



CARTILHA

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS - PPPs

Coordenação

Pinheiro Neto Advogados

Autores

Pinheiro Neto Advogados

PricewaterhouseCoopers

Trench, Rossi e Watanabe Advogados

Veirano Advogados



ÍNDICE

1. Aspectos introdutórios	4
1.1. Conceitos e objetivos	5
1.1.1. Conceitos.....	6
1.1.2. Regras gerais aplicáveis às PPPs	8
1.2 As PPPs: uma visão internacional	9
1.3 Visão comparativa entre PPP e concessão	15
2. Aspectos conceituais	18
2.1. A importância das garantias para o sucesso das PPPs	18
2.3. Mecanismos de garantia a financiadores.....	19
2.3.1. Vinculação de receitas	20
2.3.2. Seguro-garantia e outras garantias.....	21
2.3.3. Fundo Garantidor	22
2.4. Limites de financiamento e aporte de recursos por parte do setor público nos projetos	24
2.5. Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDCS).....	24
2.6. Sociedades de Propósito Específico (SPEs)	25
2.7. Disputas judiciais e extra-judiciais: a arbitragem.....	26
3. Os Projetos de PPP.....	27
3.1. Transporte ferroviário de cargas.....	27
3.2 Transporte metrô-ferroviário	34
3.3 Transporte rodoviário.....	42
3.4 Portos.....	48
3.5 Saneamento.....	50
3.6 Penitenciárias.....	53
3.7 Transporte de passageiros	55
4. Aspectos diversos e recomendações	57
4.1. A importância das garantias	57
4.2. A divisão de riscos extraordinários	63
4.3. A divisão de riscos: um novo paradigma na construção civil brasileira	67
4.4. Os limites legais e as formas de contraprestação da administração pública.....	70



4.5. Limites de financiamento e aporte de recursos por parte do setor público.....	73
4.6. A observância das regras de licitação	76
4.6.1. Licitação por concorrência	76
4.6.2. Inversão das fases de habilitação e propostas	77
4.6.3. Lances em viva voz.....	79
4.6.4. Proposta técnica eliminatória	80
4.6.5. Celebração do contrato de PPP pelo segundo colocado.....	80
4.6.6. Saneamento de falhas na habilitação e propostas	81
4.6.7. Conclusão.....	81
5. Participantes do projeto cartilha PPPs	83



1. Aspectos introdutórios

Em dezembro de 2004, o governo brasileiro publicou a Lei n.º 11.079, que institui as Parcerias Público-Privadas, criando normas gerais para licitação e contratação entre entidades privadas e a administração pública. Trata-se da mais recente medida tomada pelo governo, auxiliar ao regime da Lei de Licitações¹, em busca de alternativas de financiamento em gestão de obras públicas e de redução da participação do Estado na economia, que teve como fase mais expressiva o regime de privatização encerrado na segunda metade dos anos 90.

Tal instituto visa à realização de obras de grande porte² e à prestação de serviços públicos através de concessões patrocinadas ou administrativas, em que se verificam o compartilhamento dos riscos do empreendimento entre as partes envolvidas, bem como o financiamento predominantemente privado.

A rápida aprovação da Lei deu-se, provavelmente, em função da escassez de recursos governamentais para a realização de obras e de prestações de serviços públicos que atendessem à demanda originada na retomada do crescimento econômico do país e pelo desinteresse da iniciativa privada em

¹ Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

² O artigo 2º, § 4º, inciso I estabelece o valor mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para a realização das PPPs.



assumir tais atividades sob o tradicional regime de concessões, o que as aproximava, em grande parte, à estagnação.

O assunto foi amplamente discutido no âmbito político e junto à sociedade civil, tendo como principais temas a relação com procedimentos licitatórios, a origem dos recursos públicos destinados ao Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (de que trata o artigo 16 da Lei n.º 11.079/04), a precedência de liquidação das obrigações financeiras decorrentes das PPPs, o papel das Sociedades de Propósito Específico (SPE) no empreendimento, as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e a possibilidade de se adotar a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias decorrentes das parcerias público-privadas.

A discussão sobre o assunto continuará, mas é inegável que a aprovação da Lei das PPPs representou uma grande vitória política para o Governo Federal, pois oferece uma gama de possibilidades para a atuação e o desenvolvimento da iniciativa privada em setores fundamentais para a economia nacional.

1.1. Conceitos e objetivos

De acordo com dados publicados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com base no Plano Plurianual de 2004 a 2007 (PPA), estima-se que serão necessários investimentos equivalentes a 21,7% do Produto Interno



Bruto (PIB) para a retomada e sustentação do crescimento econômico do País³.

Os estudos promovidos para a elaboração do PPA, que tem por objetivo a retomada do crescimento econômico e a conciliação da necessidade de expansão do investimento e das exportações com o compromisso de aumentar o consumo, mostraram que o governo necessitava de instrumentos que auxiliassem na eliminação dos obstáculos ao crescimento da economia, o que o fez buscar a solução através das PPPs, elaborando, inclusive, uma carteira com projetos que precisam ser desenvolvidos com a participação do setor privado nas áreas de transportes, irrigação e recursos hídricos nas cinco regiões do país⁴.

1.1.1. Conceitos

Inicialmente, é importante destacar que a Lei n.º 11.079/2004 se aplica aos órgãos da administração pública direta e indireta (inclusive sociedades de economia mista) controlados diretamente ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios.

³ Fonte: site do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (www.planejamento.gov.br).

⁴ I Carteira de Projetos do PPP (site do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - www.planejamento.gov.br).



“Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”⁵, com a intenção de ser desenvolvida em paralelo aos contratos de concessão já existentes, com foco principal nos projetos de infra-estrutura.

Contrato administrativo de concessão é aquele em que a administração delega a execução de um serviço do poder público ao particular, que irá explorar a atividade por sua conta e risco, no prazo e nas condições acertadas. Nesse tipo de contrato, o interesse público prepondera sobre o interesse privado.

A Lei n.º 11.079/2004 traz duas modalidades de concessão:

a) Concessão patrocinada⁶ “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”⁷; trata-se de concessão comum onde o Estado realiza alguma forma de contraprestação, podendo ser utilizada, por exemplo, em casos de rodovias em geral e ferrovias.

⁵ Artigo 2º da Lei n.º 11.079/2004.

⁶ Esse tipo de concessão será regido pela Lei n.º 11.079/2004, sendo aplicável subsidiariamente a Lei n.º 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões) e legislação correlata.

⁷ Parágrafo 1º do artigo 2º.



A concessão comum não constituirá parceria público-privada “quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”⁸, e, nesse caso, continuará sendo regida pela Lei de Concessões e legislação correlata.

b) Concessão administrativa⁹ é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”¹⁰ Aqui, a administração pública poderá licitar, por exemplo, a construção e operação de hospitais e presídios.

A Lei n.º 8.666/93 e legislação correlata continuarão regendo os contratos administrativos que não caracterizem concessão patrocinada ou administrativa.

1.1.2. Regras gerais aplicáveis às PPPs

Haverá utilização indiscriminada do instituto da PPP quando forem celebrados contratos cujo valor seja inferior a 20 milhões de reais; cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 anos; e que tenha como objeto único o

⁸ Parágrafo 3º do artigo 2º da Lei n.º 11.079/2004.

⁹ Esse tipo de concessão rege-se pelo disposto na Lei n.º 11.079/2004, nos artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei de Concessões e no artigo 31 da Lei n.º 9.074 de 7 de julho de 1995.

¹⁰ Parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n.º 11.079/2004.



fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

A Lei 11.079/2004 estabeleceu diretrizes que refletem a cautela com que o legislador deseja que a administração pública realize as contratações de PPPs, tais como: eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade (diligência na utilização dos recursos públicos aplicados na atividade); respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução; indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; responsabilidade fiscal na celebração de execução das parcerias¹¹; transparência dos procedimentos e das decisões; repartição objetiva de riscos entre as partes; e sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

1.2 As PPPs: uma visão internacional

O conceito de Parcerias Público-Privadas foi introduzido no Reino Unido em 1992 como uma opção à privatização e ao sistema anterior, que mantinha a autoridade governamental como responsável pela propriedade, manutenção e operação de ativos de interesse público.

¹¹ A própria Lei nº 11.079/2004 estabelece na letra (b) do inciso I do artigo 10 a observância das regras da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000).



Os projetos de PPPs evoluíram para projetos de Iniciativa Financeira Privada (*Private Finance Initiative* – PFI), que podem ser descritos como projetos em que o setor privado, através de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), em um contrato de longo prazo, assume responsabilidades sobre o desenho, construção, financiamento, operação e manutenção dos ativos relevantes, prestando serviços ao poder público, cliente responsável pelo pagamento de tais serviços.

A intenção do PFI, portanto, de envolver o setor privado na prestação de serviços públicos em projetos governamentais, encontrou muito interesse no mercado e passou a incluir projetos em áreas tão diversas como saúde, defesa, educação, penitenciária, policial, transporte e outras.

A experiência internacional demonstrou que alguns fatores podem ser considerados essenciais para o sucesso das PPPs. A começar pelo sistema legal estável, favorável à sua criação e ao seu desenvolvimento. Embora haja certos pontos em comum entre as PPPs e as concessões, há numerosas divergências que não permitem a utilização da legislação criada para reger as concessões sem que se crie um ambiente legal específico para as PPPs. O Reino Unido, por ter sido o pioneiro na introdução das mesmas, teve sua estrutura legal como inspiração para vários outros países, que primeiro



decidiram ajustar suas legislações para dar o apoio necessário ao referido instituto.

Tais ajustes asseguram ao poder público a capacidade de cumprir com obrigações que ultrapassem suas possibilidades e dão ao setor privado a certeza comercial suficiente para que os projetos se desenvolvam, não permitindo ao primeiro romper um negócio sem que uma compensação seja devida ao segundo. Importante notar que as leis e normas são diferenciadas por setores, entendendo a experiência internacional haver diferenças fundamentais entre os vários setores da economia que não permitem uma legislação única.

Quanto à divisão de riscos extraordinários, em recentes projetos de PPP feitos na França, foi incluída a cláusula de preservação do equilíbrio econômico estabelecendo a obrigação das partes de renegociar os termos do contrato a fim de restabelecer a situação financeira anterior a qualquer ação tomada unilateralmente por uma das partes que tenha causado forte impacto no equilíbrio econômico do contrato. No caso de o equilíbrio ter sido rompido por alterações de ordem econômica, financeira, legal, tributária ou social, as partes devem acordar no contrato que envidarão todos os esforços para devolver o equilíbrio original. As partes, em ambos os casos, concordam que o contrato de PPP não pode estar estruturalmente desequilibrado.



De fato, cláusulas prevendo a divisão dos riscos assumidos pelo particular com o setor público nos casos de força maior e de alterações em legislação local são parte dos contratos padrão em vigor no Reino Unido, incluindo previsões de eventuais prorrogações contratuais, ajustes de tarifas ou subvenções adicionais, e foram adotadas em grande parte nos demais países europeus na elaboração da documentação para projetos de PPP.

Além da especial importância do ambiente legal, é essencial verificar o critério de determinação dos projetos públicos que efetivamente se beneficiam com a utilização das PPPs. Considerando que o objetivo fundamental é obter ganhos na eficiência e efetividade, mediante a alocação de riscos de projetos à parte que tem melhores condições de administrá-los, foi criada no Reino Unido uma série de diretrizes que guiam a formação de um índice de aferição para o setor público. Tal índice é baseado no valor presente do projeto, na eficiência que o método atual do setor público tem condições de obter no desenvolvimento do projeto e nos riscos que têm de ser enfrentados na consecução do projeto por parte do poder público.

A criação desse índice tem por objetivo padronizar, o quanto possível, a avaliação de cada projeto, ainda que sem estabelecer regras fixas para a decisão final, permitindo um determinado nível de flexibilidade para o exame



de cada projeto em questão, o que demonstra uma forte tendência internacional no sentido de padronizar a documentação envolvida em um projeto de PPP.

França, Espanha e Portugal têm buscado referências na experiência do Reino Unido a fim de tentar centralizar as diretrizes para a elaboração de documentos e, em certos casos, tentar até padronizar contratos, com o objetivo de simplificar a negociação de termos e condições do relacionamento a ser mantido com o setor privado, parceiro em determinado projeto de PPP.

Embora as primeiras diretrizes tenham sido emitidas no Reino Unido em julho de 1999, foi recentemente criado um Departamento de Comércio Governamental (OGC) que reviu e compilou, em novembro de 2002, todo o trabalho anterior, resultando nas Diretrizes OGC. Os objetivos básicos dessas normas são os de promover um entendimento comum a respeito dos riscos normalmente encontrados em um projeto típico de PPP; ser consistente em relação à condução da negociação e ao estabelecimento de preços em projetos similares; e reduzir o tempo e os custos de negociação em assuntos que podem ser acordados mais facilmente mediante a apresentação de um contrato padrão.



As Diretrizes OGC são normas gerais, uma vez que, embora a experiência prove ser possível padronizar contratos em projetos similares de PPP, é notória a diferença que há entre projetos a serem desenvolvidos em diferentes áreas. Como consequência, algumas outras compilações de diretrizes têm surgido relacionadas especificamente às áreas de educação, transporte, hospitalar, dependendo da experiência de cada país.

As necessidades e experiências em projetos de PPPs variam entre os diferentes países: o Reino Unido deu muita ênfase às PPPs nos setores de educação, saúde e construção; Itália e Portugal concentraram-se inicialmente no setor da saúde; a Holanda, no de infra-estrutura; a Noruega e a Irlanda, no de transportes; e o Canadá, por sua vez, já apresentou um projeto utilizando as PPPs para modernização e ampliação dos tribunais e outros órgãos relacionados ao seu sistema judiciário.

Assim, pode-se dizer que a evolução internacional das PPPs envolveu adequações dos sistemas legais dos países que decidiram adotar as parcerias e que há uma forte tendência de padronização de documentação envolvida nos projetos de PPPs. A experiência dos países europeus que primeiro desenvolveram as PPPs vem sendo utilizada pelos demais poderes públicos, que terão, contudo, de buscar nas suas próprias necessidades os projetos que



mais beneficiarão o público local e que mais incentivarão o setor privado a participar do desenvolvimento do país.

1.3 Visão comparativa entre PPP e concessão

As PPPs, como já dito, visam a permitir que o setor público, carente de recursos e/ou especialização técnica, contrate entes privados para realização de atividades originariamente sob a alçada do Estado, assemelhando-se muito às concessões comuns, já que ambos os institutos constituem contratos de concessão em sentido amplo¹².

No entanto, devem-se observar os princípios diferenciadores básicos que servem de norte para direcionar o procedimento licitatório, a análise das propostas e, principalmente, os contratos de concessão reguladores das PPPs. Nas concessões comuns, regidas pela Lei 8.987/1996, a contraprestação é obtida pelo concessionário contratado (ente privado) sempre e unicamente junto aos *usuários* do serviço. Já nas PPPs, cabe ao *parceiro público* parcial ou integralmente¹³ remunerar o particular contratado.

¹² Contratos de concessão, em sentido amplo, abrangem todos aqueles pelos quais a Administração pública delega a prestação ou exercício de um serviço (precedido ou não de obra pública) a um ente particular, incumbindo a este explorar as atividades inerentes aos serviços e assumir os riscos do negócio, sob as condições contratuais. Mencionem-se ainda a supremacia do interesse público e a garantia do equilíbrio econômico financeiro como características essenciais dos contratos de concessão.

¹³ Na PPP patrocinada, o Estado complementa a remuneração recebida pelo concessionário dos usuários do serviço, em princípio através de uma contraprestação pecuniária ao ente privado. Já na PPP administrativa, todo o pagamento ao particular contratado é realizado pela própria entidade estatal contratante (art. 2o, par. 1o e 2o, e art. 6o da Lei 11.079).



Desta forma, as PPPs destinam-se aos serviços e/ou obras públicas cuja exploração pelo contratado ou não é suficiente para remunerá-lo (ex.: ampliação e administração de rodovias ou ferrovias de baixo movimento) nem envolve contraprestação por seus usuários (ex.: construção e gerenciamento de presídios ou hospitais públicos). Assim, afora tratar-se de casos em que se requerem investimentos e/ou especialidade além das possibilidades do Estado, as PPPs têm um componente a mais, representado pela incapacidade de o empreendimento, por si, pagar o investidor privado.

Diferentemente dos contratos de concessão comum, os contratos de PPPs têm um escopo de regulação muito mais amplo e complexo: à parte as cláusulas tradicionais, como prazo contratual¹⁴, deverão prever aspectos bastante peculiares e de difícil concisão em poucos e genéricos artigos. Não será aceitável para as PPPs, portanto, utilizarem-se minutas quase padronizadas de contratos de concessão comum, em boa medida contratos de adesão.

Os modos de remuneração e as garantias prestadas (fundo garantidor, seguro, etc.) pelo Estado ao contratado, a repartição de riscos entre as partes, a possibilidade de transferência da pessoa jurídica constituída para realizar PPP a seus financiadores inadimplidos, os critérios de avaliação de desempenho adequados à duração do contrato, entre outros itens, deverão compor o objeto

¹⁴ Os contratos de PPPs devem ter no mínimo 5 (cinco) anos de duração (art.2º, parágrafo 4º da Lei 11.079).



de preocupação daqueles envolvidos na preparação e negociação do contrato de uma PPP. E, seguramente, requererão uma participação mais ativa dos licitantes na formulação do contrato, cujo resultado deverá ser um documento extenso e detalhado, muito provavelmente nos moldes dos contratos de *common law*. Isso fortalece, por óbvio, a importância de, ultrapassada a fase de comparação de legislações, se estudarem previamente exemplos de contratos estrangeiros de PPPs bem-sucedidas, em especial as pioneiras inglesas.

Tratando-se particularmente dos contratos, uma vez descritas as fundamentais diversidades entre as PPPs e as concessões comuns, parece apropriado retornar a um de seus pontos de contato. Como já dito, ambas são espécies do gênero contrato administrativo de concessão. Por tal razão, a Lei 11.079 prevê expressamente que os contratos de PPP deverão conter os requisitos gerais da Lei 8.987 aplicáveis aos contratos de concessão comum¹⁵, tais como: mecanismos de ajuste de tarifas; parâmetros e métodos de avaliação, ampliação e fiscalização dos serviços; cálculos de indenização; direitos e deveres dos usuários; e prestação periódica de contas pela concessionária à administração pública. A consequência de tal previsão legal é que o cuidado na elaboração dos contratos de PPP deve ser redobrado: cumprimento, no que for aplicável, da Lei 8.987, bem como da Lei 11.079, esta em seu inteiro teor.

¹⁵ Exceto nas situações especificamente apontadas em contrário na própria Lei 11.079.



De uma forma geral, aberto esse novo canal de investimentos, são bastante positivas as perspectivas de sua utilização e seus resultados. Imperioso, porém, atentar-se para as relevantes especificidades (tão somente esboçadas acima) das PPPs, notadamente no tocante à cuidadosa elaboração dos contratos correspondentes.

2. Aspectos conceituais

2.1. A importância das garantias para o sucesso das PPPs

O sucesso das PPPs no Brasil está intrinsecamente relacionado à concessão de garantia para o adimplemento das obrigações pecuniárias contraídas pelo setor público, uma vez que há o receio quanto à capacidade de o Estado brasileiro saldar seus compromissos pontualmente. Isso se dá, em grande parte, ao fato de o Brasil ainda não ter atingido o “grau de investimento” (*investment grade*), que mede o risco do país não cumprir suas obrigações.

A lei reguladora das PPPs prevê diversos mecanismos de garantia, que devem vir expressamente previstos no instrumento convocatório da licitação e ser escolhidos pelo órgão contratante, dentre eles destacam-se a vinculação de receitas, contratação de garantia com companhias seguradoras e por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam



controladas pelo poder público e, especialmente, o fundo garantidor ou empresa estatal criados para prestar garantia de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, modalidade inovadora que permite a esses órgãos mais celeridade e menores custos para a contratação de garantias.

2.3. Mecanismos de garantia a financiadores

Devido ao baixo grau de investimento do Brasil, o legislador ao disciplinar as PPPs preocupou-se em desenvolver meios de garantir aos financiadores dos projetos efetivo retorno dos investimentos realizados. Para tanto, contemplaram-se como formas de garantia ao financiador: 1 - a emissão dos empenhos relativos às obrigações assumidas pela administração pública diretamente em nome do financiador (o que facilita a sua cobrança em caso de inadimplemento pelos órgãos públicos); e 2 - a possibilidade de receber os pagamentos diretamente dos fundos e das empresas estatais garantidores assim como o recebimento, nas hipóteses contratualmente previstas, de indenizações por extinção antecipada do contrato.

Outra forma de preservar os interesses dos investidores é a possibilidade de inclusão de cláusula que permita a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os financiadores (*step-in-right*), no caso de sua



rentabilidade estar abaixo de um patamar pré-fixado no contrato administrativo ou de risco para a continuidade dos serviços públicos concedidos.

Por meio destes mecanismos, o governo brasileiro buscou criar condições mais atrativas aos investimentos externos que tenham por finalidade projetos de Parceria Público-Privada, evitando que os financiadores deixem de receber os valores investidos.

O art. 8º da lei 11.079/2004 elenca as formas de garantia admitidas nos contratos de PPPs. Tais garantias visam incentivar a feitura desta espécie de contrato. Este artigo trata das formas de garantia que o parceiro público pode oferecer. Posteriormente trataremos das garantias que o Fundo Garantidor da Parceria pode oferecer.

2.3.1. Vinculação de receitas

A primeira dessas garantias, e a mais controvertida, é a vinculação de receitas de impostos, conforme o art. 8º, I da lei nº 11.079/2004, que remete ao art. 167, IV da Constituição da República. Esta configura uma exceção, pois os impostos são, em regra, para financiar a atividade estatal de modo geral, ou seja, suas receitas não são vinculadas a nenhuma atividade estatal específica, muito menos são destinadas a uma atividade de natureza particular, mesmo



que tenha como fim um serviço público, conforme o art. 16 do Código Tributário Nacional.

No entanto, esta forma de garantia não é absoluta, visto que deve ser observado o art. 167, IV da Constituição da República. Assim, este figura como uma exceção à proibição de vinculação de impostos, possibilitando a vinculação das prestações de garantia às operações de crédito por antecipação de receita, em alguns casos.

O que deve ser ponderado aqui é que no caso de um possível inadimplemento do parceiro público, a União poderia ser acionada como contra-garantidora e, em contrapartida, reteria receitas que, constitucionalmente, deveria repassar para o ente público inadimplente. No entanto, isto poderia esbarrar na dificuldade do pagamento pelo precatório como será exposto abaixo. Destarte, concluímos que de um jeito ou de outro, a vinculação de receitas não deve ser a melhor forma de garantia ao parceiro privado.

2.3.2. Seguro-garantia e outras garantias

Outra forma de garantia é a contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo poder público. Assim, poderia um banco privado ser o garantidor da parceria. Esta garantia pode também se dar por organismos internacionais, tais como o BIRD.



A lei deixa possibilidades de criação de formas alternativas de garantia, como a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei. Assim, outras formas de garantia são válidas, desde que previstas em lei.

2.3.3. Fundo Garantidor

Por fim, temos uma última forma de garantia que está gerando maior controvérsia, o Fundo Garantidor da Parceria, regulado dentre as disposições aplicáveis somente à União Federal (art. 16). Este Fundo tem natureza privada e patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito de direitos e obrigações próprios (§1º). Seu patrimônio será formado pelo aporte de bens e direitos realizados pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração (§2º).

Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada que deverá apresentar laudo fundamentado com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados (§3º).

A integralização das quotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade



de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial (§4º).

O Fundo Garantidor 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 (§5º). A integralização com bens não depende de licitação, bastando autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda (§6º). O aporte de bens de uso especial ou de uso comum neste Fundo será condicionado a sua desafetação de forma individualizada (§7).

O Fundo Garantidor, que será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente pelo Banco do Brasil, possuirá natureza privada e patrimônio próprio, sendo este limitado a R\$ 6 bilhões, e responderá por suas obrigações com bens e direitos de seu patrimônio.

As modalidades de garantias prestadas pelo FGP serão: fiança; penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do próprio patrimônio; hipoteca de bens imóveis do seu patrimônio; alienação fiduciária e outros contratos que produzam efeito de garantia. Há, ainda, a expectativa de que este preste contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos



cotistas em contratos de parceria público-privada, de forma a reduzir o custo de captação financeira.

2.4. Limites de financiamento e aporte de recursos por parte do setor público nos projetos

De acordo com a lei instituidora das PPPs, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de PPP serão definidas pelo Conselho Monetário Nacional.

A própria legislação estabelece, em seu artigo 27, as restrições às operações de crédito efetuadas pelo setor público, limitando essas a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico. No entanto, para incentivar investimentos nas regiões menos desenvolvidas (norte, nordeste e centro-oeste, em que o índice de desenvolvimento humano é inferior à média nacional) a participação do setor público no projeto poderá ser de até 80% (oitenta por cento).

2.5. Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDCS)

Há, ainda, possibilidade de serem concedidos novos incentivos por parte do Governo Federal uma vez que de acordo com o artigo 23 da lei regedora da PPPs, a União Federal fica, desde a edição dessa lei, autorizada a conceder



incentivos, nos termos do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social (PIPS – Lei 10.735/2003), às aplicações em fundos de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes dos contratos de parcelas público-privadas. Porém, ainda não houve definição sobre como serão realizados esses incentivos.

2.6. Sociedades de Propósito Específico (SPEs)

Antes da celebração do contrato de PPP, a empresa vencedora da licitação deverá constituir uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, exigência essa já prevista na atual lei de concessões, que garante ao poder público que o contratado seja empresa especializada e dedicada exclusivamente à prestação dos serviços concedidos, evitando riscos oriundos de outras atividades, além de facilitar o controle e a fiscalização.

A SPE poderá assumir a forma de Sociedade Anônima, sendo permitida a negociação de suas ações no mercado. De acordo com a lei federal, a SPE deverá obedecer a padrões de *governança corporativa* e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme será definido em regulamento.



A transferência do controle da sociedade de propósito específico é condicionada à autorização expressa da administração pública, nos termos do edital e do contrato, devendo a adquirente do controle possuir as mesmas qualificações jurídicas, econômicas e técnicas do parceiro privado substituído.

A administração pública não poderá ser titular da maioria do capital votante das SPEs, não se aplicando essa vedação a eventual aquisição da maioria do capital votante da SPE por instituição financeira controlada pelo poder público em caso de inadimplemento de contratos financeiros.

2.7. Disputas judiciais e extra-judiciais: a arbitragem

A lei 11.079/2004 também se preocupou em facilitar a solução de possíveis conflitos ao permitir a utilização da arbitragem como forma de se solucionar disputas. Para tal, é preciso que a arbitragem esteja prevista no edital e observe as normas da lei nº 9.307/23 (lei de arbitragem). Este dispositivo está consoante com a lei como um todo, ao afastar a solução do conflito do Estado, podendo este ser solucionado pelos particulares.

3. Os Projetos de PPP

Diversos projetos vêm sendo selecionados, tanto no âmbito federal quanto dos estados, para serem estruturados através das PPPs. Os estados de São Paulo, Minas Gerais e Bahia são aqueles que têm projetos mais bem estruturados, cujos estudos técnicos encontram-se em fase final de elaboração.

Espera-se que diversos projetos sejam licitados, tenham seus contratos assinados e seus investimentos iniciados ainda em 2006.

3.1. Transporte ferroviário de cargas

Ferrovias Norte-Sul

Introdução

A Ferrovias Norte-Sul é um projeto que contempla a construção de uma ferrovia de 2.066 km, que atravessará as regiões centro-oeste e norte do Brasil.





Quando totalmente implementada, a Ferrovia Norte-Sul deverá transportar 12,4 milhões de toneladas de carga anualmente, com um custo médio estimado em US\$ 15/1.000 t.km, o que significa menos da metade do frete rodoviário. Os principais produtos a serem transportados pela ferrovia são minérios, produtos agrícolas e florestais – no sentido norte-sul - e combustíveis, fertilizantes e carga geral – no sentido sul-norte.

O responsável pelo desenvolvimento do projeto é a VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., empresa vinculada ao Ministério dos Transportes.

Importância do projeto

A Ferrovia Norte-Sul será parte integrante do sistema ferroviário brasileiro, conectando-se ao norte com a Estrada de Ferro Carajás e ao sul com a Ferrovia Centro Atlântica. A Ferrovia Centro Atlântica é a maior de todas as concessões ferroviárias brasileiras e permitirá a conexão da Ferrovia Norte-Sul com os maiores portos brasileiros de Santos, Vitória e Rio de Janeiro, assim como com as regiões industriais de São Paulo e Minas Gerais, que concentram aproximadamente 80% da população brasileira e 56% do PIB nacional.

Além disso, como ela já está interligada com a Estrada de Ferro Carajás, da Companhia Vale do Rio Doce, que desemboca no Porto de Itaquí no Estado do



Maranhão, será o principal meio de escoamento de toda a produção agrícola e mineral destinada ao mercado externo na região.

Competitividade e meio ambiente

O traçado definido para a Ferrovia Norte-Sul não passa por reservas indígenas, parques ecológicos ou outras áreas de preservação ou conservação ambiental. Os estudos ambientais já foram realizados anteriormente, na obtenção de licença de instalação da obra, sendo esta revalidada periodicamente.

Situação atual

O primeiro trecho da Ferrovia Norte-Sul já está concluído e em operação comercial. Os 226 quilômetros de linha ferroviária, que liga as cidades maranhenses de Estreito e Açailândia, conectam-se com a Estrada de Ferro Carajás, permitindo o acesso ao Porto de Itaqui, em São Luís.

Já no estado de Goiás, onde a Ferrovia Norte-Sul terá 510 quilômetros de extensão, foi iniciada, em janeiro desse ano, a construção do trecho Anápolis - Petrolina de Goiás com 40 quilômetros.



Investimentos

Para a total implantação da Ferrovia Norte-Sul serão necessários investimentos de US\$ 1,6 bilhão, incluindo o investimento em locomotivas, vagões, estações, sistema de comunicação etc.

Os estudos para a implementação de PPP estão sendo executados sob coordenação do Ministério do Planejamento. Até o momento, os resultados de todos esses estudos indicam que a implementação da Ferrovia Norte-Sul de Araguaína a Palmas não requer, em princípio, aporte de recursos públicos. O projeto pode ser, portanto, implementado sob a forma de concessão comum.

Projeto Serra do Tigre (infra-estrutura ferroviária)



Região

O projeto beneficia principalmente o transporte de soja dos estados de Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso e Distrito Federal para exportação pelo Espírito



Santo e fertilizantes nos fluxos de retorno, porém, também contribui para melhorar e incrementar o fluxo de produtos industriais e bens de consumo da região nordeste para a sudeste e álcool do estado de São Paulo para vários destinos, entre outros fluxos.

Caracterização, objetivo e escopo

A Serra do Tigre é o principal gargalo no fluxo de transporte ferroviário da produção de soja do centro-oeste do Brasil para os portos no oceano Atlântico por ser um trecho obsoleto e ineficiente localizado em região montanhosa. É operado pela Ferrovia Centro-Atlântica (FCA), uma das maiores ferrovias do Brasil, com 7,080km de trilhos e presença em oito estados nas regiões sudeste, nordeste e centro-oeste.

A oportunidade de PPP está na construção de um trecho de 430km para aumentar a capacidade, eliminar o gargalo, melhorar a eficiência operacional, diminuir interferência com zonas urbanas e desenvolver novas áreas. O projeto da Serra do Tigre consiste especificamente na construção de uma variante da malha ferroviária da FCA entre as cidades de Patrocínio e Prudente de Moraes no estado de Minas Gerais de forma a desviar o tráfego desse trecho montanhoso e ineficiente para um novo trecho com perfil adequado para atender a crescente demanda.



Área de influência, carga e volume

Área de influência: Goiás, Minas Gerais, Espírito Santo, São Paulo, Bahia e Sergipe.

Principais cargas: Soja, fertilizante, granito, álcool e produtos químicos.

Volume incremental: 12 milhões de toneladas líquidas por ano.

Investimentos estimados

US\$520 milhões (projeto conceitual)

Benefícios sociais, econômicos e logísticos

- Geração de 7.000 empregos durante a construção;
- Redução de interferência ferroviária em centros urbanos;
- Novo trecho está localizado em área 50% menos povoada;
- Aumento na capacidade do corredor Goiás/Minas Gerais/Espírito Santo, dando suporte ao crescimento das exportações;
- Melhoria da capacidade de transporte ferroviário em 12 milhões de toneladas/ano;
- Redução do tempo de trânsito em dois dias;
- Aumento na velocidade de viagem de 16km/h para 60km/h;



- Traçado atual possui 254 encontros rodoferroviários, enquanto o novo terá apenas passagens de nível superiores e inferiores;
- Permite aumento de aproximadamente US\$6 bilhões na balança comercial brasileira.

Priorização por critérios qualitativos

O projeto Serra do Tigre se enquadra entre os projetos de retificação e melhoria da malha ferroviária e apresenta as características necessárias para compor a lista de projetos prioritário de PPPs do governo: relevância e urgência, capacidade de geração de renda e interesse do setor privado.

Benefícios do projeto para a economia chinesa

A construção da variante permitirá dobrar o fluxo de grãos, reduzindo os custos logísticos para a cadeia e permitindo aumento do volume exportado e, conseqüentemente, viabilizando melhores preços para os clientes chineses.

3.2 Transporte metrô-ferroviário

Linha 4 – Metrô de São Paulo

Introdução

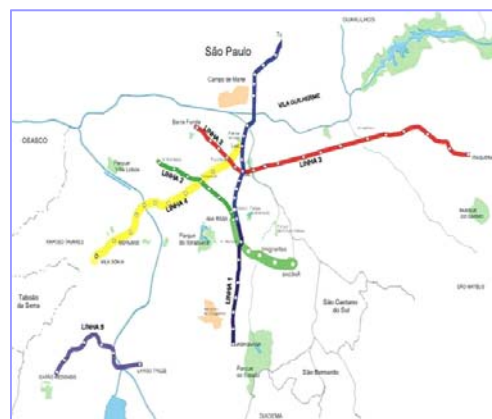
O Metrô de São Paulo é uma empresa que pertence ao Estado de São Paulo.



Embora seja o meio de transporte público preferido pela população e tenha aprovação de 93% dos usuários, o metrô possui uma rede de atendimento muito limitada: são, atualmente, 57,6 km em 4 linhas e 52 estações com pouca integração entre as linhas.

Importância do Projeto

O projeto da Linha 4 (Amarela) do Metrô de São Paulo, com 12,8 quilômetros de extensão, 11 estações e investimento total previsto em US\$ 1,262 bilhão, visa melhorar a qualidade e a sustentabilidade do transporte urbano na Região Metropolitana



de São Paulo, por meio da interconexão das redes existentes de metrô, trens urbanos e ônibus. Ao término da primeira etapa, a Linha deverá transportar 900 mil pessoas por dia, acrescentando 30% à capacidade do sistema.

A Linha 4 (Amarela) do Metrô é uma linha de integração. Ela interligará as três linhas de Metrô já existentes, Linha 1 – Azul, Linha 2 – Verde e Linha 3 – Vermelha, a malha ferroviária da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), além de ônibus urbanos e intermunicipais.



A nova linha será implantada em duas fases. A primeira, com início de operação previsto para dezembro de 2008, envolve a construção e operação dos 12,8 quilômetros de túneis e das seis estações de maior movimento. Essa fase também inclui obras de três estações intermediárias. Nessa etapa, o total de investimento previsto é de US\$ 918 milhões.

A segunda etapa da obra prevê o acabamento das três estações intermediárias, a construção de mais duas estações e o prolongamento para Taboão da Serra, com operação por ônibus sem cobrança de tarifa adicional. O investimento previsto para essa fase é de US\$ 344 milhões, com início de operação em 2012.

Papel do Estado versus da Iniciativa Privada

O Estado de São Paulo está investindo na infra-estrutura da Linha, incluindo túneis, cinco estações da Fase I, pátio de manobras e construção parcial das demais estações.

O Estado de São Paulo deseja conceder a Linha 4 a um operador privado com a responsabilidade de fazer os investimentos complementares em material rodante, sistemas e operar a linha.

De acordo com o edital, a frota da nova linha deverá ter, inicialmente, 14 trens com seis carros cada para atender à demanda diária prevista de 704.000



passageiros na primeira fase de operação. Na segunda etapa, em princípio, será necessário colocar em operação mais 15 trens, para atender cerca de 970.000 pessoas diariamente.

O Edital de Licitação foi publicado em 22 de dezembro de 2005 com entrega de proposta prevista para 21 de março de 2006. Serão admitidas empresas brasileiras e estrangeiras, em consórcio ou não, com experiência em administração de empreendimentos de grande porte e sistemas metroviários. A proposta vencedora será aquela que, além dos investimentos de US\$ 340 milhões, exigir a menor contraprestação pecuniária do Estado.

Investimentos

A previsão é que a obra custe US\$ 1,3 bilhões. Desses, US\$ 1,0 bilhão em investimentos do Governo (financiamentos do Banco Mundial e JBIC e recursos do Tesouro Paulista) e US\$ 300 milhões em investimentos privados.

Garantias

O projeto prevê algumas medidas/instrumentos de mitigação de riscos:

Centralização da Arrecadação

Haverá um sistema centralizado de arrecadação, operado por uma sociedade independente e desvinculada das operadoras de transporte, responsável pela



venda de créditos eletrônicos aos usuários do sistema metroferroviário de transporte de passageiros, destinado ao pagamento da tarifa.

Sistema de Mitigação de Risco de Demanda

Será estruturado um sistema de duas faixas em razão da demanda projetada, a primeira equivalente a 10% para mais e para menos da projeção de demanda e a segunda equivalente a 20%. Ou seja, caso a demanda situe-se dentro da primeira faixa, não ocorre nenhum ajuste, e a divisão de receitas nos passageiros integrados será de 50% para o Concessionário e 50% para o Metrô/CPTM.

Por outro lado, caso a demanda verificada situe-se fora da primeira faixa, porém dentro da segunda, ocorrerá um ajuste, que deverá ser efetuado na forma de um pagamento do Concessionário ou do Estado, dependendo se a demanda estiver acima ou abaixo do projetado. Esse ajuste terá o efeito de trazer a demanda para mais próximo do limite da primeira faixa (40% da diferença).

Caso a demanda verificada situe-se fora da segunda faixa, o ajuste passa a ser de maior intensidade, em um mecanismo similar, aumentando o ajuste, no caso da demanda verificada mostrar-se muito longe da previsão (70% da diferença).



Esse mecanismo estará presente somente durante a Fase I da Linha 4.

Expresso Aeroporto e Trem de Guarulhos

O Aeroporto de Guarulhos, situado na região metropolitana da cidade de São Paulo, é um dos mais modernos e ativos aeroportos da América Latina, com aproximadamente 200 mil decolagens/aterissagens e 380 mil toneladas de cargas despachadas por ano, com movimento anual de 13 milhões de passageiros. A capacidade atual do Aeroporto de Guarulhos é de 17 milhões de passageiros/ano. Após a construção do terceiro terminal, essa capacidade passará para 29 milhões.

O maior problema do Aeroporto de Guarulhos, no entanto, é sua difícil acessibilidade desde a cidade de São Paulo.

O único meio de acesso ao Aeroporto de Guarulhos é por carro ou ônibus, utilizando-se a Marginal Tietê. Um trajeto partindo do Centro de São Paulo pode levar mais de duas horas. O trânsito da cidade em horário de pico pode chegar a mais de 180 km de lentidão.



A Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), empresa estatal do Governo do Estado de São Paulo que opera trens suburbanos, tem parte de suas linhas que liga áreas centrais da Capital às proximidades do Aeroporto de Guarulhos, com dimensão suficiente para receber um novo serviço, o Expresso do Aeroporto, em via segregada, possibilitando o desenvolvimento de velocidade comercial de até 100 km/h.

O Expresso do Aeroporto interligará o Aeroporto de Guarulhos ao centro de São Paulo, aproveitando a faixa ferroviária da CPTM. A linha será implantada numa nova via exclusiva, com 31 km de extensão e duas estações terminais (uma na Barra Funda na zona oeste da cidade e outra no aeroporto).

Utilizando a mesma via do Expresso do Aeroporto, será implantado o Trem de Guarulhos. Esse serviço permitirá uma ligação ferroviária de alta qualidade entre as duas maiores cidades da Região Metropolitana, São Paulo e Guarulhos. A integração entre a ligação ferroviária e a rede metroferroviária aumentará a velocidade de deslocamentos dos usuários de Guarulhos e o acesso ao restante da Região Metropolitana de São Paulo.

A previsão da demanda inicial para o Expresso Aeroporto é de 20.000 usuários/dia, devendo chegar a 60.000, entre viajantes e acompanhantes. A previsão da demanda para o Expresso Guarulhos é de 110.000



passageiros/dia. Existe expectativa de uma demanda adicional estimada em cerca de 20.000 passageiros/dia, representada pelos empregados do Aeroporto.

A quantidade de composições operacionais para atender o Expresso do Aeroporto inicialmente será de oito trens de quatro carros, e no futuro, oito trens com oito carros. Para o Trem de Guarulhos, a frota inicial será de quatro trens de oito carros, e no futuro, seis trens também de oito carros.

Projeto

Principais características da Infra-estrutura:

- 31 km de extensão (17 km pela superfície, 8 km por túnel e 6 km em elevados);
- Cerca de 12 km coincidentes com a malha da CPTM;
- Construção de túnel pelo método cut and cover;
- Prazo de execução previsto entre 24 e 36 meses.

Investimentos

O projeto encontra-se em avaliação preliminar, estando pendente a análise sobre a suficiência da tarifa, que determinará o tipo de concessão: comum ou patrocinada (PPP).



O edital para contratação do assessores econômico-financeiro, ambiental, jurídico e técnico que elaborarão o estudo mercadológico e ambiental para implantação do projeto deverá ser lançado no início de 2006. A assinatura do contrato de concessão está prevista para 2007 e o início das obras para 2008.

O investimento total do projeto é de aproximadamente US\$ 500 milhões.

3.3 Transporte rodoviário

Rodovia MG-050

Introdução

O Governo do Estado de Minas Gerais selecionou cinco projetos-piloto para iniciar a contratação de PPPs. Dentre eles está o da Rodovia MG-050 com cerca de 407 km de extensão, e com uma área de influência sobre 50 municípios, que somam mais 1,3 milhão de habitantes (7,4% da população) e 7,7% do PIB mineiro.

Objetivo da PPP da MG-050 é a duplicação, ampliação e manutenção da rodovia.



O Projeto está em fase de estruturação avançada e deverá ser lançado à licitação no primeiro semestre de 2006. A minuta do edital foi apresentada para consulta pública em novembro de 2005, e o edital deverá ser publicado em fevereiro de 2006.

Principais premissas:

- Estrutura tarifária: US\$ 1,40 por automóvel e por eixo de veículos de carga;
- 6 de praças de pedágio;
- Prazo do contrato: 25 anos;
- Contraprestação Anual Máxima (CAT) a ser paga pelo Governo do Estado à iniciativa privada em complemento à receita obtida mediante cobrança de pedágio: US\$ 14 milhões;

As tarifas de pedágio e a CAT deverão ser reajustadas automaticamente de acordo com a variação anual do IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo, sem necessidade de homologação do Agente Regulador ou do Poder Concedente, conforme estabelecido na Lei de PPP Federal.

Investimento total previsto para o concessionário privado no projeto é de US\$ 300 milhões.



Projeto da Rodovia BR-116/324

Introdução

A BR-116 cruza o País de Norte a Sul, de Fortaleza, no Ceará (Nordeste do Brasil), a Jaguarão, no Rio Grande do Sul (Sul do Brasil). Essa rodovia, por seu traçado, sua história e pela quantidade de usuários, constitui um importante eixo de integração nacional.

Como uma rodovia de alto tráfego, a BR-116 demanda investimentos contínuos em conservação, recuperação e, em alguns trechos, adequação de traçado e duplicação. O Governo Federal, dando continuidade ao Plano de Concessões Rodoviárias, e agora com o importante instrumento das Parcerias Público-Privadas, estuda investimentos na BR-116 nos Estados de Minas Gerais e da Bahia. Essas iniciativas, previamente planejadas no Plano Plurianual – PPA 2004-2007, estão sendo detalhadas e revistas, bem como as estimativas iniciais de investimento, em face da atual realidade.

Para a primeira fase nos Estados da Bahia e de Minas Gerais, foram selecionados o trecho da BR-116 entre Feira de Santana e a divisa com o Estado de Minas Gerais e o trecho da BR-324 entre Feira de Santana e a Região Metropolitana de Salvador (figura a seguir). É um projeto que totaliza

632 quilômetros, sendo importante solução logística tanto para a integração nacional como para o corredor de exportações, pelo acesso aos Portos de Salvador e de Aratu.



Estão previstas intervenções emergenciais para a construção de faixas adicionais em trechos da BR-324 e para a duplicação do trecho da BR-116 entre Feira de Santana e o entroncamento com a BR-242, bem como para a duplicação de todo o restante da BR 116 até a divisa com Minas Gerais, uma vez atingidos determinados níveis de tráfego. O valor estimado do investimento é de cerca de US\$ 1,2 bilhão em valores correntes para um período de 35 anos.



Benefícios Socioeconômicos

A BR-116 é um importante corredor de integração norte sul sendo estratégica para o fluxo de mercadorias entre as regiões Nordeste, Sudeste e Sul, assim como o Mercosul. Sua recuperação melhorará as condições de transporte em uma região de intensa circulação de veículos, sobretudo de carga, o que implicará uma significativa redução dos custos logísticos, em especial pelo acesso aos Portos de Salvador e de Aratu graças à inclusão da BR-324 dentro da solução logística para a região nordeste do país.

Estruturação do Projeto

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão está coordenando a execução de estudos de avaliação, modelagem e estruturação contratual do Projeto das rodovias BR-116 e BR-324, com vistas à sua contratação sob forma de concessão (comum, patrocinada ou administrativa).

Arco Rodoviário do Rio de Janeiro

Introdução

O projeto do Arco Rodoviário do Rio de Janeiro compreende segmentos rodoviários que se desenvolvem perpendicularmente aos grandes eixos



rodoviários que convergem para a cidade do Rio de Janeiro. Trata-se de um dos projetos de PPP's do Governo Federal.

O Arco Rodoviário do Rio de Janeiro pode ser dividido em quatro trechos. O trecho B, em pista dupla, já concedido para a iniciativa privada, está em operação há vários anos. Os trechos A e D, atualmente com pista única, têm previsão para serem duplicados. As obras de construção nesses trechos serão financiadas por recursos orçamentários da União, não tendo sido previsto, a princípio, seu “pedagiamento”.

O trecho C é um trecho virgem a ser construído. Ele possui uma extensão de 77 km e é a principal parte a ser construída do Arco Rodoviário do Rio de Janeiro. Ele será a interconexão de duas rodovias planejadas, uma estadual – RJ-109 e outra federal – BR-493/RJ.

O Arco Rodoviário do Rio de Janeiro exercerá, basicamente, três funções de transporte:

- Dará ao Porto de Sepetiba acesso a toda a malha rodoviária do País através dos cinco grandes eixos conectados pelo projeto.
- Permitirá ligação transversal entre os cinco grandes eixos rodoviários que convergem para o Rio de Janeiro, sem que seja necessário utilizar



conexão pelas ruas e avenidas da cidade, já saturadas em períodos de pico.

- Aumentará a acessibilidade entre os municípios limieiros que atualmente só se conectam através de percursos mais longos.

Participação Pública versus Privada

As principais cifras do projeto apontaram para um custo de construção entre US\$ 160 milhões e US\$ 220 milhões, dependendo da implantação de uma ou duas pistas, do tipo de pavimentação e de outras opções de engenharia.

3.4 Portos

Porto de São Sebastião

Introdução

O Porto de São Sebastião está localizado no litoral norte do Estado de São Paulo, na cidade de São Sebastião, a 200 km da cidade de São Paulo, capital do Estado.

Graças à configuração natural, o canal de São Sebastião é considerado a terceira melhor região portuária do mundo. Isso faz das condições de calado e abrigo à navegação as mais confortáveis e seguras.



O Porto de São Sebastião movimenta em torno de 400 mil toneladas/ano. Sua produtividade mensal pode ser de 50.000 veículos, 40.000 toneladas de granel sólido e 20.000 toneladas de carga geral fracionada.

Com instalações para acostagem e armazenagem, o porto movimenta cargas para exportação e importação. Há berços para atracar navios e embarcações de apoio, além de três armazéns cobertos e quatro pátios. A região de influência do porto abrange o Vale do Paraíba e Campinas, no Estado de São Paulo, uma parte do sul do Estado do Rio de Janeiro, o sul de Minas Gerais e o Mercosul.

Investimentos

O principal canal de exportação e importação por via marítima no Estado de São Paulo é o Porto de Santos, que movimenta mais de 70 milhões de toneladas/ano e está sob administração federal.

O Governo Estadual em seu planejamento estratégico prevê a criação de dois corredores de exportação: o do Porto de Santos e o do Porto de São Sebastião. A criação de tais corredores se dará através de concessões a operadores privados, construção e duplicação de rodovias no Estado, além da ampliação dos portos.



A ampliação do Porto de São Sebastião está prevista para ser feita através de uma PPP, e o concessionário será responsável por:

- ampliar o porto existente;
- implantar o terminal de contêineres e acessos viários ao porto;
- ampliar, operar e manter o porto existente e o novo cais com dois berços;
- instalar os equipamentos necessários à operação portuária;
- ampliar sob sua responsabilidade os novos berços de atracação;
- aumentar a profundidade do calado do porto de 8,2 metros para 16 metros.

A expansão do porto está avaliada em US\$ 30 milhões.

Com a ampliação e operação do Porto, a expectativa é que, até 2010, o complexo possa movimentar anualmente 3 milhões de toneladas.

3.5 Saneamento

ETA de Taiapuêba (SABESP)

Introdução

O projeto de ampliação da capacidade da ETA – Estação de Tratamento de Água do tanque de Taiapuêba, faz parte de um projeto do Governo do Estado



de São Paulo que visa eliminar a alternativa de rodízio no abastecimento de água na região metropolitana de São Paulo e oferecer 100% de cobertura do serviço de abastecimento de água para a população urbana.

Atualmente, encontram-se sob estudos os projetos de engenharia, viabilidade econômico-financeira, modelo de negócios, elaboração de pareceres jurídicos e obtenção de licenças ambientais.

Um dos modelos em análise é a contratação da iniciativa privada via contrato de PPP. Esse contrato será uma concessão administrativa com a SABESP.

A princípio, as principais obrigações do parceiro privado serão:

- fornecimento de 15 m³/s de água tratada;
- operação do sistema produtor e da ETA;
- manutenção do sistema;
- tratamento do lodo da ETA;
- construção de adutoras.

O valor global estimado do empreendimento é de US\$ 150 milhões.

Emissário Submarino de Salvador (EMBASA)

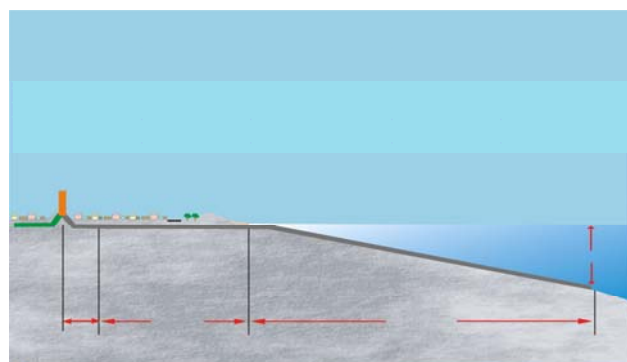
Introdução



O Emissário Submarino da cidade de Salvador no Estado da Bahia, tecnicamente denominado de SDO (Sistema de Disposição Oceânica) do Jaguaribe, numa referência à bacia do Jaguaribe, é um dos pilares do Programa Bahia Azul, um amplo plano de saneamento dos municípios no entorno da Baía de Todos os Santos.

A capacidade do único emissário submarino de Salvador, o do Rio Vermelho, está se esgotando rapidamente. Com o avanço do Programa Bahia Azul, a vazão do SDO Rio Vermelho passou de 1,5 m³/s em 1995 para 8,2 m³/s em 2005, e sua capacidade deverá se esgotar em 2008.

Depois da conclusão do programa de ligações domiciliares à rede de esgoto, haverá uma cobertura de 80% de esgotamento sanitário da cidade. Nessa ocasião, o novo emissário objeto dessa PPP, a ser implementado no bairro Boca do Rio, deverá estar pronto para operar, dando uma destinação adequada a todo o esgoto gerado nas novas áreas de ocupação da cidade e também do município de Simões Filho.





A Secretaria da Fazenda do Governo do Estado da Bahia já realizou estudos técnicos para a contratação das PPPs. A minuta do edital de licitação foi apresentada para Consulta Pública em outubro de 2005. O edital definitivo deverá ser publicado em março de 2006.

De acordo com as especificações técnicas do projeto, o novo emissário atenderá a uma população de 1,9 milhão de habitantes.

Investimentos

O emissário do Jaguaribe será implantado em duas fases. A primeira, com duração de dois anos, envolve a construção das obras do projeto, com início de operação previsto para o final de 2008, e a operação e manutenção do serviço durante 16 anos. Serão construídas linhas de recalque, uma estação elevatória, estação de condicionamento prévio com vazão de 3 m³/s e emissário terrestre e submarino, a um custo aproximado de US\$ 70 milhões.

A segunda etapa do SDO do Jaguaribe, prevista para 2015, engloba a expansão de condicionamento prévio para uma vazão de 5,9 m³/s, a um custo aproximado de US\$ 45 milhões.

3.6 Penitenciárias



Projeto Piloto de PPPs do Estado de Minas Gerais

Introdução

O Governo do Estado de Minas Gerais vem desenvolvendo estudos técnicos para a contratação de empresas privadas para a construção, operação e manutenção de seis penitenciárias com capacidade para 500 detentos cada. Trata-se de um dos cinco projetos piloto de PPPs de Minas Gerais.

Estas são as características gerais do projeto:

Modalidade contratual: Concessão Administrativa sob regime de parceria público-privada

Objeto de contrato: Projeto, construção, financiamento e operação

Prazo da concessão: Período de construção mais 25 anos

Perfil da penitenciária: Complexo com mais de 3.000 vagas masculinas para regimes fechado e semi-aberto

Concedente: Governo do Estado de Minas Gerais

Contratante: Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS)

Contratada: Constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE)

Investimento

O concessionário privado será responsável por todos os investimentos e custos operacionais do projeto e será remunerado pela SEDS pelos serviços



prestados. Essa remuneração será em função das vagas disponibilizadas e do número de detentos acomodados nos estabelecimentos penais. O contrato deverá prever índices de disponibilidade e desempenho como critérios de avaliação dos serviços prestados pelo concessionário.

O Governo de Estado pretende com esse projeto reduzir o déficit de vagas no sistema penitenciário do Estado, bem como promover maior eficiência na prestação de serviços nesse setor, hoje exclusivamente a cargo, do Estado.

3.7 Transporte de passageiros

Corredor Noroeste de Campinas

Introdução

O projeto prevê a construção de uma pista exclusiva de ônibus com 37 km de extensão, a integração dos sistemas de transporte coletivo e a “bilhetagem” eletrônica para uma população de 1,8 milhão de habitantes. A região de Campinas representa 10% do PIB brasileiro.

Localização: 100 km a oeste da capital São Paulo.

Projeto

O Corredor Metropolitano contará com uma pista exclusiva para ônibus mais duas faixas para trânsito, desde a área central da cidade de Americana até o



centro da cidade de Campinas, passando pelas cidades de Nova Odessa, Sumaré e Hortolândia, além das interligações com Santa Bárbara d'Oeste e Monte Mor.

Essa região concentra cerca de 70% da demanda de passageiros do sistema intermunicipal.

O Projeto prevê a “troncalização” e integração dos sistemas de transporte coletivo, municipal e metropolitano, a implantação de uma rede integrada entre os sistemas municipais e intermunicipais de ônibus, com terminais e estações de transferência, além da utilização de “bilhetagem” eletrônica, monitoração eletrônica do sistema e equipamentos com baixa emissão.

Ao longo do Corredor Metropolitano Noroeste haverá faixas exclusivas para o transporte coletivo pelas quais circularão linhas expressas e semi-expressas, operadas por cerca de 200 ônibus que transportarão, em média, 3,5 milhões de passageiros por mês.

O custo total do projeto é de, aproximadamente, US\$ 25 milhões.

O projeto será implantado em três etapas. Os dois primeiros trechos deverão ser entregues em 2006.



4. Aspectos diversos e recomendações

4.1. A importância das garantias

A capacidade de convencer parceiros e financiadores privados de que o Governo honrará suas obrigações contratuais de longo prazo e de que, se por acaso as descumprir, tais parceiros e financiadores terão condições de executar, de forma rápida e eficiente, as garantias que lhes serão oferecidas, é o fator fundamental para o sucesso do instituto das PPPs.

Em uma PPP, o particular constrói a obra de infra-estrutura necessária e, contratualmente, em troca de uma remuneração a ser paga pelo Governo, coloca tal obra à disposição do poder público para que preste diretamente o serviço de interesse público.

Em outras palavras, ele constrói, por exemplo, um hospital dentro das especificações estabelecidas pelo Governo e faz a “locação”, por um longo prazo contratualmente estabelecido, de um número específico de leitos utilizados pelo Governo na prestação do serviço de saúde pública. A receita daquele projeto construído pelo particular e, portanto, o seu resultado financeiro, necessário para saldar o financiamento que vier a ser obtido para sua viabilização, vem dos pagamentos que o Governo (ou de uma combinação



entre pagamentos do Governo e tarifas obtidas dos usuários do serviço, no caso da concessão patrocinada) irá fazer, naquele prazo, em contrapartida à disponibilização da obra de infra-estrutura.

Ao contrário da Inglaterra, na qual o governo é tido como bom pagador, no Brasil, onde ainda não existe a certeza de que um novo governo honrará as obrigações contratuais assumidas pelo anterior, as garantias oferecidas para que se tenha certeza de que essas obrigações sejam integralmente cumpridas – ou, caso não o sejam, os investidores tenham formas de assegurar a receita contratada – têm importância primordial para a viabilização dos projetos de PPPs no Brasil.

Os projetos de PPPs serão necessariamente implantados e geridos por uma sociedade de propósito específico (SPE), cuja maioria do capital votante não pode, por lei, ser detida por órgãos da administração pública. Muito embora a transferência do controle da SPE para os financiadores do projeto dependa de autorização expressa da administração pública, seus requisitos e condições, visando promover a reestruturação financeira e a continuação dos serviços, poderão estar previstos, de forma detalhada e exaustiva, no contrato de PPP¹⁶, de maneira que esta não possa ser negada de forma casuística. Nesse caso, os financiadores do projeto não estarão obrigados a cumprir com os

¹⁶ Artigo 5º, §2º inciso I cc Art. 9º. da Lei 11.079/04.



requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.

Da mesma maneira, a Lei de PPPs permite que o contrato estabeleça: 1 - a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto, em garantia às obrigações pecuniárias da administração pública e; 2 - a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores das PPPs¹⁷.

As garantias, prestadas em caráter cumulativo e não exclusivo, às obrigações pecuniárias da administração pública em contratos de PPP são¹⁸: vinculação de receitas; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e outros mecanismos admitidos em lei. O edital de licitação deverá especificar as garantias a serem concedidas ao parceiro privado¹⁹.

A vinculação de receitas deve ser realizada observando-se as limitações constitucionais, que impedem a vinculação da receita de impostos²⁰.

¹⁷ Artigo 5º, §2º incisos II e III da Lei nº 11.079/04.

¹⁸ Artigo 8º da Lei das PPPs.

¹⁹ Parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 11.079/04

²⁰ Artigo 167 inciso VI da Constituição Federal.



Entretanto, as receitas decorrentes dos demais tributos e de outras fontes da administração pública poderão ser vinculadas para garantir as obrigações assumidas.

Os fundos especiais previstos em lei, ou que sejam constituídos mediante autorização legislativa, também poderão garantir as obrigações da administração pública, sendo utilizadas as receitas que estejam legalmente vinculadas à realização dos seus objetivos.

Quanto ao seguro-garantia, este deve ser contratado com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo poder público e representa uma interessante, se custosa, garantia sob o ponto de vista da liquidez e dos riscos por ele cobertos. Em termos gerais, o seguro-garantia destina-se a cobrir os riscos relacionados ao cumprimento de obrigações por parte do segurado, no caso a administração pública. Ocorrendo um sinistro, a seguradora pagará ao beneficiário o valor da indenização correspondente à obrigação que não foi cumprida.

Outro aspecto vantajoso do seguro é a possibilidade de designar os financiadores diretamente como beneficiários nas apólices, ao invés dos próprios parceiros privados. Curioso notar que esta modalidade de seguro, exigida pela administração pública em suas licitações, agora, no regime das



PPPs, poderá ser oferecida pela mesma em favor dos parceiros ou financiadores privados. Obviamente, tanto maior será o custo de obtenção desse seguro-garantia, quanto maior for o risco de inadimplemento do órgão da administração pública com quem se estiver contratando.

Caso a administração pública obtenha garantias por parte de órgãos internacionais de financiamento, tais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), a Corporação Financeira Internacional (IFC), o Banco Japonês para a Cooperação Internacional (JBIC) ou a *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA), ou de bancos privados que não sejam controlados pelo poder público, desde que respeitadas as regras aplicáveis ao contingenciamento de crédito ao setor público, definidas pelo Conselho Monetário Nacional e emitidas pelo Banco Central do Brasil, tais garantias poderão ser oferecidas, também aos financiadores dos projetos de PPPs²¹.

A prestação de garantia em projetos de PPP por fundo garantidor constituído para esse fim mereceu disposições específicas na Lei 11.079/04, que estabeleceu as regras aplicáveis ao Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP).

²¹ Resolução nº 2.827 de 30 de março de 2001, conforme alterada



A União, suas autarquias e fundações públicas foram autorizadas expressamente a participar como quotistas do FGP, até o limite global de seis bilhões de Reais, integralizando suas respectivas participações com o aporte de dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal, excedentes ao necessário para manutenção do seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

O FGP terá por finalidade única garantir as obrigações pecuniárias da administração pública Federal em contratos de PPPs. Essas garantias poderão ser prestadas na forma aprovada por assembléia de quotistas, que poderá ser uma das seguintes modalidades: fiança, sem benefício de ordem para o fiador; penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia; hipoteca dos bens imóveis; alienação fiduciária, permanecendo a posse dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado; outros contratos que produzam o efeito de garantia; garantia real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos do FGP.



Como incentivo à participação dos diversos órgãos da administração pública como quotista no FGP, a Lei de PPPs estabeleceu que as garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada quotista.

Vale lembrar que o FGP poderá prestar contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que prestarem garantias em projetos de PPPs de seus quotistas e que:

- a) no caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo órgão da administração pública, a garantia do FGP poderá ser acionada a partir do 45º dia de inadimplência;
- b) o credor privado poderá acionar a garantia do FGP relativa a débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo órgão da administração pública, desde que não tenha sido rejeitada expressa e motivadamente no prazo de 90 (noventa) dias a contar do seu vencimento;
- c) em caso de inadimplemento, os bens e direitos do FGP poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

4.2. A divisão de riscos extraordinários



A Lei das PPPs trouxe como uma de suas grandes novidades o compartilhamento dos riscos entre os parceiros público e privado. Porém, os particulares que desejarem firmar parcerias com o poder público devem tomar alguns cuidados, pois a repartição equivocada dos riscos pode, no futuro, inviabilizar o projeto.

No entanto, existe a preocupação em definir quais os riscos e de que maneira serão repartidos, preocupação essa demonstrada, inclusive, pela Comissão Européia, que, em março de 2003, publicou importante trabalho denominado “Diretrizes para parcerias público-privadas bem sucedidas”²². A mesma preocupação deve ser compartilhada no modelo de PPP brasileiro.

Na Lei das PPPs os artigos que tratam da divisão de riscos entre os parceiros são o artigo 4º, inciso VI²³ e o artigo 5º, inciso III, no qual se determina que os contratos de PPPs devem prever cláusulas que estabeleçam “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

²² Naquele estudo a Comissão Européia concluiu que: “Há controvérsias sobre qual volume de riscos deveria ser transferido do setor público para o privado. De forma geral, quanto mais riscos forem transferidos para o parceiro do setor privado, maior será a recompensa financeira que ele demandará. Os riscos devem ser alocados à parte mais capacitada a assumi-los da forma mais econômica possível.” (cf. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm, pág. 86)

²³ “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...)VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.”



Os riscos existentes em uma PPP, que devem ser analisados, podem dividir-se em:

a) operacionais que se entendem por todos aqueles inerentes ao projeto a ser executado: riscos com a implementação do projeto básico, entrega da obra, formas de pagamento, inadimplência dos usuários, entre outros²⁴; e

(b) extraordinários, cujos efeitos e conseqüências dificilmente podem ser previstos e que, quando ocorrem, encarecem a obra ou operação de tal forma que podem torná-la economicamente inviável. Esses riscos decorrem de diversas situações, tais como catástrofes naturais ou alterações econômicas drásticas, aí entendidas, por exemplo, a maxi-desvalorização da moeda nacional ou a imposição de barreiras alfandegárias à importação de insumos. Normalmente, esses eventos são classificados pela lei como caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Nas concessões comuns regidas pela Lei 8.987/95, os riscos operacionais são de responsabilidade do particular concessionário, uma vez que cabe a ele a administração do projeto. Já os riscos extraordinários são gerenciados pelo poder público por meio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das contratações públicas. Esse mecanismo assegura que as condições

²⁴ Por exemplo, em uma concessão de rodovias, a simples diminuição do fluxo de carros que utilizam a rodovia, em princípio, é um risco operacional inerente ao negócio.



econômicas e financeiras, sobre as quais as partes se basearam para firmar o contrato, sejam mantidas até a sua expiração.

A manutenção desse equilíbrio não é uma mera garantia ao particular, mas também uma maneira de assegurar o interesse público. Se o particular tivesse que arcar com o ônus de um evento imprevisível ou de alterações unilaterais dos contratos por parte da Administração, poderia ter que suspender os serviços ou obras públicas por falta de condições financeiras e econômicas de continuá-las.

Outra forma seria contratar seguros que cobrissem eventos de conseqüências incalculáveis, encarecendo enormemente a obra. É evidente que a interrupção de uma obra ou o aumento de seu preço são contrários aos interesses e aos cofres públicos.

Na Lei das PPPs, porém, a aplicação do conceito de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não está clara. Como o artigo 5º, inciso III, determinou que tanto os riscos extraordinários, quanto os operacionais devem ser repartidos, o parceiro privado ao ingressar em uma PPP, em tese, não terá condições de mensurar completamente as contingências caso tenha que concorrer nos riscos extraordinários.



Assim, se não houver um mecanismo regulamentar ou contratual que permita a previsão e, eventualmente, limitação de riscos extraordinários, o parceiro particular pode ser obrigado a incluir em sua proposta custos elevados com seguro e garantias, encarecendo demasiadamente a obra. Caso contrário é grande a possibilidade de interrupção do projeto por incapacidade econômica e financeira do particular²⁵.

Portanto, o poder público, por meio de regulamentos, ou os próprios parceiros, quando da negociação dos contratos de PPP, devem definir com clareza e na proporção das respectivas capacidades, tanto os riscos operacionais quanto os riscos extraordinários que pretendem assumir. É conveniente que os riscos extraordinários, quando suportados também pelo particular, sejam limitados, evitando, assim, ônus excessivos que possam obrigá-lo a suspender suas atividades, o que iria contrariar, em última análise, o próprio interesse público.

4.3. A divisão de riscos: um novo paradigma na construção civil brasileira

Conforme visto anteriormente, a preocupação quanto à divisão de riscos entre os setores público e privado nos contratos para a construção de obras públicas não é injustificada, pois muitas vezes a concentração de riscos contratuais no

²⁵ A título de conhecimento, vale notar que no intuito de evitar os riscos de interrupção da parceria a legislação portuguesa (Decreto-Lei nº 86/2003), por exemplo, reconhece que os riscos extraordinários não devem ser arcados pelo particular: “Art. 7º A partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas deve estar claramente identificada contratualmente e obedece aos seguintes princípios: ... d) O risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado.



setor privado – seja pela legislação que regula a matéria, seja em razão das cláusulas contratuais aplicáveis – pode até inviabilizar o negócio como um todo.

Os riscos envolvidos são diversos e importantes. Por exemplo, a necessidade de alterações e adaptações no projeto original pela sua desconformidade com elementos exigidos por lei ou pela sua desatualização, em razão de atraso no projeto; ou ainda a demora na desapropriação de imóveis que serão afetados pela construção e dos recursos financeiros previstos pela administração pública para a implementação do projeto. Assim, temos riscos pré-operacionais (riscos de projeto e de construção, capacidade técnica continuada); riscos políticos (sazonalidade eleitoral, mudança de orientação governamental); riscos regulatórios (mudanças na regulamentação); riscos de mercado (demanda e oferta); riscos de crédito; riscos cambiais; e riscos trabalhistas, dentre outros.

Como já mencionado, além da existência desses riscos, a legislação e as cláusulas que regem tais contratos, de modo geral, atribuem a responsabilidade pelos referidos riscos quase que exclusivamente ao setor privado. No caso das licitações para a construção de obras públicas regidas pela Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), por exemplo, o setor privado, além de responder pelos riscos inerentes à implementação do projeto (construção e



entrega da obra contratada), também é incumbido de responder por todos os danos causados à administração pública ou a terceiros, por culpa ou dolo na execução do contrato.

Já nos contratos de concessão comuns de obras públicas regidos pela Lei n.º 8.987/95 (Lei das Concessões), o particular concessionário responde por todos os riscos inerentes à implementação do projeto. Quanto aos riscos denominados extraordinários (riscos políticos, regulatórios, de mercado, cambiais, entre outros), em tese devem ser assumidos pelo poder público cedente, em vista do dever de manutenção do equilíbrio econômico entre os contratantes inerente a tais contratos. Todavia, o que se vê na prática é que, em grande parte dos casos, o setor privado acaba arcando também com os riscos extraordinários, em vista das cláusulas contratuais que são praticamente impostas pelo setor público contratante.

Neste cenário, a criação das PPPs representa uma inovação. A sua principal proposta é a de tentar suprir a necessidade de desenvolvimento econômico do país através de investimentos do setor privado em estruturas para a prestação do serviço público. Para tanto, as PPPs inovam na questão da distribuição de riscos entre os contratantes, criando o conceito do risco compartilhado entre os setores público e privado para essa nova espécie de contratos.



Tal inovação, sem dúvida alguma, tende a criar um ambiente mais seguro para intensificar a participação do setor privado em tais contratos, ao minimizar os impactos dos diversos riscos a eles inerentes. Todavia, para que efetivamente se alcance o objetivo almejado pela inovação introduzida pelas PPPs, é importante que haja normas regulamentando tal assunto de forma mais objetiva, bem como que as cláusulas contratuais sejam claras quanto à atribuição de cada risco específico à determinada parte.

Assim, o primeiro passo já foi dado para que se forme um novo modelo na construção civil brasileira, mais especificamente, na construção de obras públicas. A partir de agora, o sucesso dessa formação de um novo paradigma dependerá da pressão que as empresas da área da construção deverão exercer perante governo para que regulamentem de forma objetiva tal assunto e da negociação dos contratos com setor público, exigindo cláusulas claras e específicas a esse respeito.

4.4. Os limites legais e as formas de contraprestação da administração pública

Os meios elencados pela Lei nº 11.079/2004 para pagamento dos parceiros privados são: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da administração pública e outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. Os referidos meios não são exaustivos, uma vez que a



legislação vigente prevê que sejam utilizadas outras formas de contraprestação admitidas em lei.

A Lei das PPP dispõe que a contraprestação da administração pública poderá ser vinculada ao desempenho do ente privado, de acordo com metas e padrões de qualidade e disponibilidade, total ou parcial, do serviço objeto do contrato de parceria.

Portanto, independentemente da forma de contraprestação adotada pela administração pública, é importante notar que os entes privados, antes de receberem a devida contraprestação, serão obrigados a cumprir, integral ou parcialmente, os contratos celebrados com o parceiro público.

Essas disposições revelam a preocupação do Estado em garantir o efetivo cumprimento, pelos parceiros privados, dos contratos de PPP.

Já com relação aos limites para a contratação de PPP, há previsão expressa na Lei estabelecendo que a União Federal não poderá comprometer mais do que 1% de suas receitas líquidas em PPP, ou seja, a administração pública somente poderá contratar PPP quando:



a) a soma das despesas de caráter continuado proveniente dos contratos de PPP já firmados não tiver excedido, no ano anterior, 1% da receita corrente líquida do exercício; e

b) as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subseqüentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Os limites acima mencionados também serão aplicados quando da concessão de garantias e realização de transferências voluntárias, pela União Federal, aos estados, Distrito Federal e municípios. Nessas hipóteses, na aplicação do limite de 1% serão consideradas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo parceiro público.

A imposição desses limites pela Lei das PPP tem por finalidade estabelecer um critério objetivo para o monitoramento do endividamento público, de modo a evitar um endividamento excessivo, sujeitando a administração pública à Lei de Responsabilidade Fiscal, balizando a atuação do Estado e subordinando-o a eventuais penalidades decorrentes do descumprimento dos limites impostos.



Os mecanismos que visam limitar o endividamento da administração pública e estabelecer pré-requisitos para pagamento de contraprestações aos entes privados, previstos na Lei das PPP, demonstram a preocupação do legislador em conferir seriedade e transparência às parcerias, com o objetivo de atrair os investidores (parceiros privados) necessários para que se consiga atingir o sucesso desse projeto do Governo Federal.

4.5. Limites de financiamento e aporte de recursos por parte do setor público

Para viabilizar os projetos de PPPs, formadas por meio de Sociedades de Propósito Específico (SPEs), sem onerar em demasia os recursos governamentais, foram criadas, na Lei nº 11.079/04, regras específicas acerca dos limites por parte das SPEs para contratação de crédito junto ao setor público, visando a evitar que o setor público venha a arcar com a totalidade do risco de crédito oriundo das operações das PPPs.

É da própria essência das PPPs que sejam repartidos os frutos e eventuais prejuízos que decorram de cada projeto, de modo que parece correto que tal divisão também ocorra quanto ao risco de crédito, uma vez que as SPEs estarão obrigadas a buscar, junto ao setor privado, ao menos parte de seus recursos operacionais.



A recém promulgada Lei das PPP estabelece, em seu artigo 27, que as operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder ao percentual de 70% do total das fontes de recursos financeiros das SPEs.

Esse limite é flexibilizado em mais 10% para os projetos de PPPs destinados às regiões norte, nordeste e centro-oeste, desde que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) daquelas regiões seja inferior à média nacional. Tal flexibilização evidencia o objetivo do legislador de incentivar os projetos das PPPs nas áreas mais carentes de recursos do país.

Ainda, a lei traz limitação quanto à natureza das fontes de recursos (seja através de obtenção de crédito, seja através de contribuições de capital) das SPEs. Assim, a participação de entidades fechadas de previdência complementar e de empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União na fonte de recursos das SPEs está limitada a 80%. Tal como a regra anterior, esse limite pode ser incrementado em mais 10% quando se tratar de projetos de PPP destinados às regiões norte, nordeste e centro-oeste, desde que o IDH seja inferior à média nacional.

Nota-se, portanto, ser imperativo que parte dos recursos operacionais das SPEs sejam captados junto a entes privados. Logo, instituições financeiras



privadas tendem a ser envolvidas nos projetos de PPPs, criando um novo nicho de mercado para esse setor.

Nesse contexto, é interessante a análise de eventual aplicação das regras de contingenciamento de crédito ao setor público, mais especificamente aquelas constantes da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.827, de 30 de março de 2001, conforme aditada e regulamentada (Resolução 2.827/01). Tal normativo impõe restrições à concessão de crédito, por parte de instituições financeiras, a empresas pertencentes ao setor público, estabelecendo critérios para as limitações com base no Patrimônio de Referência (PR) de cada instituição, bem como o valor global de referidas operações, conforme a regulamentação aplicável.

Para fins das disposições da Resolução 2.827/01, entende-se por “órgãos e entidades do setor público”, entre outras, “as empresas públicas e sociedades de economia mista não financeiras, suas subsidiárias e demais empresas controladas, direta ou indiretamente pela administração pública, inclusive as sociedades de objeto exclusivo”.

Caso se entenda enquadrarem-se as SPEs na definição acima, a restrição para a concessão de crédito por parte das instituições financeiras privadas, prevista na Resolução 2.827/01, seria aplicável às SPEs. Vale lembrar que a



lei das PPPs estabelece um mínimo de 20% (ou 10%, conforme o caso) de recursos privados nas SPEs.

Contudo, é perfeitamente defensável que as SPEs não sejam consideradas entidades de setor público, uma vez que a própria lei das PPPs estabelece que é vedado à administração pública ser titular da maioria do capital votante das SPEs. Logo, não havendo controle por parte da administração pública, as SPEs não estariam, a princípio, sob a égide das limitações impostas pela Resolução 2.827/01 e conseqüentemente o tratamento dado pelas instituições financeiras às SPEs seria idêntico ao dispensado às demais operações de crédito com entes privados.

A lei das PPPs, então, buscou evitar que os recursos que capitalizam as operações das PPPs sejam em sua totalidade originados por entes públicos, mantendo assim a coerência com a sua essência, ou seja, a repartição de riscos, direitos e obrigações entre setores público e privado. Indiretamente, abre-se uma porta ao setor privado no mercado de financiamento dos projetos das PPPs.

4.6. A observância das regras de licitação

4.6.1. Licitação por concorrência



A escolha, pela administração pública, do parceiro privado nos projetos de Parceria Público-Privada (PPP)²⁶ será realizada através de processo licitatório, na modalidade de concorrência.

A concorrência, regulada pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), é a modalidade mais complexa de licitação. As concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões), já eram – e continuam sendo – licitadas por meio de concorrência.

A novidade é que enquanto a Lei de Concessões adota praticamente sem alterações o procedimento tradicional da concorrência da Lei de Licitações, a Lei das PPPs introduz à concorrência uma série de modificações, incluindo a adoção de mecanismos dinâmicos inspirados na moderna e bem-sucedida modalidade de licitação do pregão.²⁷

4.6.2. Inversão das fases de habilitação e propostas

Dentre esses mecanismos, encontra-se a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. No procedimento tradicional da concorrência, primeiro é avaliada a *habilitação* dos licitantes – o que engloba a análise de documentos que comprovem a habilitação jurídica, qualificação

²⁶ Instituída pela Lei nº 11.079/2004.

²⁷ Regulado pela Lei nº 10.520/2002 e aplicável somente para a contratação de bens e serviços tidos como “comuns”.



técnica e econômico-financeira e regularidade fiscal de cada um dos licitantes. Uma vez decidida a habilitação, são abertas as propostas apenas dos licitantes devidamente habilitados.

Já na concorrência pela Lei das PPPs, o edital poderá prever que a fase de julgamento das propostas ocorrerá *antes* da habilitação dos licitantes – tal como ocorre no pregão. Uma vez analisadas e julgadas as propostas, é verificada a habilitação apenas do licitante que apresentou a melhor proposta. Se esse licitante for habilitado, sagra-se vencedor. A possibilidade de inversão das fases tende a aumentar a competitividade entre os licitantes. Poderá, ainda, tornar o procedimento mais rápido e dinâmico, especialmente quando o critério de julgamento das propostas for de fácil aferição, como nos casos de menor tarifa do serviço público a ser prestado ou menor valor da contraprestação a ser paga pela administração pública.

Entretanto, há desvantagens na inversão da ordem das fases. Na ordem tradicional, como as propostas ainda são secretas durante a habilitação, todos os licitantes têm interesse em fiscalizar e questionar o atendimento aos requisitos de habilitação uns dos outros, minimizando assim o risco da administração pública de contratar com quem não deveria. Com a inversão das fases, aqueles licitantes cujas propostas não obtiveram boa classificação perdem o interesse em exercer tal fiscalização.



Além disso, nos casos em que o critério de julgamento das propostas envolva a escolha da melhor técnica, poderá ser excessivamente oneroso para a administração pública analisar e classificar todas as propostas, para só então verificar se o licitante vencedor realmente atende a todos os requisitos de habilitação exigidos. Por esse motivo, a opção de inverter as fases da licitação deverá ser cuidadosamente avaliada, caso a caso.

4.6.3. Lances em viva voz

Outro mecanismo inspirado no pregão é a possibilidade de o edital prever o oferecimento de lances sucessivos em viva voz pelos licitantes, após a abertura dos envelopes com as propostas econômicas. A etapa de lances em viva voz nunca havia sido aplicada nas licitações na modalidade de concorrência. Trata-se de inovação salutar que tende a aumentar a competitividade entre os licitantes e a resultar em uma melhora da proposta final.

A Lei das PPPs ainda aprimora o mecanismo dos lances, ao possibilitar que o edital restrinja a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta inicial escrita seja em valor no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta inicial – ao passo que, no pregão, esse percentual máximo é de 10%. Com isso, a Lei das PPPs potencialmente permite a participação de



um número maior de licitantes nos lances, tornando o processo ainda mais competitivo.

4.6.4. Proposta técnica eliminatória

Na licitação das PPPs, o edital poderá prever que a proposta técnica será eliminatória – e não apenas classificatória, como no modelo tradicional da Lei de Licitações. Isso propiciará à administração a oportunidade de se certificar de que os licitantes darão a devida importância à proposta técnica. Isso permitirá, ainda, que a participação em eventuais lances em viva voz para as propostas econômicas seja restrita apenas àqueles licitantes cuja proposta técnica tenha atingido a pontuação mínima exigida.

4.6.5. Celebração do contrato de PPP pelo segundo colocado

Na concorrência tradicional da Lei de Licitações, caso o licitante vencedor acabe não assinando o contrato, por qualquer razão que seja, e caso a administração convoque o licitante classificado em segundo lugar para fazê-lo, este somente poderá firmar o contrato se aceitar as mesmas condições e preços que haviam sido apresentados pelo vencedor original. Isso é injusto, porque freqüentemente o vencedor original acaba não assinando o contrato exatamente porque não teria condições de executá-lo nos termos de sua



oferta. A Lei das PPPs apresenta solução mais justa ao prever que aquele que for celebrar o contrato objeto da licitação, no lugar do vencedor original, o fará nas condições técnicas e econômicas por ele próprio ofertadas.

4.6.6. Saneamento de falhas na habilitação e propostas

O ponto mais arrojado do procedimento de licitação pela Lei das PPPs consiste na possibilidade de o edital permitir o “saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento”.²⁸

Apesar de os termos serem muito vagos, isso significa que o edital poderá, por exemplo, permitir que os licitantes apresentem, em um segundo momento, documentos de habilitação que, por qualquer motivo, deixaram de constar do respectivo envelope; ou, ainda, que os licitantes corrijam eventuais erros aritméticos constantes das propostas econômicas ou acrescentem dados técnicos que deveriam ter constado das propostas técnicas.

4.6.7. Conclusão

²⁸ Artigo 12, IV, da Lei das PPPs. Há dispositivos semelhantes: (i) no artigo 16, VIII, do Regulamento de Contratações da ANATEL (anexo à Resolução ANATEL nº 05/1998); e (ii) no artigo 61 de um Anteprojeto de Lei preparado pelo Poder Executivo Federal para a regulamentação da licitação de bens e de serviços, em substituição parcial à Lei de Licitações.



A adoção da modalidade da licitação por concorrência, regulada na Lei de Licitações, pela Lei das PPPs é a mais adequada, pois tem um procedimento apropriado para projetos vultosos e complexos, como serão os de PPP.



5. Participantes do projeto cartilha PPPs

PINHEIRO NETO ADVOGADOS

Rua Boa Vista, 254, 9º andar - Centro - 01014-907 - São Paulo, SP (Brasil)

Tel.: (55-11) 3247-8400

Fax: (55-11) 3247-8600

Website: www.pinheironeto.com.br

Contato: Júlio César Bueno (Coordenação) - juliobueno@pinheironeto.com.br

Ricardo Pagliari Levy

Bruno Dalarossa Amatuzzi

Jorge Carvalho do Val

CONSELHO EMPRESARIAL BRASIL-CHINA

Rua Santa Luzia, 651, 30º andar – Centro – 20030-041 – Rio de Janeiro, RJ (Brasil)

Tel.: (55-21) 3212-4350

Fax: (55-21) 3212-4351

Website: www.cebc.org.br

Contato: Renato Amorim (secretário executivo) - renato.amorim@cebc.org.br

PRICEWATERHOUSECOOPERS

Av. Francisco Matarazzo, 1400 - Torre Torino - 05001-903 - São Paulo, SP (Brasil)

Tel.: (55-11) 3674-2000

Fax: (55-11) 3674-2077

Website: www.pwc.com.br

TRENCH ROSSI E WATANABE

Av. Dr. Chucri Zaidan, 920, 13º andar - 04583-904 - São Paulo, SP (Brasil)

Tel.: (55-11) 3048-6800

Fax: (55-11) 5506-3455

Website: www.trenchrossiewatanabe.com.br

Contato: Daniel Shem Cheng Chen

VEIRANO ADVOGADOS ASSOCIADOS

Av. Presidente Wilson, 231, 23º andar - 20030-021 - Rio de Janeiro, RJ (Brasil)

Tel.: (55-21) 3824-4747

Fax: (55-21) 2262-4247

Website: www.veirano.com.br

Contato: Márcio Tadeu Guimarães Nunes

Guilherme Moulin S. Penalva Santos

Philipp Wolff