinatura do contrato	22/12/2014
Duração do contrato	30 anos
Valor do contrato	R$ 204 milhões
Investimento privado estimado na assinatura	R$ 30 milhões
Status (2018)	Em execução
Pagamento anual de contraprestação em 2019	R$5 milhões
Descrição do projeto	O modelo de concessão envolve a realização de investimentos privados no Aeroporto Zona da Mata, bem como a exploração de serviços

[59] http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/aeroporto-regional-da-zona-da-mata-arzm
https://www.mg.gov.br/conteudo/transicao/transportes-e-obras-publicas/transporte-e-obras-publicas
http://www.ppp.mg.gov.br/images/Carteira_Projetos_Unidade_PPP_2016.pdf

	aeroportuários e administração do terminal. O contrato compartilha riscos de demanda entre os setores privado e público.
Verificador independente	A agenda dos 100 primeiros dias de 2019 do Relatório de Transição prevê a elaboração de estudo e proposta para a contratação de Verificador Independente (VI)
Pagamento público	Parcelas mensais considerando-se 1/12 do valor solicitado de CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA apresentado na PROPOSTA ECONÔMICA, ponderado em sua totalidade pela NOTA DO QUADRO DE INDICADORES DE DESEMPENHO.
Outras obrigações do Poder Público	N/A
Principais indicadores de desempenho	• Índice Operacional, composto pelos indicadores de Parâmetros Gerais, de Tempo de Fila da Inspeção de Segurança, acesso às áreas limpas e de Tempo de Devolução de Bagagem; • Índice de satisfação, composto pelos indicadores de Satisfação do Usuário, de Atendimento Empresa Aérea e de Atendimento ao Operador Logístico; • Índice Ambiental, composto pelo indicador de Certificação Ambiental; • Índice de Gestão, composto pelos indicadores de Prestação de Informação e Financeiro; • Índice de Produtividade do Aeroporto.
Garantias financeiras do poder público	Na seção de Desafios e Oportunidades do Relatório de Transição prevê que a definição das garantias do poder concedente em relação ao contrato do projeto ainda deve elaboradas.
Informações Adicionais	A PPP possibilitou a atração de novas companhias aéreas que interligam a região da Zona da Mata mineira aos grandes centros do Brasil, a operação de cargas internacionais e a implantação de novos equipamentos visando ao aumento da segurança das operações aéreas e da infraestrutura como um todo. Após a concessão o Aeroporto teve um crescimento de 35% no número de passageiros processados.

5. PPP Resíduos Sólidos Urbanos - RSU[60]	
Órgão gestor	Agência de Desenvolvimento da Rede Metropolitana de Belo Horizonte (ARMBH)
Tipo de contrato	PPP - Concessão Administrativa
Realização de PMI	Sim
Data da Licitação	06/03/2014
Data de assinatura do contrato	03/07/2014
Duração do contrato	30 anos
Valor do contrato	R$ 2.441 milhões
Investimento privado estimado na assinatura	R$ 80 milhões
Status (2018)	Contrato suspenso
Pagamento anual de contraprestação em 2019	R$54 milhões
Descrição do projeto	A competência para a gestão de resíduos sólidos no Brasil é dos municípios. Na RMBH, em que as chamadas manchas urbanas se confundem, o Governo do Estado propôs-se a gerir de maneira compartilhada parte dessa competência, contratando a PPP para os serviços de transbordo, tratamento e disposição final ambientalmente adequada dos resíduos. O município continuará responsável pela coleta

[60] http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/residuos-solidos
https://www.mg.gov.br/conteudo/transicao/cidades-e-integracao-regional/cidades-e-integracao-regional
http://www.ppp.mg.gov.br/images/Carteira_Projetos_Unidade_PPP_2016.pdf

	domiciliar dos resíduos e por todas as etapas que antecedem o transbordo.
Verificador independente	Contrato não prevê a contratação de verificador independente privado
Pagamento público	Parcela 1: Parcela Remuneratória Mensal, paga a partir do início da prestação do serviço de transbordo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos Urbanos. O valor da Parcela Remuneratória Mensal é proporcional ao montante de RSU efetivamente destinado, em cada lote, a cada mês. O valor pago por tonelada destinada é: Lote 1: R$ 79,13 por tonelada/dia Lote 2: R$ 72,13 por tonelada/dia Parcela 2: Parcela Anual Complementar, paga doze meses após o início da prestação do serviço de transbordo, tratamento e disposição final de Resíduos Sólidos Urbanos, que será devida somente será devida caso o montante de RSU efetivamente entregue à concessionária seja inferior a 70% da projeção anual de RSU estabelecida no contrato.
Outras obrigações do Poder Público	Além de efetuar os pagamentos públicos, o Governo tem a obrigação de acompanhar a execução das obrigações contraídas pelos municípios convenentes, principalmente no que tange à periodicidade da coleta convencional de Resíduos Sólidos Urbanos e à destinação deles às Estações de Transbordo ou às Centrais de Tratamento indicadas.
Principais indicadores de desempenho	• Índice de Processamento da ESTAÇÃO DE TRANSBORDO, relativo à quantidade de Resíduos Sólidos Urbanos remanescentes por mais de 72 horas na Estação de Transbordo em relação à capacidade total da Estação de Transbordo; • Índice de Redução de Resíduos Aterrados, relativo à quantidade de Resíduos Sólidos Urbanos dispostos em aterro sanitário em relação ao montante de Resíduos Sólidos efetivamente destinados;

	• Índice de Disponibilidade de Destinação Final, relativo ao montante de Resíduos Sólidos Urbanos efetivamente destinados em relação ao montante de Resíduos Sólidos entregue à concessionária.
Garantias financeiras do poder público	Será preservado estoque mínimo de liquidez com valor correspondente a R$10.000.000.000,00 (dez milhões de reais), em cada um dos lotes, que será constituído por títulos públicos federais e ações de empresas de capital aberto registradas no mercado nacional de bolsas de valores, com controle direto ou indireto pelo Governo de Minas Gerais.
Informações Adicionais	**Outros destaques do projeto:** (i) Um dos objetivos dessa PPP é cumprir a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que definiu como uma das metas a eliminação dos lixões e aterros controlados até agosto de 2014; (ii) Em contrapartida ao aporte financeiro do Estado, o município será responsável por implantar a coleta seletiva com a inclusão socioprodutiva de organizações de catadores de materiais recicláveis, garantindo, além da questão ambiental, o viés social do projeto; (iii) São beneficiários da PPP, 43 municípios da RMBH e do Colar Metropolitano e 3 milhões de pessoas; (iv) Inseriu-se nos critérios licitatórios a variável "Coeficiente Ambiental", gerando incentivo ao licitante para redução do percentual de resíduos sólidos aterrado ao longo da concessão. **Contrato Suspenso:** O contrato foi assinado pelo consórcio Empresa Metropolitana de Tratamento de Resíduos Sólidos S/A (EMTR) porém as operações não foram iniciadas e o contrato encontra-se suspenso desde julho de 2015 para adequações no plano logístico apresentado pelo consórcio vencedor com vistas a reduzir o impacto ambiental e financeiro. Para dar prosseguimento ao contrato o Governo de Minas vem trabalhando na: renegociação dos valores a serem aportados pelos municípios com vistas a reduzir o impacto financeiro para o governo estadual; Revisão do plano logístico, considerando a desistência de alguns municípios e reavaliando o quantitativo de estações de transbordo, a ampliação do raio percorrido (desde a coleta até as estações de transbordo) e cronograma de implementação do projeto com vistas a reduzir o impacto financeiro; Análise de viabilidade de

	assinatura de um Contrato de Penhor e contratação de Verificador Independente; Análise jurídica das alterações contratuais (Advocacia Geral do Estado - AGE deverá repactuar com o Ministério Público - MP e Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG) e assinatura de aditivo contemplando as alterações. Espera-se em 2019 que os ajustes sejam feitos e o contrato seja reiniciado.
6. PPP UAI Fase 1[61]	
Órgão gestor	Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG) - Núcleo de Acompanhamento das PPPs
Tipo de contrato	PPP- Concessão Administrativa
Realização de PMI?	Não
Data da Licitação	17/07/2010
Data de assinatura do contrato	23/12/2010
Duração do contrato	20 anos
Valor do contrato	R$ 311 milhões
Investimento privado estimado na assinatura	R$ 10 milhões
Status (2018)	Em execução
Pagamento anual de contraprestação em 2019	R$24 milhões

61 http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-uai https://www.mg.gov.br/conteudo/transicao/planejamento-e-gestao/planejamento-e-gestao http://www.ppp.mg.gov.br/images/Carteira_Projetos_Unidade_PPP_2016.pdf

Descrição do projeto	Implantação, gestão, operação e manutenção de Unidades de Atendimento Integrado – UAI, em 06 (seis) municípios mineiros localizados em Betim, Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberlândia e Varginha.
Verificador independente	Contrato prevê que o Estado pode ser o VI, de modo que não existe verificador privado atualmente.
Pagamento público	Parcela 1: Parcela mensal por atendimentos, devida mensalmente, a partir do início da operação da primeira unidade; Parcela 2: Parcela devida anualmente, 12 meses após a entrada em funcionamento da última unidade.
Outras obrigações do Poder Público	N/A
Principais indicadores de desempenho	• Grau de Satisfação: Grau de satisfação do cidadão, medido através de informação registrada pelo cidadão usando o teclado (pad) de avaliação ao término do atendimento no guichê; • Tempo de Espera Médio: Tempo médio calculado a partir da emissão da senha até o momento em que a senha é chamada no painel para ser atendida no guichê; • Percentual de Senhas Efetivamente Atendidas: Quantidade de Senhas Atendidas em relação às senhas emitidas; • Coeficiente de Eficiência: calculado com base nos indicadores anteriores e utilizado para definição das parcelas que compõe a contraprestação pecuniária.
Garantias financeiras do poder público	O contrato possui tabela com valor a ser observado para penhor dos bens do Estado tendo em vista a garantia de pagamento da contraprestação.
Informações Adicionais	N/A
7. PPP UAI Fase 2[62]	

62 http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/uai-2012-fase-2
https://www.mg.gov.br/conteudo/transicao/planejamento-e-gestao/planejamento-e-gestao
http://www.ppp.mg.gov.br/images/Carteira_Projetos_Unidade_PPP_2016.pdf

Órgão gestor	Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG) - Núcleo de Acompanhamento das PPPs
Tipo de contrato	PPP - Concessão Administrativa
Realização de PMI?	Não
Data da Licitação	24/07/2013
Data de assinatura do contrato	20/12/2014
Duração do contrato	17 anos
Valor do contrato	R$ 722 milhões
Investimento privado estimado na assinatura	R$ 60 milhões
Status (2018)	Em execução
Pagamento anual de contraprestação em 2019	R$35 milhões
Descrição do projeto	Implantação, gestão, operação e manutenção de Unidades de Atendimento Integrado: Primeiro lote (7 UAIs): Belo Horizonte (Unidade Barreiro), Paracatu, Patos de Minas, Uberaba, São Sebastião do Paraíso, Passos e Divinópolis; Segundo lote (7 UAIs): Contagem, Pouso Alegre, Poços de Caldas, Lavras, São João Del Rei, Barbacena e Muriaé; Terceiro lote (9 UAIs): Belo Horizonte (unidade Venda Nova), Sete Lagoas, Curvelo, Diamantina, Araçuaí, Teófilo Otoni, Ipatinga, Caratinga e Ponte Nova.

Verificador independente	Contrato prevê que o Estado pode ser o VI, de modo que não há verificador privado atualmente.
Pagamento Público	Parcela 1: Parcela mensal por atendimentos, devida mensalmente, a partir do início da operação da Unidade; Parcela 2: Parcela anual complementar, devida anualmente, 12 meses após a entrada em funcionamento pleno da Unidade UAI Praça Sete.
Outras obrigações do Poder Público	O contrato prevê como competência do poder concedente o fornecimento do Sistema de Gestão do Atendimento - SGA.
Principais indicadores de desempenho	• Grau de Satisfação: Grau de satisfação do cidadão, medido através de informação registrada pelo cidadão usando o teclado (pad) de avaliação ao término do atendimento no guichê; • Tempo de Espera Médio: Tempo médio calculado a partir da emissão da senha até o momento em que a senha é chamada no painel para ser atendida no guichê; • Percentual de Senhas Efetivamente Atendidas: Quantidade de Senhas Atendidas em relação às senhas emitidas; • Coeficiente de Eficiência: calculado com base nos indicadores anteriores e utilizado para definição das parcelas que compõe a contraprestação pecuniária.
Garantias financeiras do poder público	O contrato prevê o penhor de bens no valor de R$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para cada um dos 3 lotes objetos do projeto, totalizando R$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais) para garantia do adimplemento por parte do poder concedente.
Informações Adicionais	**Situação atual:** O projeto foi reequilibrado em 2017, com redução do escopo em 25%, decorrente da exclusão de determinadas unidades. Além disso, no documento de transição da Secretaria de Planejamento e Gestão, o governo coloca como agenda dos 100 primeiros dias de 2019 as seguintes ações relacionadas às Unidades de Atendimento Integrado do projeto: Alteração do modelo de Gestão da UAI Pouso Alegre para PPP, prevista para 18/02/2019; Alteração do modelo de Gestão UAI Curvelo para PPP prevista para 18/03/2019; Encerramento das atividades UAI Barbacena,

	devido ao elevado custo para reinstalação em outro endereço. Prefeitura está solicitando devolução do imóvel onde funciona atualmente a UAI daquele município.
8. PPP UAI Praça 7 – Fase 3[63]	
Órgão gestor	Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG) - Núcleo de Acompanhamento das PPPs
Tipo de contrato	PPP - Concessão Administrativa
Realização de PMI?	Não
Data da Licitação	23/06/2014
Data de assinatura do contrato	13/12/2014
Duração do contrato	15 anos
Valor do contrato	R$ 217 milhões
Investimento privado estimado na assinatura	R$ 20 milhões
Status (2018)	Contrato suspenso
Pagamento anual de contraprestação em 2019	R$20 milhões
Descrição do projeto	O projeto envolve a implantação, gerenciamento, operação e manutenção de da Unidade de Atendimento Integrado da Praça Sete de Setembro no Município de Belo Horizonte.

[63] http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/uai-praca-sete
https://www.mg.gov.br/conteudo/transicao/planejamento-e-gestao/planejamento-e-gestao
http://www.ppp.mg.gov.br/images/Carteira_Projetos_Unidade_PPP_2016.pdf

Verificador independente	Contrato prevê que o Estado pode ser o VI, de modo que não há verificador privado atualmente.
Pagamento público	Parcela 1: Parcela mensal por atendimentos, devida mensalmente, a partir do início da operação da Unidade; Parcela 2: Parcela anual complementar, devida anualmente, 12 meses após a entrada em funcionamento pleno da Unidade UAI Praça Sete.
Outras obrigações do Poder Público	O contrato prevê como competência do poder concedente o fornecimento do Sistema de Gestão do Atendimento - SGA.
Principais indicadores de desempenho	• Grau de Satisfação: Grau de satisfação do cidadão, medido através de informação registrada pelo cidadão usando o teclado (pad) de avaliação ao término do atendimento no guichê; • Tempo de Espera Médio: Tempo médio calculado a partir da emissão da senha até o momento em que a senha é chamada no painel para ser atendida no guichê; • Percentual de Senhas Efetivamente Atendidas: Quantidade de Senhas Atendidas em relação às senhas emitidas; • Reação do usuário: Relação entre reclamações mensais recebidas e número total de atendimento; • Coeficiente de Eficiência: calculado com base nos indicadores anteriores e utilizado para definição das parcelas que compõe a contraprestação pecuniária.
Garantias financeiras do poder público	O contrato prevê o penhor de bens no valor de R$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para garantia do adimplemento pelo poder concedente.
Informações Adicionais	No documento de transição da Secretaria de Planejamento e Gestão, o governo coloca como agenda dos 100 primeiros dias de 2019 as seguintes ações relacionadas às Unidades de Atendimento Integrado do projeto: “Alteração do modelo de Gestão da UAI Praça Sete para PPP (tratativas em andamento)”.

Fonte: Autoria própria

Por meio da compilação dos dados e informações sobre a situação das PPPs no Estado de Minas Gerias que ora se realizou, verificou-se que alguns desafios comumente apontados pela literatura se materializaram em muitas das PPPs em curso no Estado de Minas Gerais.

É o exemplo da **PPP da Rodovia MG-050**, primeira PPP contratada no Estado. O estudo realizado identificou que o contrato referente à PPP foi objeto de litígio em sede de arbitragem, mecanismo de resolução de conflito que, em regra é custoso tanto pelo valor inerente ao procedimento, quanto pelo necessário dispêndio de altos valores com advogados especializados.

A referida arbitragem tratou de aplicação de multa na Concessionária em virtude de atraso no cronograma de execução das obras. Em 16 de janeiro de 2017, a Concessionária foi notificada extrajudicialmente, através do Ofício da Assessoria Jurídica da SETOP nº. AJU/008/2017, determinando a não aplicação de reajuste dos valores do pedágio devido a questionamentos sobre desequilíbrio contratual decorrente de descumprimento contratual. Tal fato, levou a uma decisão arbitral, comunicada em 08/03/2017, implicando em multas que totalizaram o valor de R$ 4.856.945,36.

Apurou-se ainda que, atualmente, o Estado de Minas Gerais não cumpre o repasse das contraprestações pecuniárias sob a alegação de que houve descumprimento de itens do contrato por parte da Concessionária. Desta forma, a Concessionária tem-se financiando apenas com o valor de pedágio arrecadado.

Apesar de não haver informações suficientes para atrelar o litígio relatado à mecanismos contratuais pouco desenvolvidos, a sua própria existência já indica que a modelagem em questão deve ser estudada com profundidade e com relação aos problemas que vêm sendo enfrentados, de modo que a experiência possa ser aproveitada em benefício da eficiência de eventuais novos projetos.

A **PPP do Complexo Penal**, por sua vez, encontra-se em execução, porém está consumindo garantias do Poder Público. Por si só, isso demonstra a falta de capacidade de adimplemento das contraprestações pelo Poder Público, que, como visto em tópico anterior, é um dos grandes “gargalos” para a implementação de projetos de PPP no Brasil e no Estado.

A **PPP do Mineirão** também se encontra em execução, porém consumindo garantias. Nas informações repassadas nos documentos de transição, são apontadas como “pendências” a regularização dos pagamentos ao Concessionário, a recomposição das garantias da Administração e a regularização dos pagamentos ao Verificador Independente, atestando, mais uma vez, a dificuldade de o Estado de Minas Gerais em adimplir os compromissos firmados

por meio das PPPs contratadas e a própria importância da garantia do Poder Público. Interessante observar que garantia prevista no contrato licitado não dispunha de assertividade, consistindo em garantia "aberta', dispondo apenas que o Poder Concedente iria constituir penhor "sobre bens de sua propriedade, de direitos creditórios do Fundo de Incentivo ao Desenvolvimento (FINDES/Pró-Invest e FINDES/Pró- Giro) e títulos da dívida pública federal", não sendo indicado quais.

Ainda no que diz respeito a garantias da Administração, verifica-se, no caso da **PPP do Aeroporto da Zona da Mata**, que muito embora ele esteja atualmente em execução, a definição da referida garantia ainda está pendente de elaboração. Da mesma forma que no caso da **PPP do Mineirão**, a previsão de garantia estava "aberta" no contrato licitado, dispondo apenas que o Poder Concedente gravaria em garantia, para o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas, "ativos de sua propriedade". Ainda que o referido contrato tenha estabelecido requisitos para esses ativos (possuir liquidez suficiente para a cobertura de 6 contraprestações pecuniárias mensais, em até 90 dias no eventual inadimplemento do poder concedente e a possibilidade de ser operados por instituição financeira especialmente contratada para tal), a falta de determinação, na época de quais ativos seriam gravados, importou na execução contratual sem essa definição e, consequentemente, sem garantia por 04 anos, até agora. Esse fato corrobora para a desconfiança do mercado na Administração Pública.

No caso da **PPP Resíduos Sólidos Urbanos – RSU**, muito embora o contrato tenha sido assinado em 2014, as operações não foram iniciadas e o contrato encontra-se suspenso desde julho de 2015 para adequações no plano logístico apresentado pelo consórcio vencedor em função da desistência de alguns Municípios que inicialmente participariam do projeto. O contrato teve que sofrer algumas modificações, inclusive no cronograma de implementação do projeto com vistas a reduzir o impacto financeiro, que certamente importarão no seu reequilíbrio econômico-financeiro. Até o momento, permanecia pendentes a análise, ainda, a viabilidade de assinatura de um Contrato de Penhor, contratação de Verificador Independente e análise jurídica das alterações contratuais (Advocacia Geral do Estado - AGE deverá repactuar com o Ministério Público - MP e Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG), com posterior assinatura de termo aditivo contemplando as alterações. A expectativa constante dos documentos de transição era que em 2019 que os ajustes fossem feitos e o contrato fosse reiniciado.

No que diz respeito a este projeto, interessante destacar que um de seus objetivos é o cumprimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos, que definiu como meta a eliminação

dos lixões e aterros controlados até agosto de 2014. Como a competência para a gestão de resíduos sólidos no Brasil é dos Municípios, o projeto da **PPP Resíduos Sólidos**, por meio de um arranjo inovador, estabeleceu contratos de programa entre o Estado de Minas Gerais e 43 municípios. Por meio destes contratos, o Governo do Estado iria gerir, de maneira compartilhada com os municípios, parte dessa competência, contratando a PPP para os serviços de transbordo, tratamento e disposição final ambientalmente adequada dos resíduos. O município continuaria responsável pela coleta domiciliar dos resíduos e por todas as etapas que antecedem o transbordo.

Dessa forma, o contrato depende de uma parceria entre o Governo do Estado, responsável pelo aporte financeiro e pela fiscalização do cumprimento contratual, e de cada um dos municípios participantes, que permaneceriam responsáveis por implantar a coleta seletiva com a inclusão socioprodutiva de organizações de catadores de materiais recicláveis, garantindo, além da questão ambiental, o viés social do projeto. A concessionária, por sua vez, seria remunerada por meio da Parcela Remuneratória Mensal, paga a partir do início da prestação do serviço de transbordo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos Urbanos. Na modelagem original do contrato, o valor da Parcela Remuneratória Mensal seria proporcional ao montante de RSU efetivamente destinado, em cada lote de licitação, a cada mês. Verifica-se que a quantidade de *stakeholders* envolvidos na contratação impactaram a execução do contrato. A desistência de alguns munícipios incluídos no projeto impactou toda a lógica da modelagem, implicando em uma série de ajustes na sua lógica financeira e atrasando em mais 04 anos o início da execução do Contrato.

Além das conclusões sobre os desafios enfrentados, a análise realizada por este trabalho também permitiu outras observações.

Foi possível observar que, das oito contratações realizadas, apenas três delas foram precedidas por PMI: a **PPP da MG-050,** a **PPP do Aeroporto da Zona da Mata,** e a **PPP de Resíduos Sólidos Urbanos.** Nesse sentido, é possível concluir que a realização de PMI não impediu os desafios para a execução contratual citados acima em cada um desses projetos. Como visto, tais desafios se relacionam a litígios acerca de aplicação de multas por descumprimento contratual; definição de garantias do Poder Público e suspensão do contrato para discussão de reequilíbrio. Todavia, não se teve acesso aos documentos do PMI para que se chegasse à conclusão se o procedimento observou as boas práticas apontadas pela literatura.

Além dos projetos relacionados no quadro acima, apurou-se que existem em torno de 10 (dez) projetos de PPP para os quais foram divulgados Editais de PMI: PPP das Estradas Estaduais, PPP das Escolas Estaduais, PPP do Transporte sobre Trilhos; PPP do Centro de Treinamento e PPP de Capacitação Aeroespacial, PPP dos Pátios de Recolhimento de Veículos Automotores, PPP do Centro de Ciências Forenses Criminais, PPP da Sede Detran/MG, PPP das Placas de Identificação Veicular, PPP do Expominas II e PPP da Plataforma Tecnológica.

Todavia, observou-se que apenas 03 projetos de PPP estão em andamento até o presente momento no Estado de Minas Gerais, consistentes no (i) **Projeto da Plataforma Tecnológica (ou divisa segura)**; (ii) **Projeto da Rota Lund** e (iii) **Plano de Concessão dos Aeroportos**.

O **Projeto da Plataforma Tecnológica**, que se encontra em fase de consulta pública, objetiva a prestação de serviços de implantação e operação de solução tecnológica que abranja captura, transmissão, armazenamento e tratamento de dados de veículos e cargas que trafegam pelas malhas rodoviárias localizadas em Minas Gerais. O projeto foi caracterizado pela SEF, no documento de transição entre os desafios e oportunidades da Subsecretaria da Receita Estadual (SRE).

O **Projeto Rota Lund**, que visa a exploração da gestão de um conjunto de três Unidades de Conservação estaduais pela iniciativa privada, se encontra na pendência de publicação de sua próxima etapa, consistente na Consulta Pública. Destaca-se que projeto com objeto semelhante foi licitado no ano de 2015 pelo Estado, mas o Contrato nunca chegou a ser celebrado.

Já o **Plano de Concessão de Aeroportos de Minas Gerais** compreende 5 (cinco) projetos para concessão (comum ou PPP) capazes de alavancar investimento privado para importantes aeroportos regionais do Estado (projetos desenvolvidos com recursos captados junto ao governo dos Estados Unidos, por meio da USTDA/United States Trade and Development Agency - US$ 481.225,00 -). Vale destacar que em 2016 foi licitado o Projeto de PPP Aeroporto Regional do Vale do Aço para a exploração deste aeroporto, e o certame teve vencedor homologado, mas este contrato também não chegou a ser celebrado.

Observou-se, ainda, a existência de 04 projetos suspensos, quais sejam, a **PPP Escolas Estaduais;** a **PPP Hospitais FHEMIG** e a **PPP CEASA – Mercado Livre do Produtor**. Segundo comentário da SEE no documento de transição, o Projeto da **PPP Escolas Estaduais**, “que tem como objetivo a concessão administrativa para a execução das obras de implantação e da prestação de serviços não-pedagógicos de operação e manutenção para 128 unidades de ensino da Rede Pública do Estado de Minas Gerais, pelo prazo de 30 anos, está com todos os

estudos de viabilidade prontos. Aguarda-se a regulamentação da Lei 22.606, de 20/07/2017, que criou os fundos estaduais de incentivo e de financiamento de investimento, garantidores das PPP.” Sobre os outros projetos suspensos não foram identificados comentários relevantes.

6.3.3 Os entraves à viabilização de projetos de PPP em Minas Gerais

O Capítulo 4 deste trabalho demonstrou que os grandes desafios à consolidação das PPPs como alternativa para realização de empreendimentos públicos no Brasil são *(i) os entraves do regime jurídico pátrio no que diz respeito a questões de orçamentação e endividamento em função do comprometimento do orçamento público com a remuneração do parceiro privado (BICALHO, 2015); (ii) os choques externos e a alternância política (CORREIA, 2008); (iii) a inflexibilidade das disposições contratuais (CORREIA, 2008); e (iv) o regime de pagamento de créditos judiciais ao qual se submetem os credores das pessoas jurídicas de direito público (DIETERICH, 2017; OLIVEIRA, 2015).*

No caso de Minas Gerais, o presente capítulo apresentou o cenário de instituição e viabilização da realização de empreendimentos públicos por meio de Parcerias Público-Privadas no Estado de Minas Gerais teve um início promissor, estando o Estado na vanguarda dessa iniciativa no país. O trabalho de Correia (2008), marco teórico do tópico 6.2 deste Capítulo, concluiu que no início da experiência mineira com a institucionalização do Programa de PPPs no Estado de Minas Gerais, os desafios impostos ao pleno desenvolvimento desse tipo de contratação no Estado eram muito semelhantes ao vislumbrado no cenário nacional. Além disso, demonstrou-se em tópico anterior que o atual estágio das políticas relacionadas às Parcerias Público-Privadas em Minas Gerais passou por uma recente ruptura do modelo de governança adotado para as PPPs ligado à troca de governo e a assunção da função de Chefe de Estado por um político de oposição.

A avaliação feita no caso do ambiente institucional brasileiro como um todo, apontou como entrave à viabilização e constituição de projetos de PPP eficientes, os choques externos e a alternância política. Todavia, no caso mineiro, não é possível, apenas com os elementos apurados neste trabalho, avaliar se a alteração das estruturas de governança das PPPs representa, no caso concreto, um entrave para a realização de Parcerias Público-Privadas no Estado de Minas Gerais.

Apesar da desconstrução de um modelo de governança que vinha sendo utilizado e aprimorado há mais de uma década ser um elemento que, a priori, conduz para a conclusão de

que houve um prejuízo em termos de conhecimento organizacional, verifica-se que foram criados outros mecanismos e atribuídos a outros órgãos, competências semelhantes àquelas já existentes, incluindo como ator das políticas o BDMG, instituição que já possuía especialidade em modelagens financeiras de projetos complexos. Nesse particular, o curto período de experimentação das mudanças não permite que se faça um juízo sobre o caráter prático de suas implicações. É possível afirmar, no entanto, com base na literatura e com o que foi visto neste trabalho, que a mera sinalização para o mercado de que houve um movimento no sentido de descontinuidade de políticas em virtude de alterações de governantes, por si só, pode induzir uma redução da confiança na Administração estadual, uma vez que pode aparentar que o Estado não possui instituições estáveis.

No que diz respeito aos demais entraves à viabilização e à eficiência das PPPs em Minas Gerais, observa-se que o ambiente institucional mineiro reproduz de forma quase idêntica o cenário nacional.

Quanto ao entrave relacionado às dificuldades de orçamentação e endividamento, a situação se mostra especialmente delicada no caso mineiro. Conforme amplamente divulgado nos veículos de comunicação, já há 04 (quatro) anos as despesas estaduais superam as receitas, encontrando-se o Estado altamente endividado, em situação semelhante àquela vivenciada em 2003. Segundo informações divulgadas na imprensa[64], em 2017 esperou-se um rombo de aproximadamente R$ 8 bilhões de reais. Em 2016, a dívida do estado superou o limite de 200% em relação à despesa, contrariando o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal e, por isso, foi proibido de contrair empréstimos com a União, tendo sido decretado, neste mesmo ano, estado de calamidade financeira. Além disso, o Tesouro Nacional classificou o Estado de Minas Gerais com nota D no ranking que organiza com os resultados fiscais dos estados.

Este cenário de destacada inflexibilidade orçamentária e baixa discricionariedade da Administração para adimplemento de despesas imprevistas é exatamente o contexto que tem potencial de gerar incerteza no mercado em relação aos recebíveis dos contratos celebrados com entes públicos e, consequentemente, criar uma demanda por maiores garantias para o adimplemento das contraprestações públicas.

Já no que concerne à inflexibilidade contratual e ao poder de alteração unilateral, pelo Estado, dos contratos, bem como dos projetos elaborados pela iniciativa privada, a revisão bibliográfica realizada neste trabalho não apresentou dados recentes sobre o assunto. No

[64] https://epoca.globo.com/economia/noticia/2017/06/minas-gerais-ruma-para-ruina-financeira-mas-pimentel-se-nega-ajustar-contas.html

entanto, acredita-se que o cenário apurado por Correia (2008) em seu trabalho não apresentou significativas mudanças. Isso porque a literatura mais recente sobre as contratações administrativas no Brasil ainda aponta para a permanência de uma cultura de prerrogativas exorbitantes da administração pública até os dias atuais, muito embora tenha havido grande esforço para modificá-la, como visto anteriormente neste trabalho.

Também o cenário em relação aos precatórios no Estado de Minas Gerais não é diferente do contexto brasileiro em geral. Segundo o estudo realizado pelo CNJ acerca da situação dos precatórios no Brasil, apenas o Estado de Minas Gerais possuía, até o início de 2014, uma dívida de R$ 3.394.329.186,32 (três bilhões, trezentos e noventa e quatro milhões, trezentos e vinte e nove mil, cento e oitenta e seis reais e trinta e dois centavos).

Com efeito, o Estado de Minas Gerais ilustra com propriedade os pontos de entrave para o avanço dos projetos de PPP no Brasil levantados na revisão da literatura realizado. É de se dizer, portanto, que a questão das garantias das contraprestações públicas é de especial importância para a viabilização dos projetos de PPP no Estado de Minas Gerais.

Por tal motivo, a questão das garantias públicas nos contratos de PPP será abordada de maneira detalhada nos próximos tópicos, revelando em que nível se encontram as discussões sobre esse relevante entrave aos avanços desse tipo de empreendimento no Estado de Minas Gerais.

6.3.4 A questão das garantias públicas

Em todos os debates mais recentes sobre a viabilização e eficiência de projetos de PPP, a questão das garantias às contraprestações públicas é, certamente, a questão a qual se concede maior relevância. Como visto, as garantias públicas tornaram-se a pedra de torque da viabilização de projetos de PPP.

A relevância das garantias públicas é reconhecida pela própria Administração, que sente os impactos na viabilização de empreendimentos gerados pela falta ou fragilidade delas. Nesse particular, a visão de profissionais que lidam com a modelagem de projetos de PPP, obtidas por meio de entrevistas não estruturadas com representantes do Governo de Minas - Sra. Áurea Carvalho, Gerente de PPP do Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais (BDMG) e com o Sr. Osmar Teixeira de Abreu, superintendente da Central de Governança de Ativos da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, apontam também na direção de que o mercado faz enorme pressão para a constituição de garantias sólidas.

O Sr. Osmar Teixeira de Abreu relata a grande dificuldade do Estado de Minas Gerais em ofertar garantias que atendam aos interesses privados do ponto de vista de sua robustez. Principalmente diante da acentuada crise financeira vivenciada pelo Estado, faltam à Administração estadual bens que possuam qualidades como volume, liquidez, solidez, *enforceability* e segurança jurídica, o que representa verdadeiro empecilho à constituição de garantias executáveis aos contratos de PPP.

Observa-se que, tendo em vista os problemas da concessão de garantias públicas para viabilização de contratações de PPP, houve uma tentativa do Estado de Minas Gerais em implementar um mecanismo para conceder sustentação financeira aos projetos dessa natureza. A já mencionada Lei Estadual nº 22.606/2017 instituiu o Fundo de Pagamento de Parcerias Público Privadas de Minas Gerais – FPP-MG, o Fundo de Investimento do Estado de Minas Gerais – MG Investe e o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais – FGP-MG.

No entanto, como será demonstrado nos próximos tópicos, o que aparentemente era uma tentativa de criar alternativas para a concessão de garantias públicas sólidas, terminou por ser uma solução inócua diante da fragilidade dos institutos criados pela Lei, conforme apontado nos tópicos abaixo.

6.3.4.1 A falta de robustez das medidas previstas como garantias públicas pela Lei Estadual nº 22.606/2017

A Lei Estadual n. 22.606/2017 instituiu, por meio dos seus artigos 1º e 17, o Fundo de Pagamento de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais – FPP-MG, sendo uma "entidade contábil destinada a dar sustentação financeira às parcerias público-privadas," voltada a desempenhar "função programática".

De acordo com o art. 19 da mesma Lei, constituem recursos do FPP-MG: (i) até 12,5% (doze vírgula cinco por cento) do lucro líquido da CODEMIG, composto por dividendos e juros sobre capital próprio, limitado a 10% (dez por cento) da receita líquida; (ii) as dotações consignadas no orçamento do Estado e os créditos adicionais; (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) as cotas de fundos estaduais; (vii) a Quota Estadual do Salário-Educação – Qese –, quando se tratar de parceria público-privada destinada à prestação de serviço público de educação básica, nos termos do § 5º do art. 212 da Constituição Federal e do inciso II do § 1º do art. 15 da Lei Federal nº 9.424, de 24 de dezembro

de 1996; (viii) os provenientes de taxas e multas, quando advindas de parcerias público-privadas destinadas à prestação de serviço público de natureza correspondente.

A Lei Estadual instituiu também o Fundo de Investimento do Estado de Minas Gerais – MG Investe. De acordo com o art. 2º, V, da Lei, entre os objetivos do MG Investe encontra-se o de "prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pela administração pública estadual em virtude das parcerias público-privadas". Nesse sentido, podem ser beneficiárias das operações do MG Investe empresas privadas, tendo em vista a garantia de adimplemento das obrigações pecuniárias contraídas pelo Estado em contratos de parcerias público-privadas, conforme art. 3º, I, alínea "d".

O MG Investe, conforme art. 4º da Lei Estadual n. 22.606/2017, tem como recursos (i) recursos de financiamentos recebidos a partir do segundo semestre do exercício de 2016, incluídos principal e encargos, já deduzida a comissão do agente financeiro, concedidos no âmbito do Fundo de Desenvolvimento Regional do Jaíba, de que trata a Lei nº 15.019, de 15 de janeiro de 2004, do Fundo de Equalização do Estado de Minas Gerais, de que trata a Lei nº 15.980, de 13 de janeiro de 2006, do Fundo de Incentivo ao Desenvolvimento, de que trata a Lei nº 15.981, de 16 de janeiro de 2006, do Fundo Pró-Floresta, de que trata a Lei nº 16.679, de 10 de janeiro de 2007; (ii) 12,5% (doze vírgula cinco por cento) do lucro líquido da Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG –, composto por dividendos e juros sobre capital próprio, limitado a 10% (dez por cento) da receita líquida; (iii) recursos provenientes de operações de crédito internas e externas de que o Estado seja mutuário, captados para o MG Investe; (iv) recursos resultantes de retornos de financiamentos concedidos no âmbito do MG Investe, incluídos principal e encargos, já deduzida a comissão do agente financeiro; (v) ativos de propriedade do Estado, excetuados os de origem tributária, em montante e condições definidos pela Secretaria de Estado de Fazenda – SEF; (vi) bens imóveis, observadas as condições previstas em lei, em montantes e condições definidas pela SEF; e (vii) outros recursos previstos em lei orçamentária.

Por fim, a Lei Estadual n. 22.606/2017 estabelece o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais – FGP-MG. Nos termos do art. 24, o FGP-MG é uma "entidade contábil destinada a dar sustentação financeira às parcerias público-privadas, desempenhará a função de garantia". No art. 25, a referida Lei prevê que "são beneficiárias do FGP-MG as concessionárias que celebrarem contratos de parcerias público-privadas nos termos de lei". Na mesma linha estabelece o art. 8º que "o MG Investe oferecerá garantias reais que

assegurem aos parceiros a continuidade do desembolso pelo Estado dos valores contratados por meio de parcerias público-privadas".

No tocante aos recursos que integram o patrimônio do FGP-MG, a Lei Estadual prevê no art. 26 que estes serão oriundos de: (i) cotas do Fundo Especial de Créditos Inadimplidos e Dívida Ativa – Fecidat; (ii) cotas do Fundo de Investimentos Imobiliários de Minas Gerais – Fiimg; (iii) dotações consignadas no orçamento do Estado e os créditos adicionais; (iv) rendimentos provenientes de depósitos bancários e aplicações financeiras do fundo, em que os recursos estejam de posse do depositário do FGP-MG, nos termos do art. 17 da Lei Complementar n. 91, de 2006; (v) doações, auxílios, contribuições e legados destinados ao fundo; (vi) recursos provenientes de operações de crédito e de garantia internas e externas; (vii) e provenientes de garantia do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, de que trata o art. 16 da Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (que, como visto anteriormente, já se encontra extinto).

Diante deste contexto, um dos principais pontos a serem levados em consideração para a estruturação da garantia da PPP, no caso concreto, é que a legislação estadual não prevê que o MG Investe, o FGP-MG e o FPP-MG são entidades dotadas de natureza jurídica de direito privado, e tampouco que os fundos são sujeitos de obrigações e direitos próprios.

Pelo contrário, as informações dispostas na legislação estadual privilegiam a interpretação de que os fundos instituídos pela Lei Estadual n. 22.606/2017 são fundos públicos, assim entendidos como entidades contábeis, submetidas ao regime de direito público, sem separação patrimonial do ente que os criou, e cujos recursos destinam-se ao cumprimento de determinados objetivos orçamentários da Administração Pública Estadual de Minas Gerais, à semelhança dos fundos especiais tratados na Lei Federal n. 4.320/1964.

A rigor, a ausência de previsão de natureza jurídica de direito privado e da capacidade de os fundos serem sujeito de direitos e obrigações próprios tornam os mecanismos de pagamento e de garantia mais frágeis do ponto de vista do parceiro privado, pois os recursos do MG Investe, do FGP-MG e do FPP-MG, a princípio, não possuem separação do patrimônio do próprio Estado de Minas Gerais, atraindo para si o regime de direito público, inclusive no que diz respeito à submissão ao regime de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição da República.

Com isso, uma simples garantia a ser prestada pelo MG Investe e pelo FGP-MG, nos moldes atuais, poderia configurar meramente uma "garantia orçamentária" e não uma garantia no sentido próprio do termo. Neste caso, a garantia se assemelharia a uma garantia a ser prestada

por fundos especiais, nos termos da Lei n. 11.079/2004, art. 8º, II. Da mesma forma, os recursos do FPP-MG estariam vinculados do ponto de vista meramente orçamentário, ao pagamento das contraprestações pecuniárias.

A não previsão de sujeição do MG Investe, do FPP-MG e do FGP-MG a um regime de direito privado, nesse sentido, não ameniza o risco do investimento para o parceiro privado e pode ter como consequência a redução do interesse dos particulares em assumir a execução do projeto de PPP, assim como o incremento dos custos de financiamento do projeto e, consequentemente, a diminuição das chances de a Administração Pública Estadual viabilizar o projeto ou receber propostas vantajosas o suficiente para garantir a eficiência da contratação.

6.4 A experiência mineira com a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse como ferramenta auxiliar na modelagem de projetos de PPP

6.4.1 A utilização do PMI em Minas Gerais: um panorama geral

O esforço realizado até aqui neste Capítulo demonstrou que a viabilização de empreendimentos públicos por meio de PPP em Minas Gerais não destoa do cenário de desafios apresentados pela utilização desse tipo de contratação de uma maneira geral no país. Dessa maneira, o estudo acerca dos desafios de Minas Gerais sob a ótica das teorias apontadas até aqui neste trabalho, na dificuldade de se realizar um diagnóstico nacional preciso, podem ilustrar os desafios e jogar luz sobre o futuro da viabilização de empreendimentos públicos por meio de Parcerias Público-Privadas.

A revisão bibliográfica realizada no presente trabalho aponta como ferramenta importante para mitigar os desafios da contratação de PPPs o incremento da confiabilidade entre as partes. Sob todas as óticas analisadas, seja sob a visão da lógica econômica dos contratos por meio da Teoria dos Custos de Transação, seja pela ótica dos mecanismos dos *self-enforcement* contratuais e dos elementos extracontratuais que influem nas contratações de PPP, é possível concluir que a capacidade de as PPPs se consolidarem como mecanismos aptos a imprimir maior eficiência as contratações públicas está ligada à efetiva negociação das condições da transação entre as partes por meio de um diálogo transparente e sem superioridade de uma das partes.

Nesse particular, não é exagerado dizer que é justamente por tais motivos que o Procedimento de Manifestação de Interesse vem ganhando tanto espaço como ferramenta de auxílio às contratações de Parcerias Público-Privadas. Como visto, o PMI possui o potencial de

diminuir os custos de transação inerentes aos projetos de PPP e, ainda, estabelecer uma cultura de diálogo e paridade entre as partes contratantes, essencial para o avanço do modelo no Brasil.

A crescente opção pela utilização do PMI como ferramenta auxiliar no processo de modelagem de projetos de PPP não foi diferente no contexto mineiro. Apenas alguns anos após a edição da Lei que instituiu o Programa de PPPs em Minas Gerais, foi instituído, por meio do Decreto Estadual n. 44.565/2007, a regulação do Procedimento de Manifestação de Interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão.

Desde então, foram publicados 18 (dezoito) editais de Chamamento Público para apresentação de estudos para os mais diversos projetos solicitados por diferentes órgãos da administração estadual direta, conforme demonstrado no quadro abaixo:

Quadro 05 – Editais de Chamamento Público – PMI em Minas Gerais

PMI	**Edital de Chamamento Público**	**Data**	**Solicitante**
Lotes Rodoviários	01/2008	24/01/2008	Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP
Aeroporto Regional da Zona da Mata	02/2008	14/11/2008	Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP
Resíduos Sólidos	01/2010	25/06/2010	Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - SEMA
Expominas II/ Centro Empresarial da Gameleira	01/2012	02/2012	Secretaria de Estado de Turismo e Transportes
Transporte sobre Trilhos	02/2012	15/06/2012	Secretária de Estado de Desenvolvimento Econômico – SEDE e Secretaria Extraordinária de Gestão Metropolitana - SEGEM
Contorno Metropolitano Norte	03/2012	30/08/2012	Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas – SETOP e Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SEDE

Pátios – DETRAN/MG	02/2013	17/07/2013	Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico do Estado de Minas Gerais – SEDE e Departamento de Trânsito de Minas Gerais - DETRAN/MG
Fábrica de Placas – DETRAN/MG	03/2013	17/07/2013	Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico do Estado de Minas Gerais – SEDE e Departamento de Trânsito de Minas Gerais - DETRAN/MG
Contorno Metropolitano Leste	04/2013	31/07/2013	Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SEDE
Sede do DETRAN/MG	01/2014	17/01/2014	Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico do Estado de Minas Gerais – SEDE e Departamento de Trânsito de Minas Gerais - DETRAN/MG
Transporte Leve sobre Trilho	02/2014	18/06/2014	Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SEDE
CTCA – Centro de Treinamento e Capacitação Aeroespacial	03/2014	03/10/2014	Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SEDE
CFCri	04/2014	08/11/2014	Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SEDE; Policia Civil de Minas Gerais – PCMG e Superintendência de Polícia Técnica Científica - SPTC
Unidades Prisionais	05/2014	26/12/2014	Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SEDE

Estradas Estaduais	01/2015	18/05/2015	Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP
Aeroporto Regional do Vale do Aço – Aeroporto Usiminas	02/2015	11/06/2015	Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP
Escolas Estaduais	03/2015	18/12/2015	Secretaria de Estado da Educação
Plataforma Tecnológica para Fiscalização nas Rodovias	01/2017	18/04/2017	Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG Departamento de Edificações e Estradas de Rodagem de Minas Gerais – DEER Instituto Mineiro de Agropecuária – IMA Polícia Civil de Minas Gerais – PCMG Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG Secretaria de Estado da Fazenda – SEF Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG Secretaria de Estado de Segurança Pública – SESP PRODEMGE

Fonte: Autoria própria

Observa-se que poucos desses projetos em consulta por meio de PMI chegaram a gerar contratações. A maioria deles ainda se encontra em fase interna da licitação.

Por meio das informações localizadas é possível afirmar, com certeza que apareceram interessados no PMI das Estradas, dos Pátios, das Placas, do Expominas, das Escolas, e da Plataforma Tecnológica. Quanto aos demais, a consulta on-line não dá subsídios para afirmar se houve ou não a apresentação de estudos.

Destaca-se que as informações constantes do quadro acima acerca dos Editais de Chamamento Público de PMI para apresentação de estudos por particulares para auxílio na

modelagem de diversos projetos no Estado de Minas Gerais foram obtidas, em sua maioria, por meio de consultas ao Diário Oficial do Estado de Minas Gerais disponibilizado on-line, além de consultas aos sítios institucionais das diversas Secretarias do Estado. Além disso, muitos dos Editais estão disponibilizados no sítio eletrônico da extinta Unidade de PPP de Minas Gerais.

Apesar do órgão ter sido extinto, o site permanece ativo, porém desatualizado. De qualquer modo, os documentos relativos aos estudos apresentados nesses PMIs bem como as atas de reunião e deliberações, em sua maioria, não foram localizados. Muitas vezes, o site da extinta Unidade de PPP indicava que o documento existia, porém, o arquivo estava indisponível. Em outros casos, como no PMI das Escolas Estaduais, os documentos relativos ao PMI estavam disponibilizados no site do órgão que solicitou os estudos.

Assim, de pronto, já é possível observar uma falha no que concerne à publicidade e gestão do conhecimento que devem revestir os Procedimentos de Manifestação de Interesse para que estes tenham o condão de promover eficiência aos empreendimentos públicos. Não há um veículo de comunicação que confira uma compilação dos procedimentos e seus andamentos, o que garantiria integração entre os órgãos solicitantes e o compartilhamento do conhecimento organizacional produzido com as experiências que é valiosíssimo para o avanço destas.

Chama atenção também o fato de que o BDMG figura entre os contratantes do último Edital de Chamamento Público editado pelo Estado de Minas Gerais. Na data da publicação do referido Edital, já estava vigente o Decreto Estadual 47.155/2017 que possibilitou que as entidades da administração direta e indireta utilizassem o Banco de Desenvolvimento para estruturação e modelagem de projetos de empreendimentos de parceria público-privada, podendo ser atribuído a ele a responsabilidade por assessorar a elaboração de chamamentos públicos e a avaliação de propostas preliminares e estudos técnicos, incluindo os provenientes de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI.

Diante da impossibilidade de se promover uma análise aprofundada de todos os Procedimentos de Manifestação de Interesse realizados pelo Estado de Minas Gerais, tanto pela dificuldade e burocracia para obtenção de documentos, como pelas limitações de tempo e metodologia, buscar-se-á ilustrar a experiência mineira com a utilização de PMI para apoio nas modelagens de PPP por meio do estudo do caso do PMI da Plataforma Tecnológica

O PMI da Plataforma Tecnológica foi escolhido como objeto de estudo deste trabalho por questões eminentemente práticas. Além de ser o último edital de PMI publicado pelo Estado, o que confere a ele o potencial de apresentar um panorama atual acerca da condução dos Procedimentos de Manifestação de Interesse pela Administração Estadual, verifica-se que

todos os registros da sua condução foram disponibilizados no site da Prodemge, experiência mais recente da iniciativa por parte da Administração Estadual.

Na próxima seção, assim, será avaliado o processo de condução do PMI da Plataforma Tecnológica, levando em conta os elementos mitigadores dos riscos da utilização do PMI indicados pela literatura e apurados quando da realização da revisão bibliográfica realizada no presente trabalho.

6.5 Estudo de caso: a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse para recebimento de estudos do setor privado para auxílio na modelagem do projeto da PPP da Plataforma Tecnológica de Minas Gerais

6.5.1 Metodologia

A revisão bibliográfica realizada neste trabalho demonstrou que um PMI mal conduzido teria a capacidade de afetar os custos da contratação e, consequentemente a sua eficiência, em virtude de três riscos principais, (i) risco de contaminação indevida das decisões governamentais por interesses de mercado; (ii) risco de falhas de coordenação e (iii) limites do diálogo público-privado.

A mesma literatura, todavia, indica que existem determinadas medidas capazes de eliminar ou, ao menos reduzir consideravelmente, tais riscos. Seriam elas, em suma: (i) a adequada especificação do interesse público que se deseja ver atingido com a realização da PPP, ou seja, a caracterização precisa dos resultados esperados; (ii) a efetiva publicidade das etapas do procedimento e da documentação produzida/ofertada; (iv) a motivação das decisões da administração pública com a sua submissão ao contraditório (v)a concessão de publicidade às reuniões com os particulares; (vi) a efetiva comunicação sobre os atos aos interessados (vii) a capacidade técnica do órgão que irá conduzir o procedimento e julgará os estudos recebidos.

Tais parâmetros serão utilizados como referência para a análise da condução do Procedimento de Manifestação de Interesse sobre o projeto da Plataforma Tecnológica de Minas Gerais. Posteriormente, os resultados da análise serão trabalhados em uma tentativa de apresentar as ações positivas e negativas na prática mineira que podem ser úteis a iniciativas de PMI de outros órgãos e entes do Estado e, até mesmo, de outros Estados.

6.5.2 Contextualização do PMI da Plataforma Tecnológica

Em 18 de abril de 2017, a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – Prodemge tornou público o chamamento para o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI nº 01/2017, para obtenção de estudos, levantamentos e propostas para estruturação do projeto da Plataforma Tecnológica para Fiscalização, Monitoramento e Ações nas Áreas Tributária, de Segurança Pública, de Controle Sanitário e Operação Viária, cujo objeto contempla a criação de uma solução de captura, monitoramento e armazenamento de dados eletrônicos de veículos e cargas que trafegam pelas malhas rodoviárias Federal e Estadual e pelas principais vias urbanas municipais de Minas Gerais.

A iniciativa se deu pela constatação da Administração Pública Estadual acerca da necessidade de aprimorar o modelo de fiscalização e monitoramento dos veículos e das cargas em trânsito no território do Estado de Minas Gerais, por meio da utilização de formas de captação de informações e a implantação de sistemas de inteligência artificial para o tratamento e processamento dos dados coletados. Nesse sentido, decidiu-se verificar a possibilidade de implantar uma Plataforma Tecnológica de Fiscalização e Monitoramento para a obtenção de informações que possam subsidiar a atuação administrativa.

A ideia justificou-se pela necessidade de coibir, não só a ocorrência de infrações de trânsito nas rodovias estaduais e federais que passam pelo território mineiro, como a evasão fiscal, o transporte irregular de carga animal e vegetal e a ocorrência de crimes que utilizem veículos como meio ou produto para sua execução.

O PMI foi conduzido por um Grupo Gestor composto pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG, pelo Departamento de Edificações e Estradas de Rodagem de Minas Gerais – DEER, pelo Instituto Mineiro de Agropecuária – IMA, pela Polícia Civil de Minas Gerais – PCMG, pela Polícia Militar de Minas Gerais – PMMG, pela Secretaria de Estado da Fazenda – SEF, pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG, pela Secretaria de Estado de Segurança Pública – SESP e pela PRODEMGE. Publicada a autorização dos particulares para apresentar os estudos técnicos no âmbito do Edital de PMI, foram realizadas reuniões preliminares e sessões públicas para debate e esclarecimento de questões a serem abordadas nos estudos, sendo que estes foram entregues pelos interessados em setembro de 2017.

Apresentaram estudos a empresa Datatraffic S/A; o Consorcio QGMB, VMI, Fiscaltech e Cimcorp; o Consorcio MinasTec (SITRAN, KAPSCH, Verth e NextPlan); a empresa Altave; a empresa Inpartec e a empresa Unicontrol.

6.5.3 A condução do procedimento: a utilização de mecanismos mitigadores dos riscos comumente atrelados aos PMIs

Analisando os documentos disponibilizados no site da Prodemge, observa-se que não só no Edital e nos anexos restou devidamente demonstrado o interesse público que se desejou ver atingido com a realização do empreendimento, como, em toda a condução do certame, os interessados tiveram oportunidade de escutar as finalidades pretendidas com aquele projeto.

Conforme dito no tópico anterior, chama a atenção na condução do Procedimento de Manifestação de Interesse da Plataforma Tecnológica, o fato de que toda a documentação do processo foi disponibilizada de forma organizada e de fácil consulta no site da Prodemge. Apenas a título de ilustração, apresenta-se abaixo figura que registra a tela do site em que constam todos os documentos disponibilizados e de acesso irrestrito ao público:

Figura 02 – Documentos do PMI disponibilizados no site da Prodemge

20/04/2018 Processo Licitatório

EDITAIS DE LICITAÇÃO

Nº Processo 001/2017
Modalidade CHAMAMENTO PÚBLICO
Objeto PMI 001/2017 - PROJETO PLATAFORMA TECNOLÓGICA
Destinatário PRODEMGE
Sessão de Abertura 18/04/2017 às 09:00 horas.
Resultado
Recurso Não Encerrado: Não
Status Processo Em Andamento

Outro - AVISO CHAMAMENTO PÚBLICO - PMI 001/2017
Edital - EDITAL E ANEXOS
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 01
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 02
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 03
Outro - 1º COMUNICADO DE REUNIÕES
Ata - DIA 25-05-2017 - REUNIÃO COM EMPRESA BLUECORP
Ata - DIA 26-05-2017 - REUNIÃO COM EMPRESA AEROTECH
Ata - DIA 01-06-2017 - REUNIÃO COM EMPRESA TELEFONICA
Outro - COMUNICADO 02 AO MERCADO - AUDIÊNCIA PÚBLICA
Outro - COMUNICADO 03 AO MERCADO - ALTERAÇÃO DO EDITAL
Outro - COMUNICADO 04 AO MERCADO - RETIFICAÇÃO
Ata - DIA 07-06-2017 - REUNIÃO COM A EMPRESA VMI
Ata - DIA 07-06-2017 - REUNIÃO COM A EMPRESA AGR
Ata - DIA 19-06-2017 - SESSÃO PÚBLICA
Outro - DIA 19-06-2017 - APRESENTAÇÃO 1 - PMI - S. PÚBLICA
Outro - DIA 19-06-2017 - APRESENTAÇÃO 2 - SEF - S. PÚBLICA
Outro - DIA 19-06-2017 - APRESENTAÇÃO 3 -IMA - S. PÚBLICA
Outro - DIA 19-06-2017 - APRESENTAÇÃO 4 - SEF - S. PÚBLICA
Outro - ESCLARECIMENTO 01 - SESSÃO PÚBLICA 19/06/2017
Ata - DIA 17-07-2017 - SESSÃO PÚBLICA
Outro - DIA 17-07-2017-APRESENTAÇÃO 1-PMMG-SESSÃO PUBLICA
Outro - DIA 17-07-2017-APRESENTAÇÃO 2-SEF-SESSÃO PUBLICA
Ata - ERRATA DA ATA DIA 17-07-2017 - SESSÃO PUBLICA
Ata - DIA 17-07-2017 - REUNIÃO COM A EMPRESA VELSIS
Ata - DIA 18-07-2017 - REUNIÃO COM A EMPRESA SITRAN
Ata - DIA 19-07-2017-REUNIÃO C/ SITRAN E AUTOFIND NO IMA
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 04
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 05
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 06
Ata - DIA 28-07-2017 - REUNIÃO COM A EMPRESA KAPSCH
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 07
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 08
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 08
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 09
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 09
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 10
Questionamento - QUESTIONAMENTO Nº 11
Outro - COMUNICADO 09 AO MERCADO
Ata - DIA 30-08-2017 - REUNIÃO COM UNICONTROLS E ORION

https://www.licitacoes.prodemge.gov.br/mprocesso.asp?anoproc=2017&numproc=001&lipproc=CH 1/3

20/04/2018 Processo Licitatório

Ata - DIA 18-09-2017 - ABERTURA DE PROPOSTAS RECEBIDAS
Outro - RELATÓRIO PMI FINAL - RELATÓRIO
Outro - RELATÓRIO PMI FINAL - ANEXOS
Outro - CADERNOS EMPRESA ALTAVE EM 15SET17
Outro - ALTAVE-PMI - CADERNO I
Outro - ALTAVE-PMI - CADERNO II
Outro - ALTAVE-PMI - CADERNO III
Outro - ALTAVE-PMI - CADERNO IV
Outro - ALTAVE-PMI - CADERNO V
Outro - CADERNOS EMPRESA DATATRAFFIC 15SET17
Outro - CADERNO I - RESUMO EXECUTIVO
Outro - CADERNO II-DESC. TEC. SOL. E INFRAESTR. LOGÍSTICA
Outro - CADERNO III - MODELO OPERACIONAL
Outro - CADERNO IV - MOD. ECON-FINANC. E PLANO DE NEGÓCIOS
Outro - CADERNO V - MODELO JURÍDICO-INSTITUCIONAL
Outro - CADERNO VI - ANEXOS E DOCUMENTAÇÃO COMPLEMENTAR
Outro - ANEXO I - MINUTA DE CONTRATO
Outro - ANEXO II - TERMO DE REFERÊNCIA
Outro - ANEXO V - PROPOSTA TÉCNICA
Outro - ANEXO VI - QUADROS DA PROPOSTA COMERCIAL
Outro - PLANILHA - MODELO ECONÔMICO-FINANCEIRO
Outro - CADERNOS EMPRESA INPARTEC 15SET17
Outro - MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE
Outro - PLANILHA DE CUSTOS V1,0
Outro - FLUXO DE CAIXA
Outro - CADERNOS CONSÓRCIO MINASTEC 15SET17
Outro - CADERNO I_RESUMO EXECUTIVO - VERSAO FINAL REV14
Outro - CAPA CADERNO01
Outro - CADERNO II_DESCRITIVO TÉCNICO - VERSAO FINAL REV14
Outro - CAPA CADERNO02
Outro - CADERNO III_MOD. OPERACIONAL - VERSÃO FINAL REV14
Outro - CAPA CADERNO03
Outro - CADERNO IV_MOD. ECON.- TOMO 1 - VERSAO FINAL REV14
Outro - CADERNO IV_MOD. ECON.- TOMO 2 - VERSAO FINAL REV14
Outro - CAPA CADERNO04 1-2
Outro - CAPA CADERNO04 2-2
Outro - CADERNO V_MOD. JURID.- TOMO 1 - VERSAO FINAL REV14
Outro - CADERNO V_MOD. JURID.- TOMO 2 - VERSAO FINAL REV14
Outro - CADERNO V_MOD. JURID.- TOMO 3 - VERSAO FINAL REV14
Outro - CAPA CADERNO05 1-3
Outro - CAPA CADERNO05 2-3
Outro - CAPA CADERNO05 3-3
Outro - CADERNO VI_ANEXOS - VERSAO FINAL REV14
Outro - CAPA CADERNO06
Outro - CADERNOS CONSÓRCIO OGMB 15SET17
Outro - CADERNO I - SUMÁRIO EXECUTIVO
Outro - CADERNO II-DESC. TEC. SOL. E INFRAESTR. LOGÍSTICA
Outro - CADERNO III - MODELO OPERACIONAL
Outro - CADERNO IV - MOD. ECON-FINANC. E PLANO DE NEGÓCIOS
Outro - CADERNO V - MODELO JURÍDICO-INSTITUCIONAL

https://www.licitacoes.prodemge.gov.br/mprocesso.asp?anoproc=2017&numproc=001&lipproc=CH 2/3

Verifica-se que além da disponibilização do Edital e dos seus anexos, bem como das atas contendo as decisões da Administração, é possível considerar que foi dada a devida publicidade aos estudos elaborados por todas as empresas participantes. Além disso, é possível concluir que as reuniões com os interessados foi precedida de aviso, com as informações sobre

data, horário e o nome da empresa a ser recebida, conforme teor do Comunicado ao Mercado datado de 24/05/2017:

> Para atender às solicitações formalizadas por empresas interessadas, foram agendadas reuniões de esclarecimentos dos parâmetros mencionados no PMI, conforme previsto no item 3.4 do Edital publicado as quais ocorrerão na Cidade Administrativa de Minas Gerais Prédio Gerais - 4º andar - sala 7.
>
> Evento: Reunião com a empresa Bluecorp
> Data 25/05/17
> Horário 14:30h às 16:30h
>
> Evento: Reunião com a empresa Aerotech
> Data 26/05/17
> Horário 09:30h às 11:30h
>
> Evento: Reunião com a empresa Telefonica
> Data: 01/06/17
> Horário: 14:30h às 16:30h
>
> As reuniões serão realizadas individualmente com representantes do Grupo Gestor responsável pela estruturação do projeto e representantes das empresas com o objetivo de solucionar dúvidas e registrar comentários e sugestões sobre o edital e modelo de negócios. Informamos que as reuniões serão gravadas, com o objetivo de garantir a isonomia do processo.

Destaca-se que, além da divulgação das reuniões com antecedência e de forma pública no site institucional, em todos os comunicados sobre tais eventos continha a informação de que as referidas reuniões seriam gravadas e registradas em ata. Nesse particular, verifica-se que todas essas atas com o registro das reuniões estão publicadas e disponíveis no site juntamente com os demais documentos do processo administrativo.

Outro ponto de destaque foi a possibilidade de realização de pedidos de esclarecimento e questionamentos, marcação de reuniões e abertura para contato por meio de e-mail institucional pelos interessados. As respostas a esses esclarecimentos, como pode ser visto na Figura 02, também foram disponibilizadas. Ademais, a participação foi ainda mais ampliada em função da realização de Audiência Pública no bojo do PMI. Assim, além das 06 (seis) empresas que apresentaram suas propostas, interessadas em participar de eventual licitação, foi possível escutar interessados fora da esfera de mercado sobre a iniciativa do PMI.

Dessa maneira, é possível dizer que o procedimento realizado prezou pela transparência e publicidade em sua condução, sendo possível afirmar que o PMI serviu como um espaço que promoveu uma participação efetiva dos interessados na licitação, permitindo a escuta de interessados de ordens diversas da de mercado, medidas que como visto neste trabalho, tem a capacidade de contribuir com a eficiência dos empreendimentos..

A realização dessas reuniões e sessões públicas possibilitou a troca de informações entre a iniciativa privada e a Administração Pública, de forma pública e prezando pela transparência, de modo a buscar a ampliação da participação social e contribuir para o objetivo principal do PMI de alinhar os interesses e expectativas do setor público e do setor privado em relação ao empreendimento. Nesse particular, vale destacar que as decisões no bojo do PMI, além de divulgadas, foram devidamente motivadas, permitindo que houvesse uma troca entre as partes, inclusive com a possibilidade de contraditório. Vê-se, portanto, que o PMI foi conduzido de forma a respeitar as regras legais do processo administrativo, em estrita conformidade com as melhores práticas apontadas pela literatura para condução desse tipo de procedimento.

Destaca-se que os próprios estudos apresentados, em sua maioria, dirigiram elogios à forma de condução do PMI, ressaltando o bom trabalho realizado pelo Grupo Gestor responsável pela coordenação do procedimento em possibilitar um diálogo transparente, impessoal e objetivo com a Administração Pública. Se por um lado essa informação não é conclusiva ou imparcial, de outro, sinaliza uma aproximação positiva do mercado com a Administração como verdadeiro parceiros de negócio.

Todavia, o que mais chamou atenção na condução do Procedimento de Manifestação da Prodemge foi o fato de que um dos consórcios, o Consórcio Minastec, ter manifestado, nos estudos jurídicos por ele apresentados, a sua visão sobre as garantias que poderiam ser concedidas pelo Estado no futuro contrato e essa questão ter sido considerada e levada a debate com toda a equipe coordenadora do PMI.

A sensibilidade da questão das garantias para a viabilização e eficiência dos projetos de PPP já foi tratada de forma detalhada neste trabalho. Inclusive foi destacada a importância que poderia ter o PMI para remediar os impasses e os entraves que potencialmente podem ser causados pela inexistência de garantias suficientemente sólidas para garantir o adimplemento das contraprestações devidas pela Administração Pública.

No caso do PMI da Plataforma Tecnológica, ora em estudo, o consórcio MinasTec ressaltou em seus estudos jurídicos a sua visão de que haveriam algumas incongruências na Lei Estadual n. 22.606/2017 quando analisada à luz da Lei Federal n. 11.079/2004 (“Lei de PPPs”), que poderiam tornar ineficaz qualquer mecanismo de garantia em favor do parceiro privado. Nesse sentido, colocou-se em debate no bojo do PMI, questões sobre mecanismo tão caro à viabilização dos empreendimentos públicos com capital privado e tão desafiador dentro das instituições brasileiras.

Após a apresentação dos pontos de atenção pelo consórcio, as possíveis fragilidades das garantias ao parceiro privado foram debatidas com toda a equipe coordenadora do PMI, inclusive com o Sr. Secretário Estadual da Fazenda, José Afonso Bicalho Beltrão da Silva, nas sessões dos dias 19/06/2017, 17/07/2017 e 03/08/2017, tendo em vista a regulamentação instituída pela Lei n. 22.606/2017. Vale observar, inclusive, que nestas mesmas sessões o Sr. Secretário Estadual da Fazenda orientou os participantes do PMI a sugerirem modificações que pudessem conferir maior robustez e segurança jurídica ao sistema de garantias previsto na nova legislação estadual.

Percebe-se que a condução do PMI em comento possibilitou que os interessados apresentassem, nas modelagens sugeridas, instrumentos e medidas capazes de mitigar os riscos relacionados aos Fundos Estaduais. Verifica-se que o Consórcio MinasTec recomendou em seus estudos que fosse alterada a Lei n. 12.606/2017 para prever a sujeição ao regime de direito privado do MG Investe, do FGP-MG, do FPP-MG e de outros fundos instituídos pela referida.

Ainda que seja concluído pelos gestores que esta não seria a melhor alternativa do ponto de vista do interesse público, a possibilidade de diálogo sobre o mecanismo de garantias públicas possíveis de serem ofertadas pelo Estado em contratações de Parcerias Público-Privadas é um avanço para que se alcance um modelo de PMI que contribua efetivamente com a eficiência dos projetos. Ela já é, em si mesma, uma sinalização de disposição de negociar do Estado, e da boa vontade em realizar um projeto executável do ponto de vista financeiro. Enfim, tais indícios sinalizam uma verdadeira oportunidade de crescimento organizacional do estado e um esforço para a construção de uma mentalidade de busca de sinergia entre o público e o privado, imprescindíveis à viabilização e eficiência dos projetos de PPP.

Com efeito, de uma maneira geral, pode-se dizer que a condução do PMI da Plataforma tecnológica se deu em consonância com as melhores práticas apontadas na teoria para a condução de PMIs.

6.5.4 Lições aprendidas, oportunidades e desafios

A análise realizada sobre a condução do PMI da Plataforma Tecnológica permite afirmar, com segurança, que a última experiência de Minas Gerais na edição e condução de um Procedimento de Manifestação de Interesse foi promissora. Observa-se que a sua condução teve o cuidado de tomar todas as medidas para mitigar os riscos apontados pela literatura no uso dessa ferramenta de auxílio ao planejamento e modelagem de PPPs.

Observa-se que a Administração foi capaz de apresentar uma caracterização precisa dos resultados esperados com o PMI; logrou êxito na concessão de efetiva publicidade das etapas do procedimento e da documentação produzida/ofertada; motivou adequadamente as decisões prolatadas, abrindo espaço para o contraditório aos interessados, conduziu reuniões com os particulares de modo transparente e republicando e deu voz a eles sobre assuntos caros aos seus interesses no projeto.

Nesse sentido, muito embora não se saiba como ou quando será licitado o projeto da Plataforma Tecnológica e, por isso, não seja possível fazer um juízo de valor sobre a sua capacidade ou influência de viabilizá-lo do projeto na prática e, menos ainda, sobre a efetiva responsabilidade sobre a conferência de eficiência à contratação, o simples fato de ter sido posta em prática uma experiência tão promissora no estreitamento da relação entre o setor privado e a Administração e que conduziu a conclusão de que é sim possível estabelecer uma arena de diálogo acerca das contratações por meio de Parcerias Público-Privadas e criar um verdadeiro espaço para negociação das condições da transação no caso concreto, já é, por si só, um avanço às discussões sobre o PMI.

O desafio é entender o que, dentre o cenário apresentado, motivou a experiência exitosa na condução do Procedimento de Manifestação de Interesse em análise. Nesse particular, também não é possível obter uma resposta categórica. Todavia, algumas peculiaridades saltam aos olhos no caso desse PMI e que merecem ser destacadas como boas práticas, de modo a serem consideradas quando da condução de outros PMIs tanto pelas diversas unidades do Estado de Minas Gerais como por outros Estados brasileiros.

Em primeiro lugar, o fato de a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse ter sido realizado por um Grupo Gestor formado por vários órgãos e Secretarias de Governo indica que existe uma vontade política de viabilizar o projeto, o que fatalmente contribui com o cuidado em escutar a iniciativa privada e pode ser considerado uma boa prática para a condução de PMIs.

Ainda sobre o Grupo Gestor, verifica-se que este é formado pelos seguintes órgãos públicos: Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG, Departamento de Edificações e Estradas de Rodagem de Minas Gerais – DEER, Instituto Mineiro de Agropecuária – IMA, Polícia Civil de Minas Gerais – PCMG, Polícia Militar de Minas Gerais – PMMG, Secretaria de Estado da Fazenda – SEF, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG Secretaria de Estado de Segurança Pública – SESP, e PRODEMGE.

Observa-se que há um esforço para conjunção de experiências de órgãos experientes em contratações públicas que pode ter influenciado de forma positiva na condução do referido procedimento, tendo havido ganhos de conhecimento organizacional. Nesse particular, pode-se dizer que apenas o envolvimento da SEPLAG e da SEF já reúne um bom conhecimento organizacional sobre projetos de PPP, já que estas Secretarias estão envolvidas em vários outros projetos e modelagens desse tipo de empreendimento. A conjunção de esforços de unidades distintas da administração e o aproveitamento de expertise nas conduções de PMIs, assim, se revela como uma das boas práticas do PMI em análise e que pode ser transposta para a realidade de outros Entes Federados e até mesmo para outras iniciativas da Administração Estadual de Minas Gerais.

Além disso, outro fator que parece ter sido determinante para o transcurso bem sucedido do PMI da Plataforma Tecnológica é a atuação do BDMG. A instituição é reconhecidamente competente pela estruturação financeira de projetos. Ainda que essa característica não tenha relação direta com a condução de Procedimentos de Manifestação de Interesse, é clara a *expertise* que o BDMG tem para dialogar com o mercado e que pode ter sido decisivo para a criação de um ambiente realmente negocial.

De qualquer modo, a Administração Pública tem muito a aprender com a promissora experiencia do PMI da Plataforma Tecnológica, devendo tomá-lo como exemplo de boas práticas para próximas empreitadas no mesmo sentido. Ressalta-se que eventual licitação e contratação do projeto trarão lições mais precisas no que diz respeito ao resultado de um PMI bem conduzido para a eficiência e viabilização de projetos de PPP.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho é fruto de inquietações acerca da utilização de Parcerias Público-Privadas para a viabilização e desenvolvimento de empreendimentos públicos no Brasil. Em um cenário em que a utilização desse modelo de contratação desponta como um dos principais recursos para diversos governos garantirem a provisão de necessidades básicas da população e viabilizarem investimentos em infraestrutura, é alarmante que ainda se tenha ainda tantas perguntas sem resposta.

Não é novidade a necessária atenção que deve revestir a adoção de medidas tidas como "fórmulas mágicas" no que diz respeito a políticas públicas. Neste particular, a atração exercida pelas PPPs no Brasil em um cenário de carências de infraestrutura, em meio a dificuldades do agir estatal e dos limites orçamentários dos governos desperta um alarme de cautela e atenção para a necessidade avaliação dos processos decisórios relativos à conveniência e oportunidade de realizar empreendimentos públicos pela celebração de PPPs.

A visão adotada neste trabalho é que, de fato, as Parcerias Público-Privadas consistem em instrumentos úteis à viabilização e a implementação de eficiência aos projetos públicos. Todavia, a sua realização ainda guarda inúmeros desafios e a prática das contratações deve ser revisitada de tempos em tempos para que sejam retiradas lições capazes de fazer com que o modelo evolua e, de fato, contribua com o desenvolvimento dos serviços e da infraestrutura no Brasil.

Na impossibilidade de avaliar como e a que preço essas contratações vêm sendo realizadas em todo o Brasil pelos óbvios limites metodológicos e de prazo impostos por um trabalho de mestrado, buscou-se avaliar os limites, as oportunidades e os desafios da utilização das PPPs para viabilizar empreendimentos públicos que poderiam ser aprendidos do contexto do programa de PPPs de Minas Gerais. A decisão de promover uma análise da experiência mineira baseou-se na crença de que o Estado de Minas reproduz um cenário de desafios quanto a viabilização e realização de projetos de PPP eficientes que acomete o país como um todo. Por isso, poderia conter importantes lições para o próprio conhecimento organizacional da Administração Pública Estadual e para a evolução de seus institutos e procedimentos, podendo ser útil para os demais Estados brasileiros.

Com efeito, o trabalho esforçou-se para apresentar os contornos teóricos sobre a lógica envolvida na contratação pública por meio das Parcerias Público-Privadas, inclusive do ponto de vista econômico. Além disso, buscou indicar os aspectos de maior relevância apontados pela

literatura para modelagem de contratos de PPPs e, ainda, os elementos extracontratuais que influenciam na eficiência dos projetos dessa natureza no Brasil.

O esforço teórico realizado demonstrou que a decisão de celebrar uma PPP perpassa pela avaliação de qual, entre as várias opções de ação, é a que conferirá o melhor uso dos recursos públicos disponíveis para investimento. Todavia, além da conclusão de que serão o melhor meio para a persecução do interesse público, é fundamental que seja demonstrado que os projetos os quais se pretende contratar por meio da celebração de PPP são atrativos para o setor privado.

Com base no estudo realizado, é possível dizer que problemática envolvida na contratação de Parcerias Público-Privadas, nada mais é que a reprodução de uma questão econômica fundamental, qual seja a busca de um modelo que reflita a melhor escolha, entre fins alternativos, para o uso de recursos escassos, ou seja, a busca por um modelo de contratação eficiente. Por sua vez, a eficiência de uma PPP depende de uma série de fatores atreladas tanto à formalização da contratação, que deve conter mecanismos suficientemente adequados para manter o comprometimento das partes com as suas obrigações, quanto aos elementos extracontratuais que se fazem presentes no caso concreto.

As regras apresentadas pelo ambiente institucional, ou seja, as regras pré-definidas que balizarão o negócio, são importantes tanto para a celebração de uma PPP eficiente, quanto para a própria viabilização dos projetos por meio desse tipo de contratação. Uma vez que se trata de um compromisso de longo prazo, as características do ambiente institucional dosam as estruturas de incentivos dos contratos e influenciam a credibilidade da Administração Pública aos olhos da iniciativa privada para a implementação de parcerias.

Apesar de, a priori, parecer uma questão simples, o trabalho demonstrou que o estabelecimento de relações negociais entre a iniciativa privada e a Administração Pública de forma isonômica e livre de turbulências é um verdadeiro desafio. Em regra, além das complexidades inerentes ao intricado modelo econômico das PPPs e a dificuldade de elaboração de minutas contratuais que formalizem e garantam o cumprimento das obrigações das partes, verifica-se uma cultura de desconfiança mútua entre os atores de tais contratações. Se de um lado o Poder Público demonstra preocupação com eventual contaminação do projeto por interesses privados em função deste possuir mais experiência técnica na condução de determinados tipos de projetos, verifica-se que também o mercado vê com desconfiança a Administração Pública como contratante em função de seu histórico de inadimplemento.

A primeira conclusão a que se chega por meio do presente estudo é que, a teor do que demonstra a teoria econômica, notadamente a teoria dos custos de transação e a teoria econômica dos contratos, a diminuição dos custos inerentes à celebração de PPPs e o aumento da sua eficiência está relacionada a uma efetiva negociação das condições contrato. Isso porque a falta de negociação dos mecanismos contratuais tem o potencial fazer com que sejam aumentadas as desconfianças entre as partes e seja necessário implementar mecanismos de maior complexidade para coordenar a transação que gera um custo tanto anterior, quanto um custo posterior. Além disso, a falta de negociação entre as partes pode levar a entraves durante a fase de execução contratual que poderiam ter sido resolvidas em momento anterior a contratação.

A referida conclusão conduz a uma segunda: a figura do Procedimento de Manifestação de Interesse, procedimento administrativo consultivo por meio do qual a Administração Pública concede a oportunidade de a iniciativa privada fazer contribuições aos estudos prévios de projetos a serem licitados pode ser considerada uma interessante ferramenta de auxílio à modelagem de PPPs no que diz respeito ao incremento de eficiência e à viabilização de projetos. O PMI tem o potencial de criar condições para implementar nos contratos mecanismos mais acurados para a coordenação de empreendimentos complexos; mas, principalmente, possibilita implementar uma cultura de diálogo e confiança entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Portanto, conclui-se que a capacidade do PMI de se instituir como espaço de diálogo com a iniciativa privada para a realização de projetos de PPP culmina em sua potencialidade tanto para a viabilização dos projetos de PPP, quanto para a promoção da redução dos custos inerentes à sua celebração e, consequentemente, em sua capacidade de contribuir com a eficiência dos empreendimentos contratados em parceria com o setor privado. O trabalho demonstrou, no entanto, que o estado da arte sobre o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse indica que os potenciais ganhos do PMI estão atrelados à tomada de determinados cuidados na condução dos procedimentos para que ele não desvirtue seu propósito de atendimento ao interesse público, havendo ainda alguns desafios a serem superados.

A revisão bibliográfica realizada neste trabalho demonstrou também que um PMI mal conduzido teria a capacidade de afetar os custos da contratação e, consequentemente a sua eficiência, em virtude de três riscos principais, (i) risco de contaminação indevida das decisões governamentais por interesses de mercado; (ii) risco de falhas de coordenação e (iii) limites do diálogo público-privado. A mesma literatura, todavia, indica que existem determinadas medidas capazes de eliminar ou, ao menos reduzir consideravelmente, tais riscos.

A partir dos desafios apontados nesse trabalho no que diz respeito à utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse como auxílio ao planejamento dos projetos de Parcerias Público-Privadas, procurou-se trabalhar a experiência do Estado com tais iniciativas, concentrando-se na experiência mais recente realizada pelo estado na condução de um PMI, o PMI da Plataforma Tecnológica.

Com base no estado da arte acerca dos PMIs, foi possível estabelecer indicadores para a análise da condução do PMI da Plataforma Tecnológica, sendo eles: (i) a adequada especificação do interesse público que se deseja ver atingido com a realização da PPP, ou seja, a caracterização precisa dos resultados esperados; (ii) a efetiva publicidade das etapas do procedimento e da documentação produzida/ofertada; (iv) motivação das decisões da administração pública com a sua submissão ao contraditório (v) concessão de publicidade às reuniões com os particulares; (vi) efetiva comunicação sobre os atos aos interessados (vii) capacidade técnica do órgão que irá conduzir o procedimento e julgará os estudos recebidos.

Os resultados da análise foram trabalhados em uma tentativa de apresentar as ações positivas e negativas na prática mineira que podem ser úteis a iniciativas de PMI de outros órgãos e entes do Estado e, até mesmo, de outros Estados.

A análise da condução do Procedimento de Manifestação de Interesse do projeto da Plataforma Tecnológica de Minas Gerais permitiu verificar que a última experiência de Minas Gerais na edição e condução de um Procedimento de Manifestação de Interesse foi altamente promissora. De uma maneira geral, pode-se dizer que a condução do PMI da Plataforma Tecnológica se deu em consonância com as melhores práticas apontadas na teoria para a condução de Procedimentos de Manifestação de Interesse.

Observa-se que a Administração Estadual responsável pela condução do PMI foi capaz de apresentar uma caracterização precisa dos resultados esperados com o PMI; logrou êxito na concessão de efetiva publicidade das etapas do procedimento e da documentação produzida/ofertada; motivou adequadamente as decisões prolatadas, abrindo espaço para o contraditório aos interessados, conduziu reuniões com os particulares de modo transparente e republicando e deu voz a eles sobre assuntos caros aos seus interesses no projeto. Em outras palavras, a condução do PMI no caso estudado levou em consideração todos os mitigadores de riscos indicados na literatura.

Muito embora a experiência, a priori, pareça significar avanços tímidos, representa um cenário extremamente favorável quando comparado com a maior parte dos PMIs realizados

pelo Estado de Minas Gerais em momentos anteriores e com a prática da condução desse tipo procedimento no Brasil.

Nesse particular, verifica-se que as medidas adotadas no caso da PMI da Plataforma Tecnológica têm o condão de remediar desafios relacionados ao uso do PMI que guardam relação direta com os custos de transação inerentes à modelagem dos contratos de PPP, quais sejam risco de contaminação indevida das decisões governamentais por interesses de mercado; risco de falhas de coordenação e os limites do diálogo público-privado.

É por isso que é possível ver com otimismo e bons olhos a maneira como foi conduzido o PMI estudado. Isso reflete a capacidade de aprendizado organizacional da Administração para aprimorar os seus procedimentos levando em consideração as melhores práticas apontadas pela literatura e as próprias experiências anteriores. Exemplo disso é a alta atratividade que o PMI teve, com a participação de 06 (seis) empresas. Em um contexto em que experiências recentes demonstram que foram elaborados diversos PMI's que não receberam sequer um estudo, não há como negar o mérito da condução do procedimento em análise.

Mesmo considerando que o projeto ainda não foi licitado e o contrato não foi assinado, se encontrando atualmente no embrionário estado da fase interna da licitação, a experiência na condução do PMI da Plataforma Tecnológica apresenta indícios de uma nova dinâmica de organização para condução desse tipo de procedimento.

O PMI em questão teve uma resposta imediata do mercado explicitada pelo número de empresas interessadas, o que, por si só, já denota duas facetas positivas. Ao mesmo tempo em que indica que o projeto que se pretende licitar é viável e haverá participantes interessados em uma futura contratação, é positivo porque tem o potencial de gerar um produto final cuja probabilidade de contaminação de interesses de mercado é muito menor, justamente porque muitas foram as soluções levadas para à Administração, o que ampliará os seus parâmetros para decidir pela melhor delas.

Além disso, ficou clara a importância concedida pelo Estado a implementação de um processo transparente, com respeito às garantias do processo licitatório, à abertura para diálogo, à isonomia concedida aos interessados na apresentação do projeto. A impressão obtida após a análise realizada neste trabalho é que Administração fez seu "dever de casa" no que concerne às boas práticas de condução do PMI no caso do projeto da Plataforma Tecnológica.

O estudo realizado aponta para a possibilidade de que a condução do PMI nos moldes realizados pode ser reflexo da conjugação de medidas tomadas no caso concreto para a realização do PMI, notadamente a conjunção de experiências de órgãos experientes em

contratações públicas e do BDMG, influenciando de forma positiva a condução do referido procedimento e gerando ganhos de conhecimento organizacional.

A experiência analisada não permite conclusões que vão além das apontadas. O que, a priori, pode parecer incipiente do ponto de vista da influência da utilização do PMI na eficiência do futuro projeto contratado, na realidade sinaliza que as boas práticas que tem o condão de gerá-la estão sendo interiorizadas e que o envolvimento de instituições experientes pode revestir os procedimentos com condutas mais alinhadas às boas práticas das contratações públicas. Nesse sentido, reforça-se o papel chave das instituições para o desenvolvimento de recursos e procedimentos voltados ao desenvolvimento das Parcerias Público Privadas no Brasil.

Tendo em vista o estado incipiente em que se encontram os estudos relativos à prática do Procedimento de Manifestação de Interesse como ferramenta de auxílio ao planejamento de PPPs, considera-se que este trabalho pode lançar luz à iniciativas que explorem a relação entre a utilização do PMI e implementação de eficiência nos projetos de PPP, considerando experiências que já tenham sido licitadas e cuja contratação já tenha sido realizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANEZ, Tatiana. **Impactos da assimetria de informação na estrutura de capital de empresas brasileiras de capital aberto**. 2008. 106 f. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2008.

AMORIM, Marcelo Korez. **A Nova Economia Institucional e o Desenvolvimento Econômico.** 2015. 51 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Econômicas, Universidade Estadual do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

ARROW, K. J. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Nonmarket Allocation. In: Arrow, K.J. **The Analysis and Evaluation of Public Expenditure**: The PPB System 1, US Joint Economic Committee, 91st Congress (Washington, DC: US Government Printing Office), pp. 59-73, 1969.

BEGG, David.; FISCHER, Stanley; DORNBUSCH, Rufiger. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Sevier, 2003.

BLONDAL, Jon R. **International Experience Using Outsourcing, Public Private Partnerships, and Vouchers.** Market Based Government Series, IMB Centre for The Business of Government, Arlington: VA, 2005 Disponível em: < http://www.businessofgovernment.org/sites/default/files/BlondalReport.pdf > Acesso em 12 Set. 2017.

BRASIL. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 1964.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei Federal nº 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 União**, Brasília, 13 fev. 1995.

_____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 04 maio 2000.

_____. Lei Federal nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União.** Brasília, 10 jan. 2002.

_____. Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez 2004.

BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. **The Economics of Contracts:** theories and applications. 1 ed**.** Cambridge: Cambridge University Press: 2002.

COASE, Ronald. **The Nature of the Firm**, Economica, 4, p. 386-405, 1937.

_____. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1-44, 1960.

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. **Abordagens institucionalistas das parcerias público-privadas:** as experiências da Inglaterra e de Minas Gerais. 2008. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração Pública e Governo, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008.

DEMSETZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights**. American Economic Review**, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. p. 347-369, 1967.

DEQUECH, D. Bounded rationality, institutions, and uncertainty. **Journal of Economic Issues**, v. 35, n. 4, p. 911-929, dez. 2001.

DIETERICH, Frederico. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público privadas no Brasil:** a estruturação de garantias públicas. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2017.

FORRER, John et al. Public-Private Partnerships and the Public Accountability Question. **Public Administration Review,** [s.l.], v. 70, n. 3, p.475-484. Wiley-Blackwell, 2010. Disponível em http://dx.doi.org/10.1111/j.1540-6210.2010.02161.x.. Acesso em: Fev 2017.

GRASSI, R. A. Williamson e "Formas Híbridas": uma proposta de redefinição do debate. **Economia e Sociedade** (UNICAMP), Campinas - SP, v. 12, n. 1, p. 43, 2003.

GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. Evaluating the risks of public private partnerships for infraestructure projects. **International Journal of Project Management**, v. 20, n. 2, p. 107-118, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – Em especial, da hipótese dos Fundos Garantidores. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009.

HAYEK, Friedrich August von. The Use of Knowledge in Society. **The American Economic Review**, Vol. 35, September, p. 519-530, 1945.

HICKSON, David J.; PUGH, Derek S. **Os teóricos das Organizações.** Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

JARDIM, Diego Otávio Portilho. **A construção de um legado da Copa do Mundo FIFA 2014™ em Belo Horizonte: análise da Parceria Público-Privada para reforma e gestão do Estádio Mineirão.** 2013. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração Pública, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2013.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976.

LIMA, Carlos Marcio Campos; COELHO, Antônio Carlos. Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 49, n. 2, p.267-291, abr. 2015. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612130020>. Acesso em: Set 2016.

MINAS GERAIS. Decreto nº 47.002, de 25 de maio de 2016. Aprova o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas para o período de maio de 2016 a maio de 2017. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 25 maio. 2016.

_____. Decreto nº 47.077, de 16 de novembro de 2016. Dispõe sobre a Câmara de Orçamento e Finanças e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 12 jan. 2016.

_____. Decreto nº 47.155, de 21 de fevereiro de 2017. Possibilita que as entidades da administração direta e indireta autorizem o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. a estruturar e modelar projetos de empreendimentos de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 21 fev. 2017.

_____. Decreto nº 47.229, de 04 de agosto de 2017. Institui o Grupo Executor de Concessões e Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 04 ago. 2017.

_____. Decreto nº 47.337, de 12 de janeiro de 2018. Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 12 jan. 2018.
_____. Decreto nº 47.348, de 24 de janeiro de 2018. Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Fazenda. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 24 jan. 2018.

_____. Lei Estadual nº 22.607, de 20 de julho de 2017. Autoriza o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo Servas – SSA-Servas – e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 20 julho. 2017.

MONTEIRO, Vera. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº11.079/2004**. 2009. 226 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2009.

_____. Contratação de Serviço de Consultoria para a estruturação de Projeto de Infraestrutura: qual o melhor caminho. In: FILHO, Marçal Justen; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/20042015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 143-152.

MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP.** 2016. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2016.

NORTH, Douglas. C. **Institutions, Institutional Change, and Economic Performance.** New York: Cambridge University Press, 1990.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: O caso da Elaboração Consensual de Projetos de PPP. In: FILHO, Marçal Justen; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/20042015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 113-141.

PEREIRA, Bruno Ramos. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?** Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2011. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2227494/mod_resource/content/1/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf > Acesso em: 10 Set 2016.

PEREIRA, Bruno Ramos; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. **Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados: relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI**. Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2012.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 7ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

PIRES, Valdemir; GUEDES, Sebastião. **Para entender a riqueza: uma introdução à cultura econômica.** Piracicaba**.** 2012.

PONDÉ, João Luiz. **A nova economia institucional**: Volume I. 2007, 28p. Notas de aula.

PUGH, Derek S.; HICKSON, David. J. **Os teóricos das organizações**. Rio de Janeiro: Qualimark, 2004.

RAO, Prahlad K. **The Economics of Transaction Cost:** Theory, Methods and Applications. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções Contratuais Público-Privadas: Os Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e as Propostas não Solicitadas (PNS). In: FILHO, Marçal Justen; Schwind, Rafael Wallbach (Org.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/20042015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-205.

RESENDE, Mariana Bueno. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): uma reflexão à Luz da Constituição da República de 1988.** 2015. 235 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos.** São Paulo: Atlas, 2011. 232 p.

_____. **Receitas Acessórias Decorrentes de Novos Projetos Imobiliários em concessões e PPPs.** 2015 Disponível em: < http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/receitas-acessorias-e-projetos-imobiliarios-v5-versao-final-enviada-para-publicacao.pdf) > Acesso em 15 Out. 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos econômicos-jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Rodolfo Pereira dos. **Estruturas de Governança e universalização de serviços de infraestrutura: a Eficiência Econômica dos Modelos Contratuais de Parcerias Público-Privadas.** 2006. 170 f. Tese (Doutorado). Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro, 2006.

SÃO PAULO. **Manual de Parcerias do Estado de São Paulo.** 2015. Disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf Acesso em: jun. 2017.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): Solicitação e Apresentação de Estudos e Projetos Para a Estruturação de Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas**. 2013. 500 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

_____. **Roteiro para a estruturação de concessões por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 259, p. 828-837, set. 2015.

SILVA, Marco Aurélio Barcelos; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. As Parcerias Público Privadas e a Plástica nos Contratos de Concessão no Brasil. In: FILHO, Marçal Justen; Schwind, Rafael Wallbach (Org.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/20042015.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 99-112.

SILVA, Marco Aurélio Barcelos. Introdução ao planejamento e à licitação de Parcerias Público-Privadas. **Revista do TCE/MG**, v. 34, n. 2, Edição Especial, p.77-86, abr. 2015. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: < https://revista.tce.mg.gov.br/revista/index.php/TCEMG/issue/download/13/26 .> Acesso em: 01 fev. 2018.

SIMON, Herbert. **Models of Man:** Social and Rational. New York: JohnWiley, 1957.

_____. Rational decision making in business organizations. Nobel Memorial Lecture, **American Economic Review**, vol. 69, nº 4, p. 493-513. 1979.

THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p.819-846, ago. 2015. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612119746>. Acesso em: 10 Set 2017.

TIGRE, P. B. Paradigmas tecnológicos e teorias econômicas da firma. **Revista Brasileira de Inovação**, v. 4, n. 1, p. 187-223, jan./jun. 2005.

TORRIJOS Jesús G. La financiación de la colaboración público-privada: El Project Finance. **Presupuesto y Gasto Público**, nº 45, p. 175-185, 2006.

WILLIAMSON, Oliver. The Modern Corporation: Origins - Evolution and Attributes. **Journal of Economic Literature**, vol.19, nº 4. p. 1537–1568, 1981.

_____. **The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting.** New York: The Free Press, 1985.

_____. Transaction Cost Economics. In: SCHMALENSEE, R.;
WILLIG, R. D. (Org). **Handbook of Industrial Organization.** New York: Elsevier Science, p. 136-182, 1989.

_____. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. **Administrative Science Quarterly**. vol 36. p. 269–296, 1991.

_____. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

ZYLBERSZTAJN, Decio. **Estruturas de governança e coordenação do agribusiness:** uma aplicação da Nova Economia das Instituições. 238 p. Tese (Livre-Docência) – Departamento de Administração, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

ANEXO I – Quadro didático sobre matriz de riscos em PPP

Modelo de Matriz de Risco					
Tipo de Risco	**Descrição**	**Consequência da Materialização do Aspecto Negativo do Risco**	**Fatores, medidas ou estruturas contratuais que funcionam como mitigantes do risco**	**Há norma legal que defina a quem esse risco dever ser alocado?**	**Alocação preferencial**
Projeto e Obtenção das Licenças (inclusive ambientais)					
Projeto	O risco do projeto ser inadequado para provimento dos serviços na qualidade, quantidade e custo definidos.	Aumento dos custos de implantação e operação dos serviços, inadequação dos serviços.	• O Poder Concedente tem obrigação de Disponibilizar os "elementos do projeto Básico" das obras, com estimativas de Custo. • O parceiro privado pode passar o risco de projeto para o construtor e outros subcontratados. • O Poder Concedente pode reduzir o pagamento (tarifa ou pagamento púbico) se os níveis de serviço contratualmente pactuados não forem atingidos, e em última instância pode decretar a caducidade do contrato.	A Lei 8.987/95, no seu artigo 18, inciso XV,requer que Seja realizado "elementos do projeto básico" das obras, como condição para a realização da licitação da concessão. O contrato, no entanto pode estabelecer que os elementos de projeto básico são indicativos, de maneira a transferir todos os riscos de projeto para o parceiro privado.	Parceiro privado.
Desapropriação e desocupação das áreas nas quais o	Risco de que o parceiro privado não consiga título legal adequado	Atraso e aumento de custo.	• Poder Concedente e seus consultores da área social devem fazer levantamento das áreas a serem desapropriadas e	Alocação definida exclusivamente no contrato.	O parceiro privado geralmente fica responsável pelos atos executórios da

projeto será implantado	para iniciar a implantação do projeto na área selecionada ou que ele não consiga a desocupação das áreas desapropriadas ou invadidas.		recenseamento da população a ser deslocada. • Poder concedente e seus consultores deverão estimar o custa da desapropriação e das indenizações para realocação da população a ser deslocada para implantação do projeto. • Poder Concedente deve tornar todas as informações públicas. • Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e das necessidades de desapropriação e realocação das populações. • O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro.		expropriação, de maneira que o risco de atrasos é a ele alocado. Já o risco dos preços para desapropriação e desocupação excederem o estimado muitas vezes é compartilhado entre Poder Concedente e parceiro privado. Geralmente o contrato estabelece uma verba para as indenizações a serem realizadas pelo parceiro privado, que, se excedida, o excesso é coberto pelo Poder Concedente.
Populações indígenas	Riscos de atrasos ou de alterações na concepção do projeto para reduzir o impacto sobre terras indígenas de modo a torná-lo viável.	Atraso e aumento do custo.	• Poder Concedente e seus consultores da área ambiental e social avaliam o impacto do projeto sobre as terras e as populações indígenas. Essa avaliação deve basear a decisão sobre se o Poder Concedente realiza diretamente a desapropriação dessas terras ou transfere a responsabilidade pela desapropriação para a iniciativa privada. Essa avaliação também deve basear a decisão sobre que toma o risco da variação do custo da desapropriação.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	O Poder Concedente geralmente assume esse risco por estar em melhor condição de geir questões sociais e políticas que decorrem da relação com povos indígenas; o Poder Concedente geralmente está em posição melhor para

			• Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros em erras indígenas antes e ao longo da licitação. • O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro.		negociar com essas populações.
Aprovações e licenças (inclusive ambientais)	Risco que as aprovações e licenças necessárias para realizar as obras não sejam obtidas, ou sejam obtidas sujeitas a condições não previstas	Atraso no início das obras ou na sua conclusão e aumento dos custos.	• Poder Concedente e seus consultores ambientais e sociais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lidar com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos. • Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e a longo da licitação. • O Poder Concedente realiza estudos para estimar os custos e as condições necessárias para obter as demais licenças. • Parceiro privado avalia o custo e condições para obtenção das demais licenças e autorizações.	No caso de PPP, o art. 10, inc. VII, da Lei Federal 11.079/04, exige que o Poder Concedente disponibilize ou a licença ambiental ou as diretrizes para a sua obtenção.	Parceiro privado. Em alguns casos, como grandes usinas hidrelétricas, as dificuldades de obtenção das licenças pelo parceiro privado podem ser tão grandes, que faz sentido o Poder Concedente obtê-las antes da licitação, ou prever no contrato sistema de compartilhamento de riscos, caso seja necessário a realização de dispêndios maiores que os estimados para a obtenção das licenças e autoriações.
Construção/Montagem/Implantação					
Construção, Montagem e Implantação	O risco de acontecerem eventos durante a construção que	Atraso e aumento de custos de construção	• O parceiro privado geralmente vai firmar um contrato de construção por preço fixo, pelo qual o risco de construção é	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro Privado.

	impeçam o cumprimento do prazo ou que aumentem os custos de construção.		transferido para um construtor com capacidade e experiência em gerenciá-lo. • Seguro de completude da obra dado pelo parceiro privado a Administração Pública.		
Geológico[65]	Risco que condições adversas do solo/terrenos em que sera construído o projeto causem aumento de custos na construção e/ou atraso.	Atraso na construção e aumento do custo.	• Estudo pelos consultores técnicos do Poder Concedente das condições da infraestrutura existente e disponibilização pública dos relatórios desses estudos. • Possibilidade do parceiro privado avaliar a situação da infraestrutura existente antes e ao longo da licitação. • Transferência pelo parceiro privado desse risco para um construtor subcontratado especializado em lidar com esse risco.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado.
Ambiental (1)	Risco do local do projeto estar contaminado, requerendo uma atividade significativa para remediá-lo.	Aumento dos custos e atrasos.	• Poder Concedente e seus consultores ambientais e sociais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lidar com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos. • Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado. Em alguns casos, pode fazer sentido estabelecer uma verba no edital para lidar com os custos decorrentes desse risco, e, caso o custo ultrapasse o valor da verba, o sobrecusto é risco do Poder Concedente.

[65] Esse risco afeta, sobretudo, a construção do prohto, de maneira que poderia ser classificado como parte do risco de construção.

Ambiental (2)	Risco do local do projeto, ou o uso anterior que lhe tenha sido dado, tenha provocado poluição aos terrenos adjacentes.	Responsabilidade por remediar a poluição recair sobre o parceiro privado, com aumento de sustos do projto.	• Poder concedente e seus consultores ambientais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lidar com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos. • Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação. • O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro.	Alocação do custo resultante da responsabilização definida exclusivamente no contrato.	Poder Concedente.
Patrimônio cultural	O risco dos custos e atrasos associados com descobertas arqueológicas ou outras atinentes ao patrimônio cultural.	Atraso e aumento do custo.	• Poder Concedente e seus consultores da área ambiental e social avaliam o impacto do projeto e a sua relação com as áreas de relevância arqueológica ou atinentes ao patrimônio cultural e tornam públicos os relatórios sobre esse assunto. • Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros em áreas de relevância arqueológica ou atinentes ao patrimônio cultural. • O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Poder Concedente geralmente toma esse risco, pois conhece os procedimentos aplicáveis neste caso e está em melhor condição de gerenciar esse risco.
Estrutura existente-melhoria/expansão (aplicável apenas a	Risco de que as estruturas existentes seja inadequadas para sustentar as novas melhorias e expansões.	Atraso na construção e aumento do custo.	• Estudo pelos consultores técnicos do Poder Concedente das condições da infraestrutura existente e disponibilização pública dos relatórios desses estudos.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado.

projeto *browfield* [66])			• Possibilidade do parceiro privado avaliar a situação da infraestrutura existente antes ao longo da licitação. • Transferência pelo parceiro privado desse risco para um construtor subcontratado especializado em lidar com esse risco.		
Operação e Manutenção					
Operação e Manutenção	Risco de que a operação do projeto e/ou a sua manutenção seja realizada de forma inadequada	Prestação do serviço em níveis inadequados, ou com custos acima do estimado.	• Poder Concedente e seus consultores estimam as condições de operação e manutenção do projeto e seus custos e tornam públicos os relatórios desses estudos antes da licitação. • Possibilidade do parceiro privado projetar e construir o projeto de modo a facilitar a obtenção do desempenho operacional esperado. • Possibilidade do parceiro privado subcontratar empresa especializada na operação do projeto, com *expertise* em gerenciar esse risco.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado.
Risco de disponibilidade do serviço.	Risco do serviço estar continuamente	Interrupção da prestação do serviço.	• Poder Concedente e seus consultores estimam os níveis exigidos de disponibilidade do	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado.

[66] *Brownfield* - em Português, "campo marron" - refere-se aos projetos já consolidados, tal qual a concessão de uma rodovia existente ou a contratação do melhoramento, ampliação, manutenção e operação de uma ferrovia existente. O termo é usado em oposição a projetos *greenfield* ("campo verde") que são projetos novos, que envolvem a criação de uma infraestrutura, como, por exemplo, a construção de uma estrada ou ferrovia novas.

	disponível para os usuários		serviço e simulam as condições operacionais e custos para isso antes da licitação.Possibilidade do parceiro privado adequar o projeto e construção de modo a facilitar a obtenção do nível de disponibilidade de serviço exigido. • Possibilidade do parceiro privado subcontratar empresa especializada na operação do projeto, com *expertise* em gerenciar esse risco.		
Risco de modificação das especificações de serviço.	Risco da agência reguladora ou outro órgão público regulador do contrato modificar o plano de investimento ou as especificações do serviço.	Aumento de custos de investimento e de operação.	• Sistema de equilíbrio econômico-financeiro.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Poder Concedente.
Obsolescência e inovação técnica e tecnológica.	Risco que o contratado não consiga manter o serviço atualizado tecnologicamente.	Serviço não ser prestado na qualidade adequada, com perda de demanda nos casos em que há competição no mercado, ou, no caso de monopólio, simplesmente prejudicando os usuários e o Poder Concedente.	• A especificação adequada do nível de serviço pelo Poder Concedente torna a renovação tecnológica para atingir o nível de serviço pactuado uma decisão do parceiro privado. A questão é mais complexa em setores em que a evolução tecnológica cria novos serviços e novos padrões de serviços. Por exemplo, no setor de prestação de serviço hospitalar, ou no setor de telecomunicações. • É possível fazer fundo de reserva para realização da renovação tecnológica.	Alocação definida exclusivamente no contrato. Há, no entanto, no art. 6º, §§ 1º e 2º, princípio geral que exige a atualidade do serviço. O modo como esse princípio se aplica a cada projeto deve ser definido no contrato.	Deve ser definida caso a caso.

Interface com rede pública usada para a prestação dos serviços (nos casos em que o projeto se inserir em uma rede maior de serviços, como provedor de insumos, ou como parte da rede).	Os riscos de sobredemanda por consequência da prestação inadequada no serviço na rede pública e reisco da baixa qualidade da prestação de serviço na rede afetarem a qualidade dos serviços prestados pelo parceiro privado.	Serviço prestado em qualidade inadequada e redução das receitas.	• Avaliação pelo parceiro privado e pelo Poder Concedente dos riscos da interface. • Especificação no contrato dos níveis de serviço a serem prestados pelo Poder Concedente na rede e das obrigações relativas à interface com o projeto operado pelo parceiro privado. • Isenção da responsabilidade do parceiro privado, quando o descumprimento do seu contrato se der por consequência do Poder Concedente não ter cumprido as suas obrigações. • Sistema de reequilíbrio econômico-financeiro.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Caso a caso. Em geral, o risco de prestação inadequada dos serviços na rede pública prejudicar os serviços do parceiro privado deve ser do Poder Concedente, seja por sobredemanda, seja por dificuldades em relação aos insumos e qualidade do serviço.
Comoções sociais.	Risco de comoções sociais ou protestos públicos que atrasem as obras, impeçam a prestação do serviço ou a cobrança de tarifa.	Atraso nas obras, interrupção da prestação dos serviços e redução das receitas.	• Atuação do Poder Concedente e do parceiro privado para comunicação social adequada sobre os benefícios do projeto para o usuário. • Atuação do Poder Concedente no sentido de proteger não só o projto, mas todo o programa de participação privada em infraestrutura, de movimentos ou comoções sociais, buscando saídas negociadas e usando quando necessário a força, dento dos limites legais para evitar prejuízos a prestação do serviço e aos ativos públicos.	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do artigo 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Público quando não há disposição contratual sobre o assunto.	Parceiro privado por um limite de tempo determinado no contrato (por exemplo, 15 dias seguidos, ou "x" dias por ano, ou no máximo "y" dias por todo o projeto), e após esse prazo, esse risco deveria ser do Poder Concedente.
Risco de greve dos trabalhadores do parceiro privado,	Risco de greves que impeçam a prestação do	Atraso, aumento do custo de construção e redução de receita.	• Atuação do parceiro privado adequada no cumprimento dos direitos trabalhistas e nas	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado.

ou do setor no qual ele atua.	serviço, ou que causem atrasos e aumento de custos de construção.		negociações com sindicatos dos seus trabalhadores.		
Mudança no controle do parceiro privado.	O risco de que uma mudança no controle do parceiro privado resulte em redução da sua capacidade financeira ou técnica de executar o contrato	Mudança do risco do parceiro privado executar o projeto adequadamente ou passar por situações financeiras difíceis.	• A mudança do controle pela Lei brasileira depende da autorização prévia do Poder Concedente (art.27, da Lei 8.987/95). • Restrição a mudança de controle, por exemplo, nos primeiros 2 anos do projeto, eis que nos anos seguintes, ja estação aportadas na SPE as capacidades e as "*expertises*" necessárias à execução do contrato, de maneira que o impacto da alteração do controle será menor.	Art. 27 da Lei 8.987/95 exige a aprovação do Poder Concedente para a mudança de controle da SPE.	Parceiro privado. O Poder Concedente é responsável pela análise das condições de mudança de controle.
Financiamento do Projeto e Seu Pagamento					
Disponibilidade de recursos para implantar o projeto.	O risco que o capital para implantar o projeto (sob a forma de dívida ou de participação acionária) não esteja disponível no mercado nos montantes e condições programados.	Falta de recursos para implantar o projeto.	• Poder Concedente avalia as condições financeiras dos parceiros privados na licitação e checa se as condições econômico-financeiras do parceiro privado o qualificam para executar o projeto. • O Poder Concedente e seus consultores modela o projeto de modo que seja viável seu financiamento em condições disponíveis no mercado. • Poder Concedente pode requerer apresentação pelos parceiros privados, ao longo do processo de licitação, de carta de instituição financeira confirmando que há linha de	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado.

			crédito disponível em montantes compatíveis com o financiamento do parceiro privado na execução do projeto. • Poder Concedente pode enviar antes da licitação os dados do projeto para instituições financeiras e solicitar que elas manifestem o interesse de financiar o projeto e as condições nas quais estariam dispostas a tanto.		
Taxas de juros[67]	O risco de que as taxas de juros aumentem entre o término da licitação e o fechamento do financiamento de longo prazo do parceiro privado de maneira a inviabilizar o preço do serviço estabelecido na licitação.	Aumento do custo de financiamento do projeto.	• no contexto econômico atual de taxa de juros cadentes, ou de variações menores para cima, em regra não são previstas mitigações para esse risco.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado.
Risco cambial (no caso de haver custos que são vinculados ao dólar)	O risco de haver descolamento das receitas em moeda local dos custos de financiamento ou de insumos em moeda estrangeira.	Aumento de custos de implantação, expansão operacionais, ou do custa da dívida.	• Possibilidade de prever no contrato sistema para mitigação desse risco,como, por exemplo, o que foi desenvolvido para o projeto da PPP da Linha 4 do Metrô de São Paulo.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado, mas especialmente quando os custos de implantação ou operação são vinculados a dólar, faz sentido ter algum tipo de mecanismo de compartilhamento

[67] Vale notar que, na experiência internacional, é comum que no contrato de concessão seja assinado concomitantemente ao de financiamento de longo prazo, de maneira que o risco de elevação da taxa de juros serão minorados.

					do risco com o Poder Concedente
Riscos que Afetam as Receitas do Parceiro Privado					
Demanda	Risco de demanda pelo serviço ser inferior à estimada.	Receitas abaixo do estimado, com consequente incapacidade do parceiro privado cobrir custos de investimento e operação para manter o serviço nos níveis pactuados.	• Estipulação no contrato de pagamento parcial por disponibilidade do serviço, o que pode ter a forma de uma garantia de demanda mínima.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado. Em alguns casos, quando o risco de demanda é muito alto e o parceiro privado não tem como controlá-lo, faz sentido atribuí-lo parcial ou totalmente ao Poder Concedente.
Risco de não pagamento pelo Poder Concedente (no caso de PPP, nos termos da Lei 11.079/04	Risco de não pagamento da contraprestação pública pelo Poder Concedente.	Receitas abaixo do estimado.	• Garantias dadas pelo Poder Concedente de pagamento ao parceiro privado. • Obrigações legais atinentes à responsabilidade fiscal.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Esse risco é geralmente alocado no parceiro privado, mas com diversos mitigantes para que o parceiro privado se sinta confortável em entrar no projeto.
Retração Econômica[68]	Risco de redução de atividade econômica afetar as receitas do projeto. Aplica-se mais diretamente aos projetos em que há cobrança de tarifa ao usuário, ou em que o pagamento do Poder Concedente	Receitas abaixo das projeções.	• A previsão de algum tipo de pagamento por disponibilidade do serviço, ou garantia de demanda mínima; o acompanhamento da capacidade financeira do parceiro privado, par que seja robusta para tolerar período de crise.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado, a não ser que o Poder Concedente tenha dado alguma garantia de demanda mínima, cujo pagamento seja disparado pela falta de demanda efetiva.

[68] Esse risco afeta, sobretudo, a demanda pelo serviço, de maneira que poderia ser classificado como parte do risco de demanda.

	ao parceiro privado é vinculado a demanda.				
Competição[69]	No caso do risco de demanda ser do parceiro privado, o risco de perda de demanda por consequência de competição com outros prestadores de serviços funcionalmente equivalentes.	Receita abaixo das projeções e incapacidade de cobrir os custos de investimentos e operação dos serviços.	• Parceiro privado deve analisar a existência de competição de barreiras de entrada para a prestação do serviço por outro parceiro privado.	Alocação definida exclusivamente no contrato. O artigo 9º, §1º, da Lei 8.987/95, estabelece que, somente nos casos expressamente previstos em lei, a cobrança de tarifa poderá ser subordinada a disponibilidade de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.	Parceiro privado, quando se tratar de competição no mercado com outros parceiros privados. Quando a competição for com projetos implantados ou subsidiados pelo Poder Concedente, o risco será preferencialmente do Poder Concedente.
Mudança demográfica[70]	O risco de haver uma mudança demográfica, social e econômica que afete a demanda pelos serviços.	Receitas abaixo das projeções, ou necessidade de antecipar investimentos por haver demanda por serviços acima do previsto, e/ou custos operacionais mais altos que o esperado.	• poder Concedente e seus consultores realizam estudos sobre a demanda atual e os cenários de evolução da demanda, perfil socioeconômico dos usuários, sua disponibilidade a pagar, preferência declarada sobre as características do serviço, e disponibilizam a público o relatório desses estudos, antes da licitação. • Parceiro privado deve realizar as suas análise sobre a demanda pelo serviço e sobre o perfil dos usuários do serviço.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado o Poder Concedente pode em alguns casos, contudo, achar conveniente pagar por disponibilidade do serviço, caso em que o parceiro privado não tomaria esse risco.

[69] Esse risco afeta, sobretudo, a demanda pelo serviço, de maneira que poderia ser classificado como parte do risco de demanda.
[70] Esse risco afeta, sobretudo, a demanda pelo serviço, de maneira que poderia ser classificado como parte do risco de demanda.

Inflação	Risco de que o valor dos pagamentos recebidos durante o contrato seja desvalorizado pela inflação.	A depender do nível de inflação, pode ser uma mera redução dos retornos do parceiro privado até uma completa inviabilização da prestação do serviço.	• Previsão de reajuste anual dos pagamentos; vinculado a índice de preços gerais ou ao consumidor (IPCA, IGP etc.), ou fórmula que reflita a variação dos custos para a prestação dos serviços.	Alocação definida exclusivamente no contrato. A legislação relativa ao Plano Real exige que o prazo mínimo de ajuste dos preços seja anal, não sendo possível reajuste para refletir inflação em prazos menores que um ano. Cf.: art.28, da Lei Federal, 9.069/95.	Poder Concedente; o parceiro privado assumem entretanto, o risco de descolamento entre o reajuste (calculado de acordo com as regras contratuais) e os custos efetivos dos seus insumos quando há a possibilidade de descolamento entre o índice contratual e os seus custos.
Decisão judicial que impeça a cobrança de tarifa.	Risco de decisão judicial que impeça a cobrança de tarifa aos usuários.	Redução de receitas, e possível inviabilidade da prestação do serviço na qualidade adequada.	• Sistema de equilíbrio econômico-financeiro.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Poder Concedente.
Mudança na Legislação e no Sistema Tributário, outras ocorrências fora do controle do parceiro privado e o término do contrato.					
Tributário	O risco, no âmbito do Poder Concedente ou de outros entes governamentais, de criação de novos tributos ou encargos legais, ou alteração dos existente, de maneira a aumentar os custos do parceiro privado.	Aumento dos custos do parceiro privado.	• O sistema de equilíbrio econômico-financeiro.	O art. 9º,§3º, da Lei 8.987/95, aloca esse risco ao Poder Concedente para todos os tributos ou encargos legais com exceção do imposto de renda.	Poder Concedente
Mudanças na legislação	O risco de mudanças	Aumento dos custos operacionais do	• O sistema de equilíbrio econômico-financeiro.	Alocação definida exclusivamente no	Poder Concedente

	legislativas no âmbito do Poder Concedente que afetem diretamente os encargos e custos para a prestação do serviço.	parceiro privado e/ou necessidade de fazer investimentos para cumprir com as novas regras.		contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do artigo 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Público quando não há disposição contratual sobre o assunto.	
Mudanças na lei de outro ente federativo.	Mudança geral de legislação não tributária, de outro ente federativo, que implique em custos diversos daqueles originalmente pactuados.	Aumento dos custos operacionais do parceiro privado e/ ou necessidade de fazer investimentos para cumprir com as novas regras.	• O sistema de equilíbrio econômico-financeiro.	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do artigo 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Público quando não há disposição contratual sobre o assunto.	Poder Concedente
Força maior ou caso fortuito.	O risco de não cumprimento do contrato por consequência da ocorrência de evento de força maior ou caso fortuito.		• Se os eventos forem seguráveis, parceiro privado pode fazer seguro em relação a esses eventos.	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do artigo 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Público	Parceiro privado, os riscos que são seguráveis.[71] Poder Concedente, os riscos que não forem seguráveis ou cujo valor do prêmio seja incompatível com o fluxo de caixa ado projeto.

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

				quando não há disposição contratual sobre o assunto.	É importante que o contrato já especifique quais são os riscos seguráveis, os que são seguráveis mas de preço incompatível com o fluxo de caixa do projeto e os não seguráveis.
Término antecipado do contrato.		Perda do investimento do parceiro privado.	• As normas previstas nos artigos 36 a 39, da Lei 8.987/95, preveem ambas a obrigação do parceiro privado transferir a posse e operação dos ativos para o Poder Público quando do término do contrato, e a obrigação do Poder Público de indenizar as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Essa obrigação de indenizar estabelece um piso que mitiga o risco do parceiro privado. São, entretanto, em regra, necessárias outras indenizações para dar a segurança ao parceiro privado e seus financiadores em relação ao risco de término antecipado do contrato.	O artigo 36, da Lei 8.987/95, estabelece o direito do parceiro privado de indenizar as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantira continuidade e atualidade do serviços concedido.	Ao estabelecer a obrigação do Poder Concedente indenizar o parceiro privado pelos investimento não amortizados em bens empregados na prestação do serviço, a Lei 8.987/95 mitiga o risco do parceiro privado em relação ao término antecipado do contrato, estabelecendo um piso para a indenização. O contrato poderá complementar esse piso, com outras proteções para mitigar o risco do parceiro privado e dos seus financiadores,

					contribuindo, assim, para aumentar a competitividade pelo projeto. É, entretanto, do parceiro privado o risco do valor das indenizações previstas no contrato não serem suficientes para cobrir as suas perdas e dos seus financiadores que seja consequência da antecipação do término do contrato.
Riscos Supracontratuais					
Vencedor da licitação ser incapaz de cumprir o contrato.	O risco de que o parceiro privado seja inapto para prover os serviços estabelecidos no contrato, ou de se tornar insolvente, ou de simplesmente não deter as credenciais financeiras indispensáveis pra viabilizar o projeto.	Aplicação de multas outras penalidade, exercício dos *step in rights*, intervenção e caducidade do contrato.	• Credenciais técnicas, econômicas e financeiras apresentadas na licitação pelos parceiro privados. • Exigência de seguros e garantias de completude e desempenho do parceiro privado. • Previsão de penalidades e multas para o caso de não cumprimento do contrato pelo parceiro privado. • Sistema de gerenciamento de situações de inadimplemento e conflito, como,por exemplo, o *step in rights* dos financiadores, a intervenção, e, em última análise, a possibilidade de decretação da caducidade do contrato.	Esse risco é um risco supracontratual. Por isso, a lei não define como o contrato de alocá-lo.	Esse risco é um risco supracontratual que decorre da posição do Poder Concedente, que, em última análise, é responsável pela prestação do serviço. Todo o processo de qualificação na licitação e todo o sistema de garantias e punições previstos na licitação e no contrato pretendem mitigar esse risco.

Risco Político	Risco de ação oportunista do Poder Concedente com fins populistas, por exemplo, suspensão da cobrança de tarifas, suspensão imotivada ou com falsa motivação, do pagamento público, incentivo a manifestações públicas contra cobrança de tarifas, tolerância oficial a condutas ilícitas que levem a utilização do serviço pelos usuários sem pagamento da tarifa, "encampação branca"[72] do contrato.	Descumprimento de contrato em vários aspectos pelo poder Concedente, que muitas vezes torna inviável o cumprimento do contrato pelo parceiro privado.	• Todos os princípios e regras integrantes da legislação sobre concessões de serviços públicos e do contrato têm por objetivo desincentivar ou impedir tais ações do Poder Concedente e, assim, mitigar o risco do parceiro privado. • Todo o conjunto de proteções ao parceiro privado, inclusive a possibilidade de rescindir o contrato, exigir judicialmente indenizações, executar garantias de pagamento (se houver), requerer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, todas essas proteções têm por objetivo proteger o parceiro privado contra o risco político.	Esse risco é um risco supracontratual. Toda legislação e o contrato têm por objetivo desincentivar ou evitar a materialização das consequências gravosas desse risco.	

Fonte: RIBEIRO, 2011.

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