

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA

Carlos Eduardo de Queiroz Pereira

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
***Novo modelo brasileiro de concessão de serviços
públicos e novos desafios para o controle***

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação *latu
senso* em Direito Público e Controle Externo sob a
orientação do Professor Benjamin Zymler.

Brasília

2006

Parcerias Público-Privadas: Novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para o controle

Carlos Eduardo de Queiroz Pereira

Sumário: Introdução. **1.** Parcerias público-privadas. 1.1. O público e o privado: da grande dicotomia à associação. 1.2. Parcerias público-privadas na experiência internacional. 1.3. A ordem econômica brasileira e a inserção das parcerias público-privadas. **2.** Inovações e desafios para o controle. 2.1. Órgão gestor das PPP. 2.2. Licitação. 2.3. Fundo garantidor das PPP (FGP). 2.4. Direitos de ingresso (*step-in rights*). 2.5. Responsabilidade fiscal. 2.6. Repartição objetiva de riscos. 2.7. Contraprestação do parceiro público. **3.** Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

“Uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva dos setores público e privado”.¹

Assim o Presidente da República qualificou as parcerias público-privadas ao submeter ao Congresso Nacional o projeto que daria origem à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP) no âmbito da Administração Pública.

Têm-se verificado ao longo da história significativas transformações nos sentidos com que o pensamento ocidental emprega os termos público e privado, bem como nas relações entre essas duas realidades.

Essas sucessivas transformações ocorreram a par das diversas mutações por que houve de passar a concepção política do Estado (absolutista, liberal, social, do bem estar social, neoliberal) e os conseqüentes reflexos sobre a ordem econômica.

¹ Mensagem Presidencial nº 623/2003.

Na década de 1980, a demanda por alocação de recursos públicos em políticas sociais vê-se reprimida, ao passo em que cresce a necessidade de investimentos em infraestrutura para viabilizar o crescimento econômico sustentado.

Surgem as políticas de desestatização, trazendo consigo as associações entre o Poder Público e a iniciativa privada para a prestação dos denominados serviços públicos, contexto em que se inserem, inicialmente no Reino Unido, as *private finance initiatives*, que dão origem as hoje propagadas parcerias público-privadas.

No Brasil, a Constituição de 1988 expressa a concepção política que acolhe a livre iniciativa como um dos pilares da ordem econômica. Com o Programa Nacional de Desestatização, em 1990, impulsionam-se as privatizações e as concessões e permissões da exploração de serviços públicos, cujo marco ocorre com a Lei 8.987/1995.

Neste artigo, tecem-se algumas considerações sobre a nova modelagem de contrato administrativo de concessão introduzida pela Lei 11.079/2004 (Lei das PPP), com vistas a identificar inovações, diante do atual regime, e novos desafios impostos ao controle.

Para os efeitos aqui pretendidos, considera-se “controle” não uma espécie associada ao um exclusivo ente com atribuições constitucionais para fiscalizar os atos da Administração Pública, como o controle externo, interno, judicial, político e social, mas um gênero, que represente este instrumento imprescindível para o sucesso de toda ação administrativa.

A primeira parte do trabalho (Parcerias Público-Privadas) visa a contextualizar as PPP e subdivide-se em três itens: (i) O público e o privado – da grande dicotomia à associação, (ii) Parcerias público-privadas na experiência internacional e (iii) A ordem econômica brasileira e a inserção das parcerias público-privadas.

Na segunda e última parte (Inovações e desafios para o controle), destacam-se alguns pontos da Lei das PPP considerados essenciais para diferenciar o modelo de parcerias da concessão tradicional e as correspondentes perspectivas de atuação do controle: (i) Órgão gestor das PPP, (ii) Licitação, (iii) Fundo garantidor das PPP (FGP), (iv) Direitos de ingresso (*step-in rights*), (v) Responsabilidade fiscal, (vi) Repartição objetiva de riscos e (vii) Contraprestação do parceiro público.

1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

1.1 O público e o privado: da grande dicotomia à associação

Por meio de duas comentadíssimas passagens do *Corpus iuris*, que definem o direito público e o direito privado (*quod ad statum rei romanae spectat e quod ad singulorum*

utilitatem)², a dupla de termos público/privado faz seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente como “a grande dicotomia”.³

Todavia, tem-se assistido, ao longo da história, constantes transformações políticas, econômicas e sociais que induzem significativas mudanças nos padrões de relação entre o setor público e o setor privado, entre o Estado e a livre iniciativa dos particulares.

Do ideário liberal desenvolvido pelos iluministas na luta contra o absolutismo, emerge a concepção da economia regulada exclusivamente pela lei natural da oferta e da procura de mercado, o *laissez-faire*. Assim, a estrutura administrativa do Estado Liberal é aquela que não intervêm na estrutura social e econômica dos cidadãos (Estado mínimo).

A despeito da efetiva evolução política que representou, aquela ordem, influenciada pelos paradigmas da razão, da liberdade e do individualismo, fortemente relacionados com a classe mais rica (burguesia comercial e industrial), não é suficiente para atingir a todos e surge como fruto da exploração do trabalho humano, produzindo uma sociedade desigual e injusta.

Inicia-se a gestação do Estado Social, no qual se afirmam os direitos sociais e trabalhistas, sendo propício para o redirecionamento das funções do Estado. Prega-se a intervenção do Estado na economia a fim de diminuir os conflitos sociais.

Com o fim da Segunda Guerra, a Europa precisa ser restaurada. Surge o Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), tendo como referência histórica na Europa Continental o Plano Marshall em 1947, também caracterizado pela forte presença do Estado na economia, a prover diretamente determinados serviços de interesse geral, que passarão a ser considerados serviços públicos.

A crescente demanda por alocação prioritária de recursos públicos na implementação de políticas sociais (saúde, educação e segurança pública), coligada à necessidade de investimentos em infra-estrutura, peça fundamental para o crescimento econômico sustentável, vê-se reprimida diante do esgotamento das fontes internacionais de recursos públicos, bem como da renda nacional expressivamente apropriada mediante tributos. Culminam, na década de 1980, fortes ondas inflacionárias e estagnação da economia mundial.

Com a crise do Estado do Bem Estar Social, surgem com grande intensidade os debates neoliberais. Impõe-se ao Estado contemporâneo o desempenho de um novo papel: sai o protagonista absoluto do desenvolvimento econômico e social e surge a personagem co-partícipe na prestação dos serviços públicos em associação com o setor privado.

² Tradução: o que respeita ao estado da coisa romana e ao interesse dos particulares.

O capitalismo tecnológico globalizante acelera as transformações por que as relações entre o público e o privado têm de passar. A forma clássica, em que o primeiro figura simplesmente como contratante e o segundo como contratado, tem sido substituída por novos modelos. Surgem, então, as práticas genericamente conhecidas por desestatizações, como concessões para exploração de serviços públicos, privatizações e terceirizações, em cujo contexto inserem-se as denominadas parcerias público-privadas.

1.2 Parcerias público-privadas na experiência internacional

O termo *public-private partnership* (PPP), na experiência internacional, nem sempre tem correspondência com o conceito legal brasileiro de parceria público-privada (PPP), pois o conceito estrangeiro, em muitos casos, engloba concessões em geral, sociedade de economia mista, *joint ventures* e até privatizações. O que aqui denominamos PPP, para os britânicos equivale a *private finance initiative* (PFI), ou iniciativa para o financiamento privado.⁴

Os anos 90 foram marcados pela tentativa de viabilizar projetos de infra-estrutura e de provisão de serviços públicos por meio de parcerias com o setor privado. No Reino Unido, esse movimento tem grande intensidade, mas, além da busca por financiamento privado, o objetivo maior passou a ser a eficiência na contratação da prestação de serviços públicos.⁵ De acordo com o modelo britânico, o risco associado a um empreendimento seria transferido para os agentes privados e deveria estar demonstrada a observância do imperativo do bom emprego dos recursos (*good value for money*). Não haveria taxas de retorno asseguradas aos investimentos nem pisos de lucratividade. O projeto de maior envergadura e considerado bem sucedido foi a construção, no ano 2000, do túnel sob o Canal da Mancha, ligando a Inglaterra e a França (*Channel Tunnel Rail Link*), que teria custado cerca de £ 4 bilhões.⁶

Diferentemente do caso inglês, nos Estados Unidos as parcerias público-privadas são uma característica primária da política e do sistema de bem-estar norte-americano. Há muito existe um relacionamento de profunda interdependência entre o setor público e os operadores privados. Na área de serviços sociais, a associação voluntária de indivíduos precedeu a organização do próprio aparato estatal e da atividade empresarial. Organizações não-lucrativas (setor *non-profit*) assumiram o desempenho de uma série de papéis voltados para a satisfação de necessidades públicas tidas como não abrangidas pelo escopo de atuação do Estado e das empresas. As PPP norte-americanas, nessa área, em geral tomam a forma de contratos de aquisição de serviços (*purchase-of-services contracts*), por meio dos quais entes

³ BOBBIO, p. 13

⁴ COSSALTER

⁵ BRITO, pp. 5-6

governamentais remuneraram agentes *non-profit* pela prestação de determinados serviços. No que diz respeito à infra-estrutura, a construção da ferrovia *Transcontinental Railroad*, na década de 1860, é o exemplo recorrente. Hoje as PPP mais relevantes são utilizadas nos setores de habitação e desenvolvimento urbano, transporte e de água e saneamento. Pesquisa realizada pelo *U.S. Council of State Governments* revelou que os estados norte-americanos recorrem às PPP devido, em ordem de importância, à redução de custos, à ausência de mão-de-obra especializada no setor público e *expertise* do setor privado, à falta de suporte e apoio do Governo, excesso de procedimentos burocráticos, necessidade de implementação rápida de projetos e de inovação e qualidade nos serviços. Cite-se entre os tipos de PPP para as obras de infra-estruturas nos Estados Unidos o modelo BOOT (*build-own-operate-transfer*), em que não há propriamente um contrato de operação entre as partes pública e privada. Esta última é tida como proprietária e, se houver transferência ao Poder Público, esta somente se dará após a recuperação econômica do empreendimento.⁷

No Chile, o rápido crescimento econômico por mais uma década tornaria a infra-estrutura existente insuficiente para atender aos fluxos econômicos crescentes. A experiência chilena com as PPP é considerada bem-sucedida. Desde 1994, o governo chileno engajou-se em 36 projetos, com ênfase na infra-estrutura de transportes rodoviários, envolvendo recursos da ordem de US\$ 5,5 bilhões. Na esteira na tradição latino-americana, o mecanismo utilizado foi a concessão, na qual a empresa privada constrói determinado projeto e depois o opera por certo número de anos como forma de recuperar seus investimentos por meio de cobrança de pedágio dos usuários. Ao final desse período, a concessão se extingue e dá-se a expropriação dos ativos pelo governo chileno. Mais de 2.000km de estradas foram concedidos.⁸

Em Portugal, a primeira PPP, no início da década de 1990, foi a construção da ponte Vasco da Gama, sobre o Rio Tejo, uma das maiores do mundo. Vários outros projetos foram implementados, envolvendo a construção ou reparação de rodovias e a criação de hospitais e de usinas de geração de energia. Estas últimas construídas sob a modalidade DBPO (*design-build-operate-finance*). A recente construção da segunda pista na ponte sobre o Tejo é o maior projeto de infra-estrutura português, custando em torno de US\$ 960 milhões. Parte do programa voltada para as estradas ganhou a designação de SCUT, associada à forma de remuneração do capital privado, em que se adota o chamado pedágio-sombra (*shadow toll*), sendo o operador da estrada remunerado pelo Poder Público, e não pelo usuário final, com

⁶ SUNDFELD, pp. 50-58

⁷ SUNDFELD, pp. 58-67

⁸ SUNDFELD, pp. 67-73

base no número de veículos que trafegam pela estrada. A despeito do grande apelo político em razão da ausência de cobrança direta de pedágios (“portagem”), as concessões do tipo SCUT têm-se mostrado insustentáveis do ponto de vista financeiro, representando grande ônus para o governo português, que tem anunciado a conversão de todas as *shadow tolls* em pedágios. As PPP portuguesas têm propiciado ganhos de dinamismo no desenvolvimento da infra-estrutura, contudo, verificam-se problemas que podem servir de lições, como atrasos e adiamentos do lançamento de obras, excessivo impacto orçamentário, gastos governamentais imprevistos, procedimentos demasiadamente burocráticos, em especial para obtenção de licenças ambientais, compartilhamento insuficiente e impreciso de riscos, pouca rivalidade na licitação, insuficiências técnicas em gestão de PPP etc. Para mitigar esses aspectos negativos, foram anunciadas mudanças institucionais, como a criação de unidade gestora de PPP, com função de coletar, analisar e difundir informações, prover expertise técnica, avaliar licitações e negociar com os parceiros privados.⁹

1.3 A ordem econômica brasileira e a inserção das parcerias público-privadas

A ordem econômica reflete a concepção política do Estado, isto é, a definição de sua função, dos limites de sua atuação e do âmbito reservado à iniciativa privada. No Brasil, a Constituição de 1988 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. A regra expressa a concepção política que acolhe a livre iniciativa como um dos pilares da ordem econômica.

A atuação estatal na atividade econômica, em regra, constitui-se intervenção. Na órbita das atividades econômicas em sentido amplo¹⁰, há, porém, aquelas que consistem em meios de satisfazer direta e imediatamente necessidades indisponíveis para a comunidade¹¹, concernentes à prestação de serviços públicos. Sem poder deixar de ser realizados, são sempre subordinados ao regime de Direito Público, competindo ao Poder Público prestá-los, diretamente ou atribuindo essa tarefa a agentes privados, por meio de concessão ou permissão.

Concessão de serviço público é o instrumento através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que o aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta a risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria

⁹ SUNDFELD, pp. 73-77

¹⁰ GRAU, p. 92.

¹¹ JUSTEN FILHO (RDPE)

exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas dos usuários do serviço.¹²

A outorga a operadores privados da exploração de serviços públicos toma impulso com o Programa Nacional de Desestatização (PND)¹³, em 1990, que teve entre os objetivos fundamentais “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”. As privatizações das empresas prestadoras serviços públicos, na linha do PND, pressupunham a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, observada a legislação específica.¹⁴

Em 1995, a Lei 8.987 regulamentou o regime geral de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Seguem-na as leis específicas de diversos setores econômicos e criam-se as respectivas agências reguladoras (1996: Aneel, 1997: Anatel e ANP, 2001: ANTT e Antaq, 2005: Anac). Na linha preconizada pela Reforma Administrativa¹⁵, o Estado desonerou-se da função de executor dos serviços públicos, de que não deixou de ser o titular, e assumiu o papel de regulador e fiscal da exploração dessas atividades econômicas por concessionários privados.

As concessões tradicionais são utilizadas quando se trata de projetos economicamente viáveis, auto-sustentáveis do ponto de vista financeiro. Há casos em que implementação do projeto demanda o aporte de recursos fiscais, uma contraprestação da Administração Pública em caráter complementar ao montante arrecadado com a tarifa cobrada dos usuários. Isso ocorre quando a prestação de serviços ou a construção de obras de infraestrutura não for atraente para os agentes privados, devido à limitação dos ganhos passíveis de serem auferidos ou ao elevado nível dos riscos inerentes ao empreendimento. Nesses casos, têm lugar as parcerias público-privadas.

A Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada, definindo-a como contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. A concessão patrocinada (não auto-financeável) envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, obrigatória contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e deve ser adotada para a construção e gerência de rodovias, ferrovias, portos, irrigação e outros investimentos em infraestrutura. Na concessão administrativa, o serviço será prestado direta ou indiretamente à

¹² BANDEIRA DE MELLO, p. 662

¹³ Lei 8.031/1990

¹⁴ Lei 8.031/1990, art. 7º

própria Administração Pública, que poderá licitar, por exemplo, a construção e operação de hospitais, escolas e penitenciárias.

Acerca da contraprestação da Administração Pública, o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Agrega-se, desse modo, mais um incentivo ao cumprimento das diretrizes da contratação estabelecidas na Lei das PPP, como a eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade e o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços.

2 INOVAÇÕES E DESAFIOS PARA O CONTROLE

2.1 Órgão gestor das PPP

Conforme previsto na Lei das PPP, o Decreto 5.385, de 4/3/2005, instituiu o Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas Federais (CGP), integrado por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), na coordenação, do Ministério da Fazenda (MF) e da Casa Civil da Presidência da República, competindo-lhe, precipuamente, (i) definir os serviços prioritários para a execução no regime de PPP, (ii) disciplinar os procedimentos para a celebração desses contratos, (iii) autorizar a abertura da licitação e aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos, (iv) apreciar os relatórios semestrais de execução dos contratos, enviados pelos ministérios e agências reguladoras, em suas áreas de competência, (v) elaborar e enviar ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União relatório anual de desempenho dos contratos e disponibilizar, na Internet, as informações nele constantes.

Como estrutura de apoio, o CGP conta com a Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas (CTP), com representação multissetorial e funções de assessoramento técnico, e a Secretaria-Executiva, de apoio à execução dos trabalhos do CGP e da CTP.

Para a deliberação do CGT sobre contratação de PPP, o pedido deve ser instruído com pronunciamento prévio, fundamentado e conclusivo do MPOG, sobre o mérito do projeto, e do MF, quanto à forma da garantia a ser concedida ao empreendedor privado e a viabilidade de sua concessão, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao atendimento do limites fiscais e orçamentários previstos na Lei das PPP, que visam a cumprir os mecanismos de controle de endividamento público.

¹⁵ Emenda Constitucional 19/1998

O CGP será, senão de direito, de fato, um órgão vinculado ao MPOG, a cuja autoridade titular caberá a designação de todos os seus membros, o que denota o enorme poder político do ministério. A acentuada proeminência dos membros do CGP no plano político os sujeitará a *“inúmeras pressões e atuação de poderosos lobbies de empreiteiras que rondam nebulosamente o universo licitatório do país”*.¹⁶

Destaque-se que todos os instrumentos de contrato, bem como suas alterações, deverão ser antes aprovados pelo CGT, o que inclui revisões tarifárias e da contraprestação pecuniária da Administração Pública. Requer-se especial atenção do controle sobre esse ponto, o que já ocorre com relação às concessões tradicionais, mas agora com foco não apenas na atuação das agências reguladoras, de quem se vê mitigada a competência para estabelecer ou homologar esses preços.

Como possui funções executiva, fiscalizatória e consultiva em relação aos contratos de concessão de que trata a Lei das PPP, o órgão federal de administração das parcerias deverá “prestar contas” ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União por meio de relatórios anuais, em que deverá constar as atividades exercidas pelo órgão e o desempenho dos contratos de concessão.¹⁷ A propósito, o TCU deve antecipar-se em disciplinar, mediante instrução normativa, os procedimentos para a elaboração, entrega e apreciação das informações que deverão constar nos relatórios de desempenho dos contratos de PPP, aplicando-se, no que couber, as regras estabelecidas nos normativos já em vigor, que dispõem sobre a fiscalização, prévia e concomitante, da outorga da concessão à execução contratual.¹⁸

2.2 Licitação

Por envolver a execução de obras e a prestação de serviços públicos, os contratos de parcerias serão precedidos de processo de licitação pública, conforme estabelece o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

O atual marco regulatório das contratações públicas, formado pela Lei 8.666/1993 (contratação administrativa), pela Lei 8.987/1995 (concessão da prestação de serviços públicos) e por outras que lhes são correlatas, é complementado pela Lei 11.079/2004, em face das peculiaridades dos objetos da contratação no regime de parcerias público-privadas.

Conforme as concessões comuns, as concessões no regime de parcerias deverão ser licitadas na modalidade de concorrência, cuja abertura, entretanto, condiciona-se a

¹⁶ CRETELLA NETO, p. 116

¹⁷ POLTRONIERI, p. 166

¹⁸ IN 27/1998: “Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização”, IN 43/2002: “Dispõe sobre o acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica”

autorização da autoridade competente¹⁹, fundamentada em estudo técnico atualizado (que justifique a contratação no regime de PPP e demonstre que as despesas não afetarão as metas de resultados fiscais e o limites das obrigações contraídas pela Administração), estimativa de impacto orçamentário-financeiro durante a vigência do contrato, previsão e compatibilidade com as leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), estimativa de fluxo positivo de recursos públicos para o cumprimento das obrigações, consulta pública e licenciamento ambiental.

Embora a lei condicione a abertura do certame licitatório a estudo prévio que justifique a contratação no regime de PPP, ou seja, à demonstração da efetiva vantagem em termos de custo e benefício (*value for money*), a experiência europeia mostra que a avaliação definitiva sobre o potencial do projeto em gerar *value for money* somente poderá ser feita ao final do processo de licitação.²⁰

Deverão ser precedidas de autorização legislativa específica as concessões cuja contraprestação paga diretamente pela Administração Pública, além das tarifas cobradas dos usuários, exceder 70% do total da remuneração do parceiro privado.

Além dos critérios de julgamento previstos na Lei 8.987/1995, poderá ser adotado o de menor valor da contraprestação ou ainda o da ponderação deste critério com o de melhor técnica. Exame prévio das propostas técnicas, antes do julgamento, também poderá ser realizado apenas para fins de qualificação.

Com vistas a estimular a disputa, o edital poderá definir que as propostas econômicas escritas serão seguidas de lances em viva voz, na ordem inversa da classificação das propostas escritas, os quais poderão ser restritos aos licitantes cujas propostas escritas não ultrapassem de 20% o valor da melhor delas. Essa opção assemelha-se à modalidade do pregão (Lei 10.520/2002 e Decreto 3.555/2000).

O edital poderá também estabelecer a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, com a adjudicação do objeto ao primeiro licitante habilitado, observada a ordem de classificação das propostas econômicas.

Outra novidade é a possibilidade de saneamento de falhas, de complementações ou correções de caráter formal na habilitação e nas propostas. O controle deve estar atento para que essa faculdade, em princípio vantajosa, não gere abusos ou manipulações de propostas, prejudicando, assim, o certame e colocando em dúvida todo o processo.

¹⁹ Aduz-se ser a “autoridade competente” o Comitê Gestor de PPP (CGP), a quem compete autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital, nos termos do art. 14, inciso III, da Lei 11.079/2004.

²⁰ Apresentação da Deloitte no “Seminário PPP”, no Ministério do Planejamento, em 20/8/2004.

Conquanto a lei condicione a contratação no modelo de parceria público-privada à demonstração das razões de “conveniência e oportunidade”, a abertura do processo licitatório não configura ato discricionário, isso porque os critérios que apontam para a opção PPP devem ser objetivos, devendo ser apontados, por exemplo, os “gargalos” na infra-estrutura e os riscos de colapso dos sistemas (portuário, ferroviário, rodoviário, elétrico) caso as obras não sejam realizadas, bem como a falta de recursos públicos para realizar a operação.²¹

A lei determina a submissão das minutas de edital e de contrato à audiência pública. A medida, que visa a dar efetividade ao princípio da publicidade e é instrumento útil de controle social, já tem previsão na Lei 8.666/1993 (art. 39), não obstante, a Lei das PPP inova no prazo mínimo para o recebimento de sugestões, de 10 para 30 dias, e nas formas de divulgação, prevendo-a por meio eletrônico (Internet), além da publicação na imprensa oficial e em jornais de grande circulação.

A licença ambiental prévia ou a expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento deverá ser providenciada pela Administração Pública, sempre que o objeto do contrato o exigir. Essa providência é de suma importância, pois minimiza o risco de repetição dos problemas detectados em parcela significativa das licitações realizadas no setor elétrico antes da implantação do atual modelo setorial, em que a obtenção da licença ambiental ficava a cargo do licitante vencedor, o que gerou atrasos e paralisações frequentes nas obras, havendo casos em que nem chegaram a ser iniciadas.²²

A lei prevê a possibilidade do uso da arbitragem ou de outros mecanismos privados de resolução de disputas, a exemplo da conciliação ou da mediação. A utilização da arbitragem foi viabilizada a partir da exclusão, pelo Senado Federal, do dispositivo da Emenda Constitucional nº 45 que vedava o emprego desse mecanismo de solução de conflitos nos contratos que envolvam a participação do Poder Público.²³

Questão que exigirá especial atenção do controle diz respeito à desnecessidade de projeto básico para licitação de PPP. No regime da Lei 8.666/1993, o particular não pode interferir na definição do modelo do contrato, cabendo-lhe apenas o papel de cumprir fielmente as determinações fixadas pela Administração Pública. Na PPP, a situação é diferente. Por meio dela, quer-se que a iniciativa privada contribua com sua eficiência também no modelo contratual a ser adotado.²⁴

2.3 Fundo garantidor das PPP (FGP)

²¹ CRETELLA NETO, 84/5

²² ZYMLER, p. 281

²³ ZYMLER, p. 283

As obrigações pecuniárias contraídas pelos parceiros públicos em virtude das PPP poderão ser garantidas por vinculação de receitas, instituição ou utilização de fundos especiais, contratação de seguro-garantia, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim e outros mecanismos admitidos em lei.

A grande inovação, na esfera federal, diz respeito ao Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP), com patrimônio formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, destacando-se do patrimônio dos cotistas. O fundo tem natureza privada e sujeita-se a direitos e obrigações próprios. O patrimônio do FGP, originalmente público, sujeita-se ao Direito Privado, deixando de ser contingenciável e executável em regime de precatórios, o que reduz o risco de não cumprimento das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública e torna a PPP mais atraente para os investidores e financiadores.

A Lei 11.079/2004 autoriza a União, suas autarquias e fundações públicas a participar do FGP no limite global de R\$ 6 bilhões. Tendo em vista o dispositivo legal, o Poder Executivo autorizou a integralização de cotas no FGP, mediante transferências de ações representativas da participação da União em sociedades de economia mista disponíveis para a venda, sem que isso represente perda do controle acionário.²⁵

Consoante a lei, que determina ser o FGP criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada pela União, o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP) designou para esse mister o Banco do Brasil S.A.²⁶

O estabelecimento de significativas garantias para o setor privado também oferece vantagens para a Administração Pública, pois reduz o risco de crédito aos parceiros privados e, conseqüentemente, o *spread* bancário para a obtenção dos financiamentos, prevendo a Lei das PPP o compartilhamento com a Administração Pública desses ganhos econômicos obtidos pelo agente privado. Ademais, o incremento das garantias contribui de forma significativa para que o agente privado aceite receber a contraprestação da Administração Pública somente após a disponibilização do objeto da parceria, conforme obriga a lei em tela.²⁷

A natureza privada do FGP não deve, por si só, constituir entrave para o controle. O fundo destina-se a prestar garantias de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelo Administração Pública e por ela será criado, gerido, administrado e representado. Certo é que,

²⁴ SUNDFELD, p. 148

²⁵ Decreto 5.411, de 6/4/2005

²⁶ Resolução nº 1, de 5/8/2005, do CGT

²⁷ ZYMLER, p. 269

à semelhança do que ocorre com as sociedades de economia mista, também de natureza privada, a gestão do FGP deverá ser informada por normas de Direito Público.²⁸

A possível principal característica do FGP é formar significativa garantia com bens e direitos passíveis de constrição judicial e alienação, excluído de sistema de precatórios, sendo, assim, fator de segurança e atratividade para investidores e financiadores privados. Reduz-lhe esse caráter, entretanto, a possibilidade de parte do patrimônio do fundo, cindida do restante, ser afetada, constituindo “patrimônio de afetação” e compondo parcela de bem indisponível, destinada a prestar garantia específica, sem poder ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão e outro ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Cumprido ao controle atentar para os aportes da União, suas autarquias e fundações públicas ao FGP, que, em última análise, consistirão em alienações de bens e direitos sem prévio processo de licitação. Nesse sentido, quando cabível, a ação do controle deverá voltar-se, com especial cautela, para a avaliação prévia desses bens e direitos, por empresa especializada contratada para esse fim, e os critérios por ela adotados.

2.4 Direitos de ingresso (*step-in rights*)

Antes da celebração do contrato de PPP, os parceiros privados deverão constituir sociedade de propósito específico (SPE), incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, com personalidade jurídica própria e distinta da dos sócios empreendedores.

Também inova a lei da PPP ao prever a possibilidade de o parceiro público autorizar a transferência do controle da SPE para os seus financiadores, sem que importe na caducidade da concessão, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. São os direitos de ingresso (*step-in rights*), exercidos em caso de inadimplência nos contratos de financiamento ou de queda nos níveis de retorno do empreendimento a patamares que comprometam o cumprimento das obrigações futuras.²⁹

A Lei 11.196, de 21/11/2005³⁰, que converteu em lei a denominada “MP do Bem”, estendeu a todas as concessões de serviços públicos o aludido mecanismo de garantia criado

²⁸ CRETELLA NETO, p. 124

²⁹ BRITO, p. 24

³⁰ “Art. 119. O art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação: (...)

§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo.

§ 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente.” (NR)

pela Lei das PPP, com o que se pretende incrementar o estímulo ao financiamento de projetos de infra-estrutura no Brasil.

Atualmente, quando uma concessionária de serviço público encontra-se em má situação financeira, os bancos são obrigados a acelerar o vencimento de seus créditos e, em casos extremos, pedir a falência da concessionária. Esses eventos prejudicam a prestação dos serviços e podem levar à caducidade da concessão.

O risco de descontinuidade do projeto e de interrupção do fluxo de caixa é ruim para todos. Os consumidores sofrem com a perda de qualidade dos serviços ou sua interrupção, os bancos reduzem suas chances de receber à medida que a situação do concessionário se deteriora, o Estado se vê obrigado a assumir a prestação dos serviços, o que implica custos adicionais para os cofres públicos.

Tratando-se de PPP, a incerteza da conclusão do projeto é também demasiadamente prejudicial ao parceiro privado, pois somente a partir da disponibilização do serviço fará jus à contraprestação da Administração Pública.

A atuação do controle é fundamental para que esse novo instrumento de garantia não se reduza a um pernicioso meio de favorecimento de banqueiros e outros financiadores, em detrimento da efetiva sustentabilidade financeira do projeto e de sua adequada conclusão em benefício dos destinatários do serviço.

Destaque-se que os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a medida deverão estar previstos no contrato de parceria. A medida não importa em caducidade, pois que não induz à extinção da concessão. Entretanto, com a restrição de direitos do concessionário, o ingresso dos financiadores no controle da SPE deverá ser precedido da verificação, em processo administrativo, da situação que o autoriza, assegurado o direito de ampla defesa, conforme previsto no art. 37, § 2º, da Lei 8.987/1995, e as indenizações, conforme o caso, sem prejuízo da atuação cautelar da Administração, com vistas a afastar iminente ameaça à continuidade da prestação dos serviços.

2.5 Responsabilidade fiscal

Consoante a Lei 11.079/2004, a responsabilidade fiscal representa uma das diretrizes a serem observadas na contratação de parceria público-privada.

Com essa orientação, a lei impõe expressamente a observância de algumas regras que condicionam a abertura do processo licitatório:

(i) Estudo técnico demonstrativo: (i.a) de que as despesas criadas e aumentadas não afetarão as metas anuais relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e

montante da dívida pública, estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais integrante da Lei de Diretrizes Orçamentárias, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa e (i.b) da observância dos limites globais para o montante da dívida pública e os limites e condições relativos à realização de operações de crédito do ente contratante da Federação.

Esses requisitos já são previstos nos arts. 4º, § 1º, e 29, 30 e 32 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF).

(ii) Elaboração de estimativa de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato³¹ e (iii) a declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas no decorrer do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei Orçamentária Anual.

A teor dos arts. 15 e 16 da LRF, não observadas essas condicionantes, a geração da despesa será considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público.

(iv) estimativa de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública e (v) seu objeto estar previsto no Plano Plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.

A imposição de limites à participação da União em parcerias público-privadas também visa à observância dos mecanismos de controle de endividamento público previstos da LRF. Nesse sentido, a União somente poderá celebrar contratos de PPP quando: (i) a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida³² do exercício e (ii) as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Se um dos mencionados limites for ultrapassado no âmbito de estado, Distrito Federal e município, a União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária ao respectivo ente da Federação.

As conseqüências do descumprimento da LRF explicam o rigor da lei e sujeitam os administradores públicos a sanções administrativas e penais. Além disso, o ente público que

³¹ O dispositivo da Lei das PPP (art. 10, inciso II) repercute o art. 16, inciso I, da Lei Complementar 101/2000 (LRF), que, no entanto, refere-se à estimativa de impacto orçamentário-financeiro, além do exercício em que a ação governamental deva entrar em vigor, apenas nos dois subsequentes.

³² O art. 2º da Lei Complementar 101/2000 (LRF) conceitua “receita corrente líquida”, calculada a da União, em 2005, em R\$ 303 bilhões (STN/MF)

descumprir as imposições da lei terá retidos repasses financeiros da União e recusadas as contas pelos Tribunais de Contas.³³

Embora inspiradas no texto moralizador a LRF, deve ser notada a dificuldade de se assegurar esses enquadramentos por toda a duração do contrato de parceria, que pode chegar a 35 anos.³⁴ Cite-se, a propósito, a elaboração das estimativas, acima mencionadas, de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato e de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante toda a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

2.6 Repartição objetiva de riscos

Consiste em característica do *project finance*, modelo a partir do qual foi concebida a parceria público-privada, o compartilhamento de riscos entre os interessados. Dada a magnitude dos riscos envolvidos, seria impraticável e imprudente que uma única parte os assumisse.

A Lei 11.079/2004 inova com respeito à teoria do risco nos contratos de concessão de serviço público. Destaca, como diretriz da contratação e cláusula obrigatória do contrato, a “repartição objetiva de riscos entre as partes”.

No atual regime, da Lei 8.987/1995, concessão de serviço público é a delegação de sua prestação a um particular para que o faça “por sua conta e risco”. É certo que essa fórmula deve ser interpretada com cautela para que se evitem equívocos. Não se pode imaginar que a sorte do empresário seja indiferente ao poder concedente³⁵, a quem em especial interessa o sucesso da prestação do serviço.

A Lei das PPP não é precisa quando prevê a repartição objetivo de riscos. A interpretação consentânea com a experiência internacional em parcerias público-privadas afasta inferências no sentido de que todos os riscos do projeto, seja qual for a sua natureza, teriam de ser, um a um, compartilhados entre o parceiro público e o parceiro privado e em semelhantes proporções, independentemente das respectivas aptidões para geri-los a um menor custo (*value for money*).

Na medida da disponibilidade de informações adequadas, a experiência estrangeira, em especial em países europeus, tende a realizar prévia avaliação dos riscos do projeto. A

³³ CRETELLA NETO, p. 86

³⁴ CRETELLA NETO, p. 90

³⁵ JUSTEN FILHO, 333

avaliação qualitativa corresponde a um plano de gestão de risco, que inclui a sua descrição,³⁶ as estratégias de mitigação e a sua alocação. A avaliação quantitativa importa numa modelagem de cenários de sensibilidade, em que se simula o impacto na economia e no financiamento do projeto da alteração das variáveis críticas.³⁷

A alocação ótima de cada risco do projeto, a partir dessas avaliações de cunho objetivo, com sua atribuição ao parceiro público e ao privado na medida das capacidades para gerenciá-lo, quer-nos parecer mais condizente com o sentido inovador da lei brasileira no preceituar a “repartição objetiva de riscos entre as partes”.

A distribuição de riscos entre os parceiros, além das hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, às quais a lei faz expressa menção, também deve abarcar os riscos próprios da álea ordinária (ou empresarial) e outras circunstâncias relacionadas com a álea administrativa – na qual a doutrina já inclui o fato do príncipe³⁸ –, como o fato da administração e até mesmo a alteração unilateral do contrato, pois que essa prerrogativa da Administração Pública, albergada pela supremacia do interesse público, não foi e nem deveria ser derogada pela Lei das PPP, embora não se coadune com o grau de segurança que se pretende imprimir aos contratos de parceria.

A repartição dos riscos entre o parceiro público e o privado, em geral, tem sido vista como remédio, em favor deste último, para as distorções da teoria do risco no regime de concessão comum, a qual acabaria por transferir ao particular o cumprimento de todos os princípios do artigo 37 da Constituição Federal, que dispõe sobre a Administração Pública.³⁹ Por outro lado, vislumbra-se que o dispositivo da Lei 11.079/2004 permitiria a atribuição de responsabilidade aos agentes privados em decorrência de eventos que, tradicionalmente, são considerados excludentes dessa responsabilidade, o que iria de encontro à orientação que perpassou toda a elaboração do projeto de lei.⁴⁰

A estatuto das PPP é impreciso no que tange ao compartilhamento dos riscos entre o parceiro público e o privado. Na forma genérica e abstrato, não visualizamos óbice constitucional à orientação da Lei 11.097/2004, sobretudo se a norma tem em vista adotar mecanismos de preservação do projeto, observada a aptidão de cada parceiro para gerir os riscos a um menor custo. Entretanto, se a aludida repartição de riscos resultar na atribuição ao

³⁶ Tipos de risco relacionados com as parcerias: risco de disponibilidade, de construção, de procura, de concepção, econômico, ambiental, de financiamento, legislativo, político, regulatório, de manutenção, operacional, de licenciamento, de valor residual, tecnológico etc.

³⁷ GUIMARÃES, p. 40

³⁸ DI PIETRO, p. 264

³⁹ POLTRONIERI, p. 77

⁴⁰ ZYMLER, p. 301

parceiro privado de responsabilidade civil por eventos absolutamente externos à sua atividade, ou seja, em que não se configure nexo de causalidade entre a atividade e o dano, como nos casos de força maior e fato do príncipe, a concreta adoção da medida pode padecer, quando menos, de ilegalidade, em face normas vigentes que regem as mutações dos contratos administrativos na hipótese de eventos aleatórios.

Deve o controle acompanhar a formulação de estratégias e as negociações que impliquem o compartilhamento de riscos entre as partes envolvidas, de sorte que cada solução, até com respeito a eventos imprevisíveis, não onere indevidamente os cofres públicos e tampouco comprometa a eficiência na execução do projeto.

2.7 Contraprestação da Administração Pública

Já se mencionou que as parcerias público-privadas aplicam-se a projetos em que o modelo tradicional de concessão de serviços públicos não se considera atraente para a iniciativa privada, seja em razão dos elevados riscos inerentes, seja por não serem auto-sustentáveis, pondo em xeque o retorno dos investimentos necessários à sua realização.

Nesse sentido, a Lei 11.079/2004 estabelece que, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, o concessionário será remunerado mediante contraprestação pecuniária do parceiro público, o que se dará nas parcerias cujo objeto seja a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, as denominadas concessões patrocinadas.

Ressalva-se, entretanto, a concessão na qual a contraprestação da Administração Pública for superior a 70% do total da remuneração do concessionário, a qual requer prévia e específica autorização legislativa. Infere-se que estudos técnicos com alto grau de precisão deverão ser efetuados para aferir se o aludido percentual será ou não ultrapassado no longo da vigência do contrato de parceria, que, conforme já se frisou, pode alcançar até 35 anos.

Além de outros meios admitidos em lei, a contraprestação do parceiro público poderá ser feita mediante ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública ou sobre bens públicos dominicais. Cumpre, entretanto, que sejam observadas as limitações fiscais e as previsões orçamentárias.

A contraprestação em favor do parceiro privado, além das tarifas, não é precisamente uma novidade, ante a previsão, na atual política tarifária, de outras fontes remuneratórias provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.⁴¹

⁴¹ Lei 8.987/1995, art. 11

Considera-se importante inovação a possibilidade de a contraprestação ser feita de forma variável, de acordo com o desempenho do parceiro privado, conforme as metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

A flexibilidade no pagamento confere maior efetividade ao controle de resultados. Ao empreendedor interessa alcançar índices de desempenho elevados, a fim de aumentar o faturamento e ao Poder Público importa obter bons resultados e eficiência na gestão.⁴²

Outra significativa novidade diz respeito obrigatoriedade de a contraprestação da Administração Pública efetuar-se somente após a disponibilidade do serviço objeto da parceria. A medida visa a evitar adiantamento de receitas, expressamente vedado pela Lei das PPP, sob pena de ilegalidade do pagamento e responsabilidade do ordenador de despesas.

A lei, no entanto, autoriza o pagamento da contraprestação de forma proporcional à parcela fruível do serviço. Pode ocorrer que o objeto do contrato seja disponibilizado em etapas. Uma rodovia de 400km pode ser construída em quatro etapas de 100km cada.⁴³

Releva observar que essa parte do serviço disponibilizado pelo parceiro privado deve ser considerada individualmente, como se fosse um objeto singular da parceria, independente de qualquer outro, e seus efeitos devem ser úteis ao objeto da parceria, por conta de sua prestação.⁴⁴

Incumbirá ao controle acompanhar os pagamentos da contraprestação devida pela Administração Pública, de forma a verificar a objetividade na aferição do desempenho do parceiro privado, em conformidade com as metas e padrões definidos no contrato, bem como a observância da proibição de pagamentos antes da disponibilidade do serviço e das limitações fiscais e previsões orçamentárias exigidas na lei.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais de um ano de vigência da Lei 11.079/2004, a parceria público-privada (PPP) ainda não é uma realidade no âmbito da União e de suas autarquias e fundações públicas.

Alguns estados saíram na frente, como São Paulo, Minas Gerais e Bahia, e já desenvolvem projetos para a assinatura de contratos nos moldes da lei federal das PPP.

As PPP poderão representar uma saída para o setor público brasileiro na realização dos investimentos necessários ao desenvolvimento econômico e social do país. Para o setor privado, uma alternativa de negócio com risco minimizado, considerando as expressivas

⁴² CRETELLA NETO, p. 67

⁴³ CRETELLA NETO, p. 67

⁴⁴ POLTRONIERI, p. 140

garantias apresentadas e a contraprestação da Administração Pública em complemento às tarifas cobradas dos usuários.

Faz-se imprescindível a criação de mecanismos que favoreçam a atuação eficaz do controle e o acompanhamento da execução dos contratos celebrados para que as PPP possam representar uma forma eficiente de gestão do patrimônio público.

Nesse sentido, conclui-se destacando, a seguir, alguns pontos da Lei das PPP para os quais o controle deve dedicar especial atenção:

- Comitê Gestor de PPP – acentuada proeminência de seus membros no plano político e mitigação da atuação das agências reguladoras;
- Relatórios anuais de desempenho dos contratos de PPP – necessidade de o TCU regulamentar os procedimentos para a elaboração, entrega e apreciação das informações que deverão constar desses relatórios, cuja natureza é de prestação de contas;
- Autorização legislativa específica para as concessões patrocinadas cuja contraprestação paga pela Administração Pública exceda 70% do total da remuneração do parceiro privado – necessidade de alto grau de precisão do estudo técnico que deverá aferir esse montante, considerando o longo curso de vigência dos contratos, de até 35 anos;
- Justificativa para a opção pela forma de PPP – necessidade de alto grau de precisão do estudo técnico, condicionante da abertura da licitação, que deverá demonstrar a efetiva vantagem em termos de custo e benefício (*value for money*), haja vista a experiência europeia mostrar que a avaliação definitiva sobre o potencial do projeto em gerar *value for money* somente pode ser feita ao final do processo de licitação;
- Faculdade de saneamento de falhas, de complementações ou correções de caráter formal na habilitação e nas propostas à licitação – em princípio vantajosa, não deve possibilitar a ocorrência de abusos ou manipulações de propostas, prejudicando, assim, o certame e colocando em dúvida todo o processo;
- Desnecessidade de projeto básico para licitação – com o que o parceiro privado não se limita a cumprir fielmente as determinações previamente fixadas pela Administração Pública (que deve apenas definir com clareza o objeto e os resultados pretendidos) e passa a contribuir com sua eficiência desde a definição do modelo contratual a ser adotado;
- Natureza privada do Fundo Garantidor (FGP) – não deve representar entrave para o controle, pois o fundo destina-se a prestar garantias de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública e por ela será criado, gerido, administrado e

representado, devendo sua gestão ser informada por normas de Direito Público, à semelhança do que ocorre com as sociedades de economia mista, também de natureza privada;

- Bens e direitos aportados ao FGP – necessidade de avaliação prévia por empresa especializada contratada para esse fim, com clareza dos critérios por ela adotados, visto que, em última análise, esses aportes representarão alienações de bens e direitos sem prévio certame licitatório;

- Transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores (*step-in rights*) – o mecanismo não deve reduzir-se a meio de favorecimento de banqueiros e outros financiadores, em detrimento da efetiva sustentabilidade financeira do projeto e de sua adequada conclusão em benefício dos destinatários do serviço;

- Responsabilidade fiscal – dificuldade de assegurar o enquadramento por toda a duração do contrato de PPP, como a elaboração de estimativas de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato e de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante toda a vigência do contrato e por cada exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

- Repartição objetiva de riscos – necessidade de acompanhamento das estratégias de compartilhamento dos riscos envolvidos na parceria, de sorte que cada solução, inclusive às pertinentes a eventos imprevisíveis, não onere indevidamente os cofres públicos e tampouco comprometa a eficiência na execução do projeto;

- Contraprestação devida pela Administração Pública – necessidade de acompanhamento, de forma a verificar a objetividade da aferição do desempenho do parceiro privado, em conformidade com as metas e padrões definidos no contrato (remuneração variável vinculada ao desempenho), a observância da proibição de pagamentos antes da disponibilização do serviço e das limitações fiscais e previsões orçamentárias exigidas na lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. *Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro*. Brasil: Revista do Serviço Público, vol. 56, nº 1, jan/mar 2005.

COSSALTER, Phillipe. A “*private finance initiative*”. Belo Horizonte: Revista de Direito Público Econômico. nº 6, p. 127-180, 2004.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei das parcerias público-privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Rodrigo. *Proposta de metodologia para a avaliação de projetos em regime de parceria público-privada – draft para discussão*. (mimeografia)

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Serviço público no direito brasileiro*. Revista do Direito Público da Economia, ano 2, n. 7. p. 143-169, jul/set. 2004

POLTRONIERI, Renato. *Parceria público-privada e a atuação administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

SOUSA, Alfredo José de. *As parcerias público-privadas e o desenvolvimento – o papel do controlo financeiro externo*. Portugal: Revista do Tribunal de Contas. nº 36, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme H. R. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.