



Natália de Sousa Rodrigues Alves

O MODELO DE PARTILHA DE RISCO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PORTUGAL E BRASIL)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

NATÁLIA DE SOUSA RODRIGUES ALVES

**O MODELO DE PARTILHA DE RISCO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
(PORTUGAL E BRASIL)**

**THE RISK SHARING MODEL IN THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS
(PORTUGAL AND BRAZIL)**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves.

COIMBRA

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, a Ele toda honra e toda Glória!

Aos meus pais Abel e Bernadete Rodrigues Alves, minha base, por tanto amor, por tudo o que sou, por cada oração e sacrifício, por acreditarem em mim, me proporcionando a melhor educação e incentivo na busca constante pelo conhecimento; e também aos meus irmãos Wladimir e José Arthur Alves pelo carinho, apoio e amizade. Amo vocês!

Ao meu amor, Bruno R. Mendes, pelo companheirismo, pela boa vontade em me ajudar e me ouvir, por compartilhar dos meus ideais, incentivando-me a prosseguir, insistindo para que eu avançasse cada dia mais.

Este trabalho certamente não seria o mesmo sem a contribuição dos amigos (as) do Mestrado. Dois anos que ficarão guardados para sempre em minhas lembranças e coração. Foram tantos encontros, papos, almoços, festas e conquistas alcançadas juntos... a cada um de vocês, meu muito obrigada!

À minha amiga Alice Maria Serra, pela forma carinhosa como me acolheu – me proporcionou um lar em Coimbra, me “adotou” como um membro da família e cuja amizade mantereí para sempre. Gratidão por tudo que fez por mim.

À amiga Silvyva Neves pelo material e disponibilidade em me ajudar, compartilhando informações atualizadas acerca do meu tema. Obrigada amiga!

Ao meu orientador Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves e a todo o corpo docente e de funcionários da Universidade de Coimbra.

RESUMO

As parcerias público-privadas (PPP) tornaram-se uma ferramenta de financiamento da infraestrutura pública amplamente utilizada. No entanto, há um vasto conjunto de evidências sugerindo que elas não entregam de forma consistente *Value for Money* (*VfM*). Em resposta procurou-se investigar a lógica por trás da implantação contínua das PPP pelos governos, concentrando-se na repartição dos riscos, e nos fatores que afetam o seu desempenho. Fez-se uma abordagem geral acerca das parcerias em Portugal e no Brasil no sentido de contextualizar o instituto. Embora o modelo PPP tenha sido afetado por inúmeros problemas, os governos persistem em sua implantação. O Comparador do Setor Público (CSP), baseado em estimativas de custos totais, receitas e riscos, tem um fator significativo nas decisões para desenvolvimento ou não de uma PPP – verificar se este modelo de contratação é medida válida para gerar *VfM*. Além disso, abordou-se a repartição de riscos, ou seja, tentou-se verificar se esta alocação entre as partes é feita respeitando a regra de distribuição de risco ao agente mais apto a gerenciá-lo. Assim, inevitável foi a abordagem dos riscos políticos - implicações estas decorrentes do fato deste modelo ser uma estrutura complexa de longo prazo, bem como da teoria da imprevisão e do princípio da eficiência. Deste modo, em consonância com a visão atual das parcerias público-privadas buscou-se identificar se há realmente a distribuição ótima de riscos, fornecimento da eficiência e, em última instância, se há garantia do *VfM*.

PALAVRAS-CHAVE: Parcerias público-privadas (PPP); Value for Money (VfM); Comparador do Setor Público (CSP); Repartição de riscos; Eficiência.

ABSTRACT

Public-private partnerships (PPPs) have become a widely used public infrastructure financing tool. The literature shows that PPPs are a generator model of greater efficiency and effectiveness, contributing to the pursuit of the public interest, obtaining the best result at the lowest cost. However, there is a vast body of evidence suggesting that PPP do not effectively deliver Value for Money (VfM). In response, we sought to investigate the logic behind the continued implementation of PPP by governments, which, although that practice do not produce satisfactory results, with many cases of failure, the public sector persists in its development. A general approach have taken on partnerships at Portugal and Brazil in order to contextualize the institute. The Public Sector Comparator (CSP), based on estimates of total costs, revenues and risks, has a significant factor in decisions to develop or not a PPP - it will be able to verify if this contracting model is a valid to measure VfM. In addition, we also tried to verify if the risk allocation between the parties respect the rule of risk distribution to the agent most apt to manage it. Thus, inevitable was to do to the approach from political risks - implications stemming from the fact that this model is a complex long-term structure, as well as the theory of forecasting and the principle of efficiency. Therefore, in line with the current view of public-private partnerships, it was sought to identify whether there is the really optimal risks distribution, providing efficiency and, ultimately, if it offers VfM.

KEY WORDS: Public-Private Partnerships (PPP); Value for Money (VfM); Public Sector Comparator (PSC); Risks sharing; Efficiency.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – artigo

BEI – Banco Europeu de Investimento

BOT – Build, Operate and Transfer

BOO – Build, Own and Operate

CCP – Código dos Contratos Públicos de Portugal

Cfr. – Confira

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP - Constituição da República Portuguesa

CPA - Código de Procedimento Administrativo de Portugal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DBFO – Design, Build, Financing and Operate

DBO – Design, Build, Operate

Ed. – Edição

In – em

Idem – O mesmo

Ibidem – No mesmo lugar

i.e. – isto é

MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

nº – número

NPM – New Public Management

OCDE – Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Económico

OM – Operating, Mantaince

ONGs – Organizações Não Governamentais

ob. cit. – obra citada

PIB – Produto Interno Bruto

PFI – Project Finance Initiative

p. – página

pp. – páginas

PPP – Parcerias público-privadas

SCUTs – Sem Custos para os Utilizadores

SIRESP – Sistema Integrado de Redes de Emergência e Segurança de Portugal

SPE – Sociedade de Propósito Específico

STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil

STJ – Superior Tribunal de Justiça do Brasil

ss. – seguintes

TCE – Tribunal de Contas Europeu

UE – União Europeia

VfM – Value for Money

v.g. – verbi gratia

Vide – Veja

Vol. – Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
1. DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PORTUGAL.....	111
1.1 Desenvolvimento histórico.....	11
1.2 Modelos burocrático e gerencial na administração pública.....	16
1.3 Da concessão de serviço público.....	17
1.4 Conceito.....	19
1.5 Tipos e modelos.....	22
1.6 Vantagens e desvantagens do modelo de PPP.....	24
2. DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL.....	29
2.1 Modelos burocrático e gerencial na administração pública.....	29
2.2 A origem das parcerias público-privadas no Brasil.....	32
2.2.1 Modalidades de Parcerias público-privadas.....	36
2.3 Vantagens e desvantagens nas parcerias público-privadas brasileiras.....	422
3. OS DESAFIOS DO MODELO DE PARTILHA DE RISCO QUE CERCAM AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PORTUGAL E NO BRASIL.....	477
3.1 Parâmetro geral.....	477
3.2 O modelo de partilha de riscos.....	50
3.2.1 Desenvolvimento do estudo Value for Money e o Comparador do Setor Público.....	50
3.2.2 Conceito e disciplina jurídica da repartição de riscos nos contratos de PPP.....	55
3.2.3 Aplicabilidade da teoria da imprevisão.....	599
3.3 Análise das limitações e perspectivas da repartição dos riscos.....	655
CONCLUSÃO	733
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	799

INTRODUÇÃO

Dissertar sobre as parcerias público-privadas (PPP) requer uma reflexão acerca do impacto da situação de crise econômico-financeira no Estado Administrativo.

A pressão para reduzir os déficits fiscais e o aumento da dívida pública em meados da década de 1990, aliados a um cenário de recursos orçamentários limitados e a crescente demanda social, favoreceu a ideia do financiamento privado como uma alternativa para viabilizar grandes projetos de infraestrutura em vários países do mundo. Pertinente então foi a criação de um ambiente que estimulasse e facilitasse a celebração de parcerias entre os agentes público e privado.

Entre as principais alternativas de financiamento privado está a privatização de empresas públicas, os contratos de concessão – com o direito de exploração temporariamente transferido ao investidor privado – e, mais recentemente, os contratos de parceria público-privada.

Com origem na Inglaterra, através das *Public Private Partnerships*, as parcerias público-privadas (PPP) surgiram com o intuito de suprir lacunas e atrair investidores privados, para a realização de obras e execução de serviços condicionados ao melhor alcance de resultados.

Muito tem enfatizado a literatura que o uso das PPP é motivado pelos ganhos de eficiência que este instrumento pode proporcionar para a prestação de serviços de infraestrutura. Há um significativo arcabouço teórico que procura demonstrar que as PPP são mais eficientes que a aquisição tradicional.

Ao longo do tempo, as PPP têm sido usadas, tanto em Portugal como no Brasil, com o intuito de manter os investimentos e as metas fiscais estabelecidas anteriormente, a fim de evitar que a dívida pública prejudique o papel do Estado.

Um dos potenciais benefícios e também obstáculos das PPP é a partilha de riscos com o setor privado. Esta repartição de riscos é um dos principais temas dos contratos de longo prazo, sejam eles concessões e/ou PPP. Estes contratos estão sujeitos a muitas vicissitudes, e dependem de uma adequada distribuição de riscos para que possam demonstrar maior eficiência ao longo de seu ciclo de vida. A racionalidade desse compartilhamento é o que permitirá promover estruturas de custos mais eficientes e

estabilidade contratual. Daí a crescente relevância que o tema adquiriu na formatação de programas estruturantes.

A partilha de risco entre os parceiros tem o viés de fazer com que cada parte se concentre no cumprimento de seus objetivos, ou seja, o Estado deverá se preocupar em garantir que o serviço será entregue com qualidade de acordo com os requisitos específicos do contrato, e o setor privado, além de prestar os serviços de qualidade com o menor custo possível, terá de obter o retorno financeiro do seu investimento.

Vale dizer que o respeito aos princípios fundamentais ou estruturantes da contratação pública, tais como concorrência, igualdade, transparência, publicidade e imparcialidade são essenciais como instrumento de boa governação do orçamento público, gerador de maior eficiência e eficácia, contribuindo para a prossecução do interesse público, com obtenção do melhor resultado pelo menor custo.

O objetivo deste trabalho é trazer uma reflexão acerca da repartição dos riscos nas PPP de Portugal e do Brasil, e responder ao seguinte questionamento: as PPP realmente distribuem riscos, fornecem eficiência de custo e, em última instância, garantem o *Value for Money (VfM)*? Desta forma, para realizar a avaliação e aplicação deste recurso, proceder-se-á a contextualização geral do cenário das PPP nos dois países, para posterior abordagem no último capítulo da repartição de riscos.

O comprometimento do orçamento público e a eficiência do setor privado na gestão de serviços são questões a serem abordadas quando da adequação do uso da PPP, impedindo-a de ser usada como mero instrumento político e como causa do aumento do déficit público.

A metodologia utilizada foi o estudo analítico, apoiado em referências teóricas obtidas da revisão de literatura nacional e estrangeira que permitiram, ao final fossem obtidas algumas conclusões.

1. DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PORTUGAL.

1.1 Desenvolvimento histórico.

A história das PPP em geral, e das concessões em particular, ultrapassa em muito a história do século XX¹. Acompanhando a visão de Cruz e Marques, Portugal já experimentava este modelo quando o Estado, ou na altura o Reino, se fazia substituir por uma entidade ou indivíduo de natureza privada para explorar recurso numa determinada região, ou seja, em um período pré-descobertas, em pleno século XIV. Desta maneira, a delegação de serviço público é um conceito muito antigo cuja terminologia remonta à realeza². A exemplo, em 1338, a concessão a mercadores estrangeiros nas Ilhas Canárias pelo Rei Afonso IV de Portugal, ou posteriormente no século XVII com a Companhia da Índia Oriental, Companhia Geral para o Estado do Brasil ou a Companhia de Cacheu e ainda Cabo Verde³.

Trazendo o tema para um período mais próximo, a crise econômica dos anos 1970, forçou as autoridades políticas, em todo o Ocidente, a recorrer a empresas privadas para a prestação de serviços públicos adicionais. Percebidas mais do ponto de vista das privatizações, durante a década de 1980, foram impulsionadas por políticas conservadoras, como Margaret Thatcher, no Reino Unido, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América. Neste contexto, grande parte da literatura sobre PPP as assimila de forma mais ou menos sistemática à não menos controversa de nova gestão pública⁴.

¹ CRUZ, Carlos Oliveira e MARQUES, Rui Cunha. O Estados e as parcerias público-privadas. Lisboa: Sílabo, 2012, p. 73) e SARMENTO, Joaquim Miranda. Parcerias Público Privadas. Lisboa: Fundação Manuel dos Santos, 2013, p. 43.

² La délégation de service public est une notion très ancienne dont la terminologie remonte à la royauté. Cfr. COSSALTER, Patrice. L'essentiel sur la concession de service public. Paris : Territorial éditions, 2011, p. 6.

³ CRUZ e MARQUES, 2012, p. 73.

⁴ Même si la médiatisation des PPP nous laisse croire à la nouveauté du phénomène, des auteurs de notoriété ont prédit, il y a plus d'un demi-siècle le rapprochement progressif des secteurs privé et public. Les choix opérationnels du gouvernement fédéral américain, pour rénover les infrastructures urbaines dans les années 1960, annonçaient déjà la montée en force des PPP. C'est sans doute la crise économique des années 1970 qui força les autorités politiques, un peu partout en Occident, à recourir aux entreprises privées pour la livraison des services publics additionnels. Ensuite, durant les années 1980, les PPP furent davantage perçus sous l'angle de privatisations impulsées par des politiques mené par les conservateurs, comme Margaret Thatcher au Royaume-Uni et Ronald Reagan aux États-Unis d'Amérique. Voilà qui explique peut-être qu'une bonne partie de la littérature sur les PPP les assimile plus ou moins systématiquement au non moins controversé nouveau management public. MAZOUZ, Bachir. Les aspects pratiques des partenariats public-privé: De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP. Revue française d'administration publique, n° 130, 2009/2, p. 218.

Posto isto, há mais de meio século ocorre a aproximação progressiva dos setores público e privado, de forma que está longe de ser nova a combinação de recursos destes setores⁵, apesar da mídia levar a acreditar na novidade do fenômeno das PPP.

Em Portugal, a necessidade de diminuir as disparidades de desenvolvimento em relação aos outros países europeus, fortalecer e reforçar a competitividade da economia e manter uma política de contenção orçamental para atender à disciplina imposta pela moeda única europeia, foi o elemento que impulsionou, na linha da PFI/PPP britânica, a opção pela alternativa da cooperação entre o setor público e o setor privado⁶.

Cumprе assinalar, entretanto, que o surgimento efetivo das PPP em Portugal tem como referência a construção da Ponte Vasco da Gama inaugurada em 1998⁷.

Impõe-se, contudo, recordar que este novo modelo de contratos públicos nasceu no Reino Unido, na última década do século XX como forma de enfrentar os problemas econômico-financeiros pelos quais o país passava e, posteriormente, de forma análoga, foram transpostos para muitos outros países⁸. O projeto de maior sucesso foi a construção do túnel sob o Canal da Mancha, que liga a Inglaterra a França.

Inicialmente sem enquadramento legal e orçamental, a construção da nova ponte do Tejo (Ponte Vasco da Gama), foi a primeira obra pública que utilizou o esquema

⁵ GONÇALVES, Pedro Costa. O governo da Administração Pública. In: Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da “*New Public Governance*”. Coimbra: Almedina, 2013, p. 31. A partilha de responsabilidades entre Estado e entidades particulares e, com esta ligada, a compreensão da realização do interesse público como uma empresa mista e partilhada constituem as premissas fundamentais para a exclusão, por um lado, do perigo de abandono da sociedade civil a si mesma e, por outro lado, do risco da conceção de que a realização do interesse público é um monopólio do Estado e da Administração Pública.

⁶ Cfr. SOUSA, Lúcia Maria Cruz. Evolução e reflexões das parcerias público-privadas na Administração Pública – um estudo comparativo entre Brasil e Portugal. Dissertação em Ciências Jurídico-Administrativas com Menção em Direito Administrativo. Universidade do Porto, 2015, p. 30.

⁷ MORTÁGUA, Mariana e Jorge Costa. Privatária: quem ganha e quem perde com as privatizações em Portugal. Lisboa: Bertrand, 2015, p. 136. A Lusoponte constitui a primeira PPP contratualizada em Portugal, em 1992. As duas primeiras versões do contrato foram assinadas pelo ministro Ferreira do Amaral, durante o mandato de Cavaco Silva como primeiro-ministro. Inicialmente o projeto de construção da Ponte Vasco da Gama foi orçamentado em 867 bilhões de euros, sendo depois ajustado para 897 milhões de euros, distribuídos da seguinte forma: 35% do Fundo de Coesão Europeia, 26% do Estado e restantes acionistas, 33% de um empréstimo do Banco Europeu de Investimento, 6% de portagens da Ponte 25 de Abril. Segundo o relatório da Comissão de Inquérito às PPP, os vários acordos de renegociação custaram aos contribuintes mais de 850 milhões de euros, 525 milhões resultantes de compensações contratuais e 322 milhões de compensações por não cobrança/manutenção/atualização dos custos de portagem. A Lusoponte é a PPP com TIR (taxa interna de rentabilidade) mais elevada do país, em torno de 13% (DE, 23/01/2013).

⁸ O Reino Unido (especialmente a Inglaterra) tem sido pioneiro em implementar reformas que buscam a redução do papel do Estado (privatização e liberalização econômica), a transformação do seu papel na vida econômica (regulação) e a flexibilização da sua gestão). O conceito das PPP, desenvolvido no início dos anos 1990, marca uma mudança estrutural na forma de financiamento e provisão de serviços de infraestrutura V. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 396.

“*Project Finance*” em modelo DBFO (*Design-Build-Financing-Operate*) - Projeto, Construção, Financiamento e Operação, com o ajuste efetuado por meio de um contrato misto, uma concessão de obra pública clássica explorada sob o regime de portagem⁹.

Apenas em 2003, se edificou um regime jurídico especificamente aplicável a esta forma de associação entre parceiros públicos e privados. Com a aprovação do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de abril, instituiu-se um regime jurídico de enquadramento genérico das PPP sem inviabilizar a aplicação de legislação adicional¹⁰.

O Decreto-Lei nº 86/2003, definiu a PPP como um contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado¹¹.

Deficitária foi a conceituação das PPP, pois ausente qualquer referência acerca da partilha de riscos, bem como da sua transferência significativa e efetiva. Entretanto, consubstanciou um conteúdo fiscal impositivo do contrato de parceria¹².

Até o ano de 2003 – as PPP foram reguladas, de forma avulsa, por legislação setorial – como era o caso da saúde ou do setor rodoviário – bem como por diplomas aplicáveis a áreas conexas, tais como a Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado ou o regime de aquisição de bens e serviços.

Posteriormente, em 2006 este Decreto foi revisto pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de forma a simplificar o desenvolvimento das PPP, garantir a melhor proteção do interesse público, em particular no que diz respeito à partilha efetiva de riscos e dos benefícios alcançados, e ainda, esclarecer o direito a indenização da entidade privada. Em 2012, na sequência da aplicação do Programa de Assistência Económica e Financeira, o regime foi revogado e substituído pelo Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio, o qual disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação,

⁹ Cfr. AZEVEDO, Maria Eduarda. *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*. Coimbra, Almedina, 2009, p 266.

¹⁰ CRUZ e MARQUES, 2012, p. 75. O Decreto-lei nº 86/2003 teve por objeto o estabelecimento das normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das PPP.

¹¹ V. Decreto-Lei nº 86/2003, artigo 2º, nº 1.

¹² Cfr. MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 373.

alteração, fiscalização e acompanhamento global das PPP e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos.

Dentre as alterações realizadas, fora introduzido o risco¹³ no conceito de parceria, passando a ser entendido como o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado¹⁴.

Além do Decreto-Lei nº 111/2012, aplicam-se às PPP os seguintes diplomas: Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado (cfr. artigo 6º, nº 1, alínea *a*) do Decreto-Lei nº 111/2012); Código dos Contratos Públicos (cfr. artigo 15º, nº 1 do Decreto-Lei nº 111/2012); e ainda regimes setoriais, nomeadamente nos sectores rodoviário e da saúde.

Vale ressaltar que o Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei nº 18/2008 de 29 de janeiro), pouco faz referência às PPP, remetendo quase sempre para a regulação setorial. Entretanto, ao simplificar alguns procedimentos na formação dos contratos, contribui para a melhor avaliação das propostas, aumentando a sua transparência, de forma a conduzir resultados positivos para as PPP.

Partindo do conceito do *New Public Management*, as PPP referem a Administração Privada como mais eficiente que a Administração Pública, isto porque este método tem foco em resultados, sendo recomendável que a concepção do projeto seja uma atribuição do investidor, promovendo redução dos custos e ganho de eficiência¹⁵.

¹³ A principal diferença entre as PPP e os projetos tradicionais é a partilha de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado. Em princípio, os riscos de um projeto de PPP devem ser imputados à parte mais apta a geri-los, com o objetivo de atingir o equilíbrio ideal entre a transferência dos riscos e a compensação atribuída à parte que assume os riscos. O parceiro privado é frequentemente responsável pelos riscos associados à conceção, à construção, ao financiamento, à exploração e à manutenção das infraestruturas, enquanto o parceiro público assume normalmente os riscos regulamentares e políticos. V. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Contas Europeu. Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE: insuficiências generalizadas e benefícios limitados. Nº 9, Luxemburgo, União Europeia, 2018, p. 13. Disponível em <https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_09/SR_PPP_PT.pdf>.

¹⁴ V. Decreto-Lei nº 111/2012, artigo 2º.

¹⁵ NUNES, António Avelãs. O estado capitalista em tempos de globalização in Conferência proferida na Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro, 2012, p. 10, invoca que foi no Reino Unido, no governo de Tony Blair, que se concretizou definitivamente, de forma ampla, um velho projeto conservador que abriu às empresas privadas os setores da saúde e educação. Seguiram-se à abertura as estradas, as prisões, as tecnologias de informação, a habitação social, as bibliotecas, a iluminação pública etc. Este lucrativo negócio (para o qual o Estado garante o lucro sem risco), foi mesmo além do que os conservadores tinham

Pode-se dizer então que, em tese, a conveniência da transferência de certas atividades do Estado para o privado tem como vantagem a agilidade nas decisões e o comprometimento com a eficiência¹⁶, diante do uso de melhores técnicas na prestação de serviços públicos, gerando, em consequência, menor dispêndio de recursos públicos pelo Estado, isto porque as PPP são modelos juridicamente flexíveis, amplamente usadas em infraestruturas, onde os cocontratantes podem financiar, conceber, construir, operar, manter, gerir, alocar, adquirir, desenvolver, transferir ou deter a posse de uma instalação ou serviço.

A União Europeia, tem incentivado a realização de PPP, de forma incentivar a integração europeia. Tratadas no Livro Verde das Parcerias Público-Privadas (Comissão Europeia, 2004)¹⁷, este documento enumera duas modalidades de PPP: uma em que o parceiro privado presta serviço público¹⁸, com remuneração baseada em taxas pagas pelo usuário, acompanhadas de subvenções por parte do parceiro público e outro as PPP nas quais o parceiro realiza e gere as infraestruturas para a administração pública.

Além do Livro Verde, foram emitidas orientações para o sucesso das parcerias público-privadas (Comissão Europeia-Direção Geral da Política Regional, 2003) e orientações para a institucionalização das parcerias público-privadas (Comissão Europeia 2008)¹⁹.

projetado, a ponto de estes (oportunamente) se terem dissociado dele, alegando que nunca o tinham pensado como um expediente para conseguir financiamentos públicos para negócios privados.

¹⁶ CINTRA, Marcos. Modelagem de PPPs: pré-requisitos fundamentais e suas implicações. In: Parcerias Público Privadas no Brasil. Cadernos FGV Projetos. Ano 9, nº 23, janeiro 2014, p. 46. Relativamente ao setor privado, as evidências apontam não apenas para a capacidade técnica, administrativa e gerencial para incorporar o setor na produção de bens e serviços a cargo do Estado. Há também liquidez e capacidade produtiva ociosa em busca de realização, características que poderiam ser canalizadas para financiar investimentos sob responsabilidade dos governos.

¹⁷ SARMENTO, 2013, p. 46. Lançado em 2004 pela União Europeia, o Livro Verde consiste numa referência das melhores práticas e num documento que procura enquadrar a estratégia das PPP a nível comunitário. Contudo, a criação de legislação e definição de modelos e procedimentos é uma competência de cada Estado-membro.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 126. Vale ressaltar, utilizando o conceito do referido autor, que serviços públicos são “as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”.

¹⁹ SILVA, José Manuel Braz da. Parcerias Público-privadas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 13. A Comissão Europeia tem assumido o papel dinamizador em relação às PPP, nomeadamente através da proposição de novas sugestões e estudos de viabilidade; de negociador, juntando os diferentes actores nacionais e institucionais; e parametrizando, isto é, definindo linhas de orientação e objectivos a serem alcançados. Apesar de alguns insucessos já registrados, a Comissão Europeia mantém o interesse na implementação das PPP como ferramenta para alcançar um maior desenvolvimento económico no espaço europeu.

1.2 Modelos burocrático e gerencial na administração pública.

Nos contratos de concessão, a Administração (concedente) entrega a outrem (particular/concessionário) a concepção e execução dos trabalhos, bem como a exploração do seu resultado (empreendimento) durante um determinado período de tempo²⁰.

O principal motivo que leva o Estado a delegar uma atividade consiste, via de regra, no entendimento de que a sua prestação pela iniciativa privada será mais benéfica aos usuários e permitirá a redução dos custos estatais.

Ora, a possibilidade aludida acima não está dissociada da fragilidade das finanças públicas, a crescente frustração da opinião pública sobre a qualidade dos serviços públicos, o aumento do poder de uma retórica neoliberal que dá orgulho para o uso de mecanismos de mercado para a prestação de serviços públicos, e a propensão dos governos de imitar/adaptar o desenvolvimento das PPP diante da experiência positiva estrangeira.

Assim, esta nova categoria de concessão, como formas de associação entre o setor público e o privado, desempenha um importante papel na alavancagem de investimentos em diversos setores, visando adaptar a lógica econômica da delegação de serviço público à construção, reabilitação e gestão de equipamentos públicos em setores que representam funções tradicionais do Estado como segurança ou justiça, ou setores sociais como transporte, saúde ou educação. Este instrumento tem o condão de possibilitar a promoção de projetos de interesse público, otimizando a sua capacidade de gestão e eficiência²¹.

Em algumas dessas situações o financiamento poderá ser total e em outras o investimento será repartido entre promotores (entidade concessionária), e os concedentes, não havendo financiamento de terceiros.

Nas PPP o Estado compartilha o risco de determinado empreendimento com parceiros privados sem possuir, em regra, expertise no negócio que se propõe e, por

²⁰ FREITAS, Lourenço Vilhena de, p. 678 apud AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 571. É normalmente o concessionário quem custeia a execução das obras (por si ou através de um consórcio financeiro para o efeito constituído), remunerando-se o privado (ou privados) pela exploração da obra durante um determinado período de tempo contratualmente fixado, através de taxas e pagar utentes.

²¹ Para SILVA, 2016, p. 303, ao contrário do financiamento do projecto que visa essencialmente as relações entre a sociedade projecto, os promotores e os estabelecimentos financeiros o PPP dirige-se a regular as relações entre a pessoa e a sociedade projecto.

consequência, coloca-se em uma posição de vulnerabilidade, sujeito a riscos contratuais que impactam toda a sociedade e afetam o equilíbrio orçamentário²².

Pedro Melo assinala que na dogmática jurídica a noção de “risco” é frequentemente associada à noção de “perigo” e, bem assim, grosso modo, a ocorrências causadoras de danos²³.

De acordo com Marcello Caetano²⁴, diferentemente do risco, o caso imprevisto consiste no “facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torna a execução do contrato mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado”. Como explica o ilustre autor, “quando se verifique o caso imprevisto o devedor não fica exonerado da obrigação de cumprir: apenas, conforme hipóteses, lhe será facultado rescindir o contrato, pedir a revisão das cláusulas de remuneração ou ser indemnizado”.

Crescente é a demanda pela implementação das PPP nos países em desenvolvimento, promovendo-as como um dos principais instrumentos de reforma da gestão pública, alicerçados nos incentivos das instituições financeiras internacionais - Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial. A definição de parcerias adotada por essas instituições implementa todas as soluções contratuais das associações públicas e privadas em torno da realização de uma missão de serviço público. Abrange as formas antigas (concessões) e novas formas (PPP de origem anglo-saxônica)²⁵.

1.3 Da concessão de serviço público.

A última parte do século XX, como já mencionado, foi quando ocorreu a explosão do exercício privado de funções classicamente desempenhadas pela Administração

²² CINTRA, 2014, p. 48. A eficiência de um contrato prevê a alocação dos riscos entre as partes, em função de suas respectivas capacidades ou facilidades para lidar com tais riscos.

²³ Efectivamente, parte da doutrina que se tem ocupado desta temática configura o risco como “perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica”, ou como “uma eventualidade danosa potencial”. Cfr. MELO, Pedro. A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Almedina, 2011, p. 63/64.

²⁴ CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais do Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2003, p. 200/201.

²⁵ Cfr. MARTY, Frédéric, TROSA, Sylvie et Voisin, Arnaud. Les partenariats public-privé. Paris: La Découverte, 2006, p. 24.

Pública, ou, de outra perspectiva, da utilização pela Administração Pública de veículos jurídico-privados como instrumentos de prossecução de necessidades coletivas correntes²⁶.

A Directiva 2004/18/CE, relativa aos contratos públicos, define em seu art. 1º, nº 3 a concessão de obras públicas como um contrato com as mesmas características de um contrato de empreitada de obras públicas, com a ressalva de que a contrapartida das obras a serem efetuadas consiste unicamente no direito de exploração da obra, ou nesse direito acompanhado de um pagamento²⁷.

Utilizando uma visão francesa a concessão é um contrato pelo qual o Estado confia a administração do serviço público. Por conseguinte, é necessário e até substancial que o parceiro contratante da administração gerencie o serviço público²⁸.

Para dirimir qualquer dúvida acerca da conceituação acima, a Comissão Europeia, no Livro Verde sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões caracterizou o "modelo concessivo", pela relação direta entre o parceiro privado e o utente final, onde o parceiro privado presta um serviço ao público, "em vez do" parceiro público, mas sob o controlo deste, bem como pelo modo de remuneração do cocontratante, que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço, eventualmente acompanhadas de subvenções por parte dos poderes públicos²⁹.

Por conseguinte, a consagração do objetivo político económico tendente a criação de um verdadeiro mercado interno na União Europeia concorreu para o aumento das concessões³⁰, sendo que o setor mais marcantes o da execução de infraestrutura.

²⁶ MELO, 2011, p. 38.

²⁷ COSSALTER, 2011, p. 7. La Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services édicte ainsi que «la « concession de travaux publics » est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à la exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix».

²⁸ Ibidem, p. 6. La concession est un contrat par lequel une administration confie la gestion de service public. Il est donc nécessaire et même substantiel que le cocontractant de l'administration gère un service public.

²⁹ Sobre o conceito de concessões no direito europeu, em especial **Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (COM/2004/0327)**.

³⁰ Para além, claro, das persistentes dificuldades orçamentais de grande parte dos Estados-membros que têm impedido ou, pelo menos, dificultado, a satisfação das cada vez mais exigentes necessidades colectivas de acordo com os cânones tradicionais, ou seja, através do respectivo pagamento por meio dos orçamentos estaduais. Cfr. MELO, op. cit., p. 38.

1.4 Conceito.

Antes do mais, em ordem preliminar, importa ressaltar que não há um conceito fechado acerca das PPP. Em sua definição mais ampla, o termo parceria público-privada abrange todas as formas de associação dos setores público e privado destinadas a implementar todo ou parte de um serviço público³¹. Trata-se de uma forma que se aplica a todos os modos de associação duradoura entre setor público e o setor privado para o desenvolvimento de uma atividade ou para a construção e exploração de um bem público³². Essas relações fazem parte de contratos de longo prazo, distinguindo-se das privatizações e subcontratações.

O artigo 2º, nº 1 do Decreto-Lei nº 111/2012 estabelece as normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado nas PPP definindo-as como “o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado” .

Nesta definição, o legislador português desenvolveu a mesma linha metodológica contida no Livro Verde, que retrata estes contratos como "novas formas de cooperação entre as autoridades públicas e a comunidade empresarial que visam aumentar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infraestrutura ou a prestação de um serviço"³³.

Pedro Gonçalves define as PPP como uma “forma de cooperação entre actores públicos e actores privados para a realização de determinados objectivos. A cooperação pode ter subjacente uma complementaridade de fins entre a intervenção pública e privada (parcerias em rede) ou uma divergência de finalidades e objectivos a alcançar por via da

³¹ Cfr. MARTINS, 2015, p. 374. Também no direito europeu, em termos amplos – ou muito amplos -, o conceito de parceria público-privada compreende a generalidade dos fenómenos de associação entre entidades públicas e privadas, isto é, compreende o conjunto de relações não necessariamente contratuais ou de tipo institucionalizado, por via das quais os particulares, com ou sem remuneração, colaboram com a Administração na realização de fins públicos.

³² GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública I. VIEIRA, Pedro Siza. In O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 485.

³³ V. Comissão Europeia, Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário sobre Contratos Públicos e Concessões, COM/2004/ 327 final.

parceria: o parceiro público participa para cumprir as suas missões de interesse público e o parceiro privado para obter lucros (parcerias contratuais e associativas)”³⁴.

Prosseguindo com a delimitação conceitual, não se verifica na lei portuguesa qualquer limite legal quanto ao prazo para celebração das PPP. A legislação apenas infere que deve haver adequação do prazo de vigência da parceria às circunstâncias e características específicas de cada projeto, levando em consideração o período de reembolso do financiamento, o escalonamento dos pagamentos pelo parceiro público e a vida útil das respectivas infraestruturas³⁵. Sendo assim, há somente a imposição de tempo suficiente para pagamento do financiamento e ainda que o prazo seja compatível com cada projeto.

Da mesma forma não há um valor mínimo ou máximo a ser investido. Porém, em uma interpretação extensiva da lei, desde logo porque o nº 5 do artigo 2º do Decreto-lei nº 111/2012 enuncia as situações excluídas do âmbito da aplicação do referido diploma, denota-se que serão objeto de PPP os projetos em que o encargo acumulado seja superior a 10 milhões de euros e que o investimento implicado seja superior a 25 milhões.

Situada entre o regime de empreitada e a privatização³⁶ - salvo algumas contadas exceções na literatura académica que consideram uma a mesma coisa da outra³⁷, a PPP, em linhas gerais, pode ser entendida como um modelo de contratação pública, podendo consistir num contrato de concessão de obra pública ou serviço público, tendo como componente significativo, o financiamento privado, na forma de capital e/ou dívida assumida pela banca comercial ou pelos mercados de capitais³⁸.

³⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. Entidades Privadas com Poderes Públicos. Coleção teses, Coimbra: Almedina, 2005, p. 328.

³⁵ Cfr. art. 6º, “h”, do Decreto-Lei nº 111/2012.

³⁶ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 998, o termo “privatização” é hoje um termo polissémico na literatura jurídica e económica, designando um variado conjunto de políticas públicas (transferência da propriedade de empresas ou serviços públicos para entidades privadas ou concessão da respectiva gestão a entidades privadas, abertura à iniciativa privada de sectores ou serviços anteriormente assegurados pelos próprios serviços públicos, submissão dos serviços ou das empresas públicas a regras de gestão de natureza privada)”.
³⁷ Prevalece o entendimento que a celebração de PPP não constitui uma forma de privatização, pois a propriedade dos ativos não é transferida para a esfera privada.

³⁸ Diversos são os conceitos de PPP. Assim, SILVA, 2016, p. 19, elenca algumas das definições mais utilizadas. Para o Banco Mundial a PPP consiste “no envolvimento de ambas as partes (Estado e Privado) na constituição de uma entidade autónoma, sendo que as entidades privada e pública repartem a responsabilidade por aspectos desta nova organização ou, em alternativa, assumem ambas em conjunto os objectivos a que se propõe a nova entidade. A PPP está assim associada à partilha de risco, responsabilidade e ganhos entre a parte privada e pública, apenas se justificando quando existe o benefício value at Money para os contribuintes”; para a Comissão Europeia esta é a “parceria entre duas ou mais partes que concordam

Este contrato de concessão especial, também por ser firmado também para a gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes³⁹.

Deste modo, os setores público e privado estabelecem uma relação (contratual ou institucional), com responsabilidades preestabelecidas, para projetar, financiar, construir e gerir uma determinada infraestrutura e/ou disponibilizar um serviço⁴⁰.

Os investimentos em infraestrutura, equipamentos, construção, software e etc, necessários para a prestação do serviço são financiados, no todo ou em parte, pelo fornecedor privado. Por outro lado, o pagamento/remuneração deste será efetuada pelos usuários ou por uma autoridade pública, permitindo cobrir a depreciação desses investimentos e sua exploração.

Podem-se considerar como elementos definidores das PPP: i) parceria entre sector privado ou outro e o público; ii) ambos os sectores trabalham em cooperação para alcançar um determinado objetivo; iii) Existe partilha de riscos e de responsabilidades entre as partes envolvidas⁴¹.

Vale ressaltar, que, por outro lado, a doutrina portuguesa distingue a concessão da PPP, qualificando a figura da concessão quando o projeto não envolver a participação financeira do Estado, sendo financeiramente sustentável apenas com suas próprias receitas e os riscos transferidos, quase que em sua totalidade para o privado⁴², enquanto que na PPP o parceiro público efetua pagamentos ao privado, pois a receita não é suficiente para o projeto ser rentável⁴³.

em trabalhar em cooperação para alcançarem um objectivo conjunto ou compatível. Assim, existem autoridade e responsabilidade divididas, recursos conjuntos para investimento, passivo, assunção de riscos e ganhos partilhados”; para a OCDE é o “acordo entre o Estado e uma ou mais entidades privadas, sendo que a parte privada compromete-se a disponibilizar um serviço ou produto, de uma forma concertada com os objectivos do Estado e simultaneamente com a rentabilidade por si esperada. Este contrato exige ainda uma efectiva transferência de riscos para os privados; e por fim, para a Standard and Poor’s Vínculo de médio e longo prazo entre o sector privado e público, envolvendo a partilha de riscos e ganhos resultantes da disponibilização pelas partes de benefícios financeiros, competência multisectoriais e outras especializações, concertado de forma a alcançar os objectivos pretendidos com a parceria”.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª Ed. 2015, p. 447.

⁴⁰ CRUZ e MARQUES, 2012, p. 31.

⁴¹ SILVA, 2016, p. 20.

⁴² SARMENTO, 2013, pp. 50/51.

⁴³ SOBRAL, Ana Paula Rolland e CRUZ, José Neves. Parcerias Público-Privadas: Enquadramento e Avaliação das Concessões Ferroviárias em Portugal. Revista Portuguesa de Estudos Regionais, nº 28, 3º Quadrimestre, 2011, pp.11/12.

Ao contrário dos projetos tradicionais, em que o parceiro privado é remunerado durante as obras da infraestrutura, as PPP precisam financiar todos os custos da infraestrutura, antes de começarem a ser remuneradas. Desta maneira, devem identificar e celebrar contratos de crédito com terceiros de forma a empreender no projeto.

1.5 Tipos e modelos.

No que tange aos tipos e modelos, pode-se elencar diferentes formas de desenvolvimento das PPP, isto porque há uma diversidade de estruturas possíveis entre o setor público e privado, no que diz respeito aos objetivos, funções, atividades e partilha de riscos. Na visão de Cruz e Marques⁴⁴, estas podem ser de 03 (três) tipos: a) *free-standing*, na qual o setor privado desenvolve a infraestrutura e recupera os custos (e a sua rentabilidade) através das taxas cobradas aos utilizadores, podendo-se citar como exemplo a Ponte Vasco da Gama e Concessão Brisa; b) *joint venture*, há a contribuição direta do setor público com o financiamento, entretanto a gestão é entregue ao parceiro privado; e c) *services sold*. Em que há o pagamento de uma renda pelo setor público ao setor privado pela prestação de serviços.

Através do seu Livro Verde, a União Europeia estabelece dois tipos de PPP: as institucionais, em que uma nova entidade é constituída pelos parceiros públicos e privados e as contratuais, na qual a relação público-privada é materializada através de um contrato⁴⁵.

Conforme o nível de envolvimento da parte privada (fontes de financiamento e propriedades dos ativos) as PPP podem ter variação. De um lado o setor público é responsável por todos os objetivos e aspectos da prestação de serviço, e do outro, o setor privado assume todas as responsabilidades⁴⁶.

Podem apresentar, ainda, fórmulas de implementação diversas, de acordo com os cinco componentes que integram um projeto: desenho, construção, operações e prestação do serviço público, manutenção e financiamento. Particularmente elucidativo, a este respeito, José Manuel Braz da Silva traz um quadro explicativo com algumas das nomenclaturas utilizadas:

⁴⁴ CRUZ e MARQUES, 2012, p.33.

⁴⁵ Ibidem, pp. 33/34.

⁴⁶ SILVA, 2016, pp. 20/21.

OM (Operation-Maintenance) – Operação e Manutenção

- A parte privada é responsável por todas as manutenções e operações.
- A parte privada não é responsável pelo financiamento, mas poderá ferir um fundo de capital. A aplicação dos fundos será definida pela entidade privada, em conjunto com a entidade pública.

DBO (Design-Build-Operate) – Projecto, Construção e Operação

- A entidade privada é responsável pelo projecto, construção, operação e manutenção num período determinado, sendo que no final do período deverá o mesmo ser transferido para a entidade pública.

DBFO (Design-Build-Financing-Operate) - Projecto, Construção, Financiamento e Operação

- O privado é responsável pelo financiamento, projecto, construção, operação e manutenção.
- A parte pública detém a totalidade da propriedade.

BOT (Build-Operate-Transfer) – Construção, Operação e Transferência

- O privado é responsável pelo financiamento, projecto, construção, operação e manutenção do projecto durante o período da concessão.
- O activo é transferido novamente para a entidade pública, no final do período da concessão, a custo zero.

BOO (Build-Own-Operate) – Construção, Propriedade e Operação

- Idêntico ao BOT, mas o sector privado detém a propriedade do activo, de forma permanente.
- A parte pública apenas concorda com a aquisição por um período previamente fixado, dos bens ou serviços disponibilizados.

Fonte: SILVA (2016, p. 20/21).

Entretanto, muito mais abrangente é o quadro apresentado por Cruz e Marques⁴⁷, tendo como fonte as informações da OCDE, 2008⁴⁸. Acresce, por outro lado, que apesar de terem sido equacionadas diferentes estruturas, considera-se que a principal forma de inovação e o modelo prevalente em Portugal é o “Design-Built-Finance-Operate” (DBFO)

⁴⁷ CRUZ e MARQUES, 2012, p. 35.

⁴⁸ OCDE. Les partenariats public-privé: partager les risques et optimiser les ressources. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico, Paris, 2008.

– “concepção-construção-financiamento-operação”,⁴⁹ em que o “sector público, através de uma contratação global, concede ao privado uma gama de serviços instrumentais e acessórios, abrangendo a construção e financiamento de bens infraestruturais, mediante uma contrapartida traduzida em pagamentos públicos a título de disponibilidade das infraestruturas e serviços requeridos, transformando despesas de capital iniciais em desembolsos públicos diferidos ao longo do contrato”⁵⁰.

Não tão divergente neste sentido é o Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu do ano de 2018, identificando como a forma mais comum de PPP o modelo de contrato de “Design-Build-Finance-Maintain-Operate” (DBFMO) – “concessão-construção-financiamento-manutenção-exploração”. Neste modelo, onde acrescenta-se a responsabilidade de manutenção pelo particular, são confiadas ao parceiro privado todas as fases do projeto, desde a concepção, a construção, a exploração e a já mencionada manutenção das infraestruturas, incluindo a angariação de fundos. Esta perspectiva a longo prazo é designada por “estratégia baseada no tempo de vida”⁵¹. Vale uma ressalva que a propriedade da infraestrutura sempre permanece nas mãos do setor público.

Diante de tantas informações e conceitos, não obstante a este amontoado de informações, determinantes são as diferenças dos modelos em relação ao grau e tipo de investimento (seja mais investimento público ou mais investimento privado), em relação à alocação de riscos, propriedade dos ativos, obrigações e duração dos contratos.

1.6 Vantagens e desvantagens do modelo de PPP.

A crise econômico-financeira, em Portugal, não reside na regulação pública. Acompanhando Pedro Gonçalves, a crise do Estado português tem origem no fato do Estado fazer mais do que pode, e não gerar a riqueza necessária para manter o Estado Social e de Serviço Público. Desta forma, utilizou, em larga escala, os esquemas de privatizações de financiamentos de infraestruturas públicas, por meio de contratos de

⁴⁹ No mesmo sentido é SARMENTO, 2013, p. 16.

⁵⁰ AZEVEDO, Maria Eduarda. *Temas de Direito da Economia*. 2015, 2ª ed., p. 249.

⁵¹ V. Tribunal de Contas Europeu. *Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE: insuficiências generalizadas e benefícios limitados*, 2018, p. 13.

parceria público-privada, endividando-se junto aos credores, juntamente com os pesados encargos contratuais⁵².

Entretanto, apesar dos erros e desvios cometidos nas PPP, não se pode duvidar que a ideia de partilha da responsabilidade entre o Estado e os particulares, bem como de mobilização dos privados para a realização de fins públicos constituem instrumentos fundamentais da ação pública no domínio das infraestruturas.

A Estratégia Europa 2020 ressalta a importância das PPP na persecução de seus objetivos, preconizando a mobilização de meios financeiros através da articulação das finanças públicas e privadas e da criação de instrumentos inovadores para financiar os investimentos necessários⁵³.

Considerando as fontes limitadas e insuficientes de financiamento da Comunidade Europeia para cobrir os projetos de desenvolvimento em diferentes países, ou seja, a lacuna entre os objetivos de desenvolvimento e os recursos disponíveis para esse feito, aliadas ao desacordo entre os Estados sobre o montante e composição do Orçamento Comunitário e, ainda, os ambiciosos objetivos econômicos e sociais dos governos dos diferentes Estados com orçamentos limitados, as PPP tornam-se uma forma de superar as restrições existentes, fortalecendo a participação do setor privado na satisfação das necessidades públicas.

Apesar da pouca clareza relativamente às PPP, mas considerando seu uso crescente, José Manuel Braz da Silva evidencia como principais fatores de sucesso o fato das PPP poderem incrementar o “*VfM*” gasto em infraestrutura, fornecendo serviços de melhor qualidade a um custo mais baixo e com mais eficiência; contribuir para reduzir as restrições orçamentárias, permitindo que o setor público evite os custos de capital, no que concerne ao investimento inicial, atenuando os custos administrativos, de forma a reduzir os custos do ciclo de vida do projeto e o tempo necessário para sua implementação, facilitando a inovação no desenvolvimento das infraestruturas; além do setor público poder transferir para o setor privado os riscos associados ao financiamento, construção e

⁵² Cfr. Gonçalves, Pedro Costa. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 35.

⁵³ V. UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão, EUROPA 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Bruxelas: (COM/2010/2020 final). Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC2020>>. Acesso em 15/05/2018;

operação de projetos, cabendo à parte privada promover o crescimento econômico local e abrindo oportunidades de emprego⁵⁴.

Nesta perspectiva, o Tribunal de Contas Europeu, acompanhando a literatura e a investigação neste domínio⁵⁵, sublinhou que as PPP são essencialmente utilizadas com o intuito de obter potenciais benefícios que os métodos de contratação pública tradicionais não proporcionam, tais como:

a) a execução precoce de um programa de investimento de capital planeado, uma vez que as PPP podem proporcionar um financiamento adicional importante para complementar as dotações orçamentais tradicionais;

b) a possibilidade de obter ganhos de eficiência na execução dos projetos através da conclusão mais rápida de cada projeto individual;

c) a possibilidade de partilhar riscos com o parceiro privado e otimizar os custos ao longo de todo o tempo de vida dos projetos;

d) a possibilidade de assegurar melhores níveis de manutenção e de serviço do que os projetos tradicionais através de uma estratégia baseada no tempo de vida; e

e) a possibilidade de combinar as competências dos setores público e privado da forma mais eficaz para realizar avaliações aprofundadas dos projetos e otimizar o seu âmbito.

Denota-se, ao acompanhar as vantagens acima elencadas, que estas podem ser sintetizadas em três principais, quais sejam: a inserção nos projetos públicos das competências e eficiência do setor privado; a partilha de riscos juntamente com a otimização dos custos (*VfM*) e a construção de infraestruturas não realizáveis de outra forma, diante dos constrangimentos orçamentários⁵⁶.

Como desvantagens a este modelo José Manuel Braz da Silva enfatiza a não compreensão dos conceitos subjacentes por todas as partes envolvidas no projeto; os

⁵⁴ SILVA, 2016, pp. 22/23.

⁵⁵ Ver, por exemplo, o PPP Infrastructure Resource Centre do Banco Mundial; EPEC, "The Non-Financial Benefits of PPPs - A review of Concepts and methodology" (Os benefícios não financeiros das PPP — Uma análise dos conceitos e da metodologia), junho de 2011; OCDE, Journal on Budgeting, Volume 2011/1, "How To Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement" (Como obter a otimização dos recursos: Comparação entre as PPP e os contratos públicos de infraestruturas tradicionais); EPEC, "PPP Motivations and challenges for the Public Sector" (Motivações e desafios das PPP para o setor público), outubro de 2015 apud Tribunal de Contas Europeu. Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE: insuficiências generalizadas e benefícios limitados. Nº 9, Luxemburgo, União Europeia, 2018, p. 15.

⁵⁶ Vale dizer que esta síntese é o ensinamento de SARMENTO, 2013, pp. 28/29, o qual resume de forma perspicaz todas as vantagens anteriormente elencadas.

setores público e privado não detêm conhecimentos e competências/habilidades suficientes para implementação dos projetos a longo prazo; a concorrência nos projetos de PPP é limitada, haja vista os elevados custos do concurso. Ressalta que os projetos desta modalidade podem sofrer atrasos em consequência de debates políticos, oposição de opinião pública, processos complexos de negociações, de forma que poderão ter um custo de financiamento superior caso houvessem sido realizados por uma entidade pública, já que os privados não conseguem financiar a um custo tão baixo quanto o Estado; bem como que a avaliação dos projetos pode não ser totalmente transparente, pois algumas das informações podem ser classificadas como confidenciais de natureza comercial, podendo este modelo levar a uma situação de monopólio e a custos mais elevados para os usuários pela utilização de serviços públicos⁵⁷.

Assim, há uma tendência a não aceitação da PPP por alguns doutrinadores, os quais defendem o abandono deste modelo. Contudo, Cruz e Marques elencam as principais áreas de melhoramento, alicerçadas nas fragilidades do caso português, vez que as vantagens das PPP ainda não são capturáveis por outros modelos⁵⁸.

Dentre as considerações dos referidos autores que permitem a melhoria da forma como as PPP são implementadas e geridas a médio e longo prazo está o processo de decisão, onde a seleção do modelo adequado de contratação é imprescindível para que problemas futuros sejam evitados; tratamento orçamental que garanta a contabilização eficiente das despesas, incluindo a duração dos contratos e que permita um controle permanente das responsabilidades financeiras a assumir, em uma lógica intergeracional; transparência do processo de implementação e gestão, com a participação não só dos que serão beneficiados diretamente ou afetados pelo objeto do contrato, mas também por todos os indivíduos com maior ou menor interesse na causa pública, de forma a assegurar as condições de responsabilização (*accountability*)⁵⁹ dos agentes envolvidos a fim de salvaguardar o interesse público⁶⁰.

⁵⁷ SILVA, 2016, pp. 22/23.

⁵⁸ CRUZ e MARQUES, 2012, pp. 194/195.

⁵⁹ Cfr. AZEVEDO, Sérgio de. PPP e o custo de um Estado fraco: toda a verdade sobre as parcerias público-privadas. Coimbra: Aletheia, 2014, p. 48, *accountability* é um termo britânico que significa que em matéria de dinheiro do povo, tudo deve ser pormenorizado.

⁶⁰ Para CRUZ e MARQUES, op. cit., p. 196, “as PPP envolvem normalmente projetos de longa duração e de grande complexidade técnica, que ultrapassam largamente ciclos políticos, e, portanto, deveriam estar sujeitas a critérios de competência técnica apolíticos”.

Dos pontos elencados, a melhoria da transparência no processo de implementação e gestão das PPP é o que requer maior esforço, considerando as experiências anteriores⁶¹. Isto porque, quando se trata de dinheiro público, tudo deve ser pormenorizado e explicado aos contribuintes.

A ausência de controle integrado por parte do setor público gera um déficit de capacidade de gestão, monitoração e de fiscalização dos contratos de PPP. Quer dizer, para que as PPP se tornem uma ferramenta útil para promover os objetivos de desenvolvimento, é necessário prevenir a ocorrência de contratos mal negociados. Cabe ao direito administrativo impor disciplina, contenção e rigor para as contratações a longo prazo, devendo haver o aumento e fortalecimento do controle prévio dos contratos⁶². O desenvolvimento de um modelo de governo com competências adequadas, ou seja, que promova um controle centralizado do processo e não fragmentado, para a consolidação de aprendizagens e melhorias práticas, bem como a garantia de uma efetiva gestão dos contratos⁶³.

A lei das PPP tem esse caráter do “*Estado-topa-tudo* para atrair capital privado ocioso e garantir seus lucros privados”⁶⁴. Nessa linha, através das PPP o Estado tenta seduzir a todo custo o capital privado, propiciando-lhes e/ou assegurando-lhes lucros altos, o que pode levar ao questionamento: e o princípio do interesse público? Denota-se um amplo benefício em prol do interesse privado⁶⁵, tendo a Nação que arcar com custos altíssimos, sendo pagos pelo conjunto da classe trabalhadora, pelos impostos e por mais

⁶¹ AZEVEDO, op. cit., p. 333, dispõe que “o Estado deve tornar público e de fácil consulta aos cidadãos todos os processos negociais, contratos, estudos, relatórios de reguladores, relatórios de fiscalizadores, pedidos de reequilíbrio financeiros das concessionárias, e demais informações sobre os projectos PPP, contribuindo com isso para a transparência de todos os processos”.

⁶² O controlo prévio dos contratos públicos deve aumentar e fortalecer-se, mas não necessariamente numa lógica de intervenção centrada no Tribunal de Contas: neste ponto, a instituição de um regulador da contratação pública, nos termos acima sugeridos, poderá ser via certa no quadro de uma lógica que não deve pautar-se por um simples controlo descomprometido com a solução, mas, antes, pelo acompanhamento e pela pedagogia dos decisores públicos. Cfr. GONÇALVES, 2013, pp. 42/43.

⁶³ Esta é a parte mais longa de desenvolvimento de uma PPP. Todavia, é, talvez, dos aspectos mais negligenciados, com consequências negativas numa perspectiva de interesse público (...) pelo que é nesta fase que surge a questão da qualidade efetiva do serviço. Cfr. CRUZ e MARQUES, 2012, p. 199.

⁶⁴ Cfr. SANTANA, Gilson Dantas de; RODRIGUES JÚNIOR, Hélio de Souza. As Parcerias Público-Privadas: Solução ou Problema? Prismas: Dir., Pol. Pub. e Mundial., Brasília, v. 3, n. 1, p. 148-181, jan./jun. 2006, p. 162.

⁶⁵ Conforme leciona Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo com referência ao princípio da indisponibilidade do interesse público “são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade”. Cfr. Direito Administrativo Descomplicado. 19ª ed. rev. e atual.; Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 186. Neste sentido, é interessante dispor que deste princípio decorrem diversos princípios expressos que norteiam a atividade da Administração, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

endividamento público. Ou seja, há o comprometimento da ideia de interesse público que norteia a noção de serviço público.

Por fim, situando-se num plano geral, importa referir que as PPP não parecem, enquanto instrumento de financiamento e de entrada dos privados nas operações, a princípio, ser um elemento fundamental na provisão de infraestruturas e serviços com a promessa de reduzir os encargos e satisfazer as necessidades públicas, mas considerando o seu período de maturação, também não é lógico o seu abandono.

2. DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL.

2.1 Modelos burocrático e gerencial na administração pública.

O aparelho da administração pública compreende a estrutura organizacional do Estado em seus três poderes sendo eles respectivamente o Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Decreto Lei nº 200/1967 promoveu uma ampla reforma administrativa dentro da Administração Pública Federal, instituindo como princípios o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle. Estabeleceu também a divisão entre administração pública direta e indireta. Em seus primeiros anos este decreto favoreceu a descentralização da administração (com relativa autonomia para empresas estatais e órgãos locais), permitiu a contratação de empregados sem concurso público e facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas.

Com a criação da administração indireta pretendeu-se reforçar a capacidade do governo do Estado através da transição da administração pública burocrática rígida e ineficiente para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente⁶⁶.

O Modelo Burocrático está presente na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 1988 e em todo o sistema do direito administrativo brasileiro, e tem

⁶⁶ Vale ressaltar que o Estado brasileiro passou por duas grandes reformas administrativas: a burocrática, iniciada em 1937, e a gerencial, de 1995. Entre essas duas reformas existiram dois grandes marcos na gestão pública nacional: o Decreto-Lei nº 200 e a Constituição de 1988. O decreto lei, de 1937, pode ser considerado o primeiro momento em que se observou a preocupação gerencial no Estado na segunda metade do século XX, buscando superar a rigidez burocrática. Cfr. MALIK, Ana. Parcerias entre setor público e privado na área da saúde no Brasil: os últimos 10 anos. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 14, nº 52, jan./mar. 2016, p. 143.

como característica a criação de barreiras e presença constante de normas e procedimentos. A referida Carta Magna enfatiza em seu corpo o controle entre os poderes, a instituição de Tribunais de Conta, estabelecendo princípios que regem a atuação administrativa, especificando garantias dos agentes públicos quanto ao sistema remuneratório, previdenciário, estabilidade, entre outros.

O caput do art. 37 da CRFB/88, estabelece os princípios básicos da administração pública - garantias fundamentais, que regem a atuação do servidor/gestor de forma a proporcionar segurança jurídica ao indivíduo e a organização da sociedade. Os princípios elencados - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devem pautar todos os atos da Administração Pública, por serem sustentáculos da atividade pública.

Seja por uma questão burocrática ou política, a falta de celeridade na atuação da Administração Pública possui consequências sociais sérias, na medida em que inviabiliza investimentos e torna ineficaz as políticas públicas.

O direito público e o direito administrativo foram estruturados a fim de legitimar a atuação do Poder Público em busca de prerrogativas especiais de supremacia deste Poder em um compasso entre o regime jurídico aplicável e as necessidades do modo de atuação do Estado⁶⁷.

Grandes eram as desigualdades sociais e regionais, diante da deterioração dos serviços públicos, o agravamento da crise fiscal e a inflação, nos anos 90. Nesse contexto surge a Reforma do Estado, patrocinada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, onde o Brasil precisava deixar de ser um Estado intervencionista, patrocinador do bem-estar social, para adotar uma postura gerencial, de forma a habilitá-lo a competir em um mundo global⁶⁸.

⁶⁷ Desde logo, há que diferenciar, no domínio da Administração Pública, o que é direito administrativo daquilo que é ciência da administração. O direito administrativo somente é conjunto de normas positivas e de princípios de direito público concernentes instituição e funcionamento dos serviços públicos e ao consequente controle jurisdicional. A Ciência da administração é política administrativa. Cfr. BIELSA, 1950, p.52 apud FARIA, Edimur. Curso de Direito Administrativo Positivo. 3ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 71.

⁶⁸ Essa Reforma buscava melhorar a organização do Estado, incluindo a profissionalização de seus servidores, a otimização de seus recursos financeiros e de seu sistema institucional-legal, de modo a proporcionar uma relação mais harmoniosa com a sociedade civil. A ideia era diminuir o tamanho da máquina operacional do Estado, abrindo espaço para uma maior participação da atividade privada no campo do bem-estar social e no da atividade econômica, impropriamente ocupada pelo Estado. Acreditava-se que o “estado mínimo” possibilitaria uma maior especialização do núcleo estratégico do Estado, que passaria a tomar decisões mais adequadas e ofereceria serviços públicos com maior eficiência. Buscou-se então implantar o estado mínimo, transferindo-se atividades sociais e econômicas para a atividade privada, assumindo o Estado o papel de agente regulador. Para tanto, venderam-se empresas estatais, descentralizou-se a prestação de serviços públicos, foram instituídos os contratos de gestão, as agências reguladoras e as

Surge, então, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE em 1995⁶⁹, posteriormente englobado pelo Ministério do Planejamento e Gestão, cujo lema era aprimorar o funcionamento do Estado, a um baixo custo, promovendo a administração gerencial, forte, eficiente, transparente e profissional, em benefício do cidadão.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, durante a Reforma da Gestão Pública ou Reforma Gerencial do Estado, houve a inserção do princípio da eficiência no caput do art. 37 do texto constitucional, visando a instalação de uma administração gerencial voltada para os resultados, com objetivo primordial de romper com a administração burocrática, consubstanciada no princípio da estrita legalidade, adequando as organizações públicas aos seus objetivos prioritários.

A referida norma ressaltou a importância da participação das entidades não governamentais na realização de políticas públicas, utilizando-se do Plano Diretor da Reforma do Estado. O direito administrativo conquistou novas fronteiras, disciplinando o Estado, seus delegados, particulares e entidades privadas sem fins lucrativos.

Na prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, em um modelo peculiar de contratação, além do modelo de Organizações Sociais que fazem parte das estratégias concebidas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), está enquadrada a Parceria Público-Privada ou simplesmente designada PPP, a qual é considerada uma nova concepção política, econômica, organizacional e social, sem o estabelecimento do muro intransponível antes existente entre o direito público e o direito privado.

A implantação do modelo de administração gerencial proporcionou a união de esforços entre a administração pública e a iniciativa privada, incutindo a ideia de que para o país se desenvolver social e economicamente, é necessário buscar subsídios para suporte estrutural, que geram renda e movimentam a economia.

Portanto, deve haver ênfase nos procedimentos meio para focar nos resultados. Neste contexto leciona Maria Sylvia Di Pietro que o princípio da distribuição de

organizações sociais, a fim de imprimir maior efetividade à reforma estatal. SAMPAIO, Kleber Rocha e COSTA, Elisa Ivna Pinheiro. Administração Pública Gerencial e o Princípio da Eficiência: Origem, Evolução e Conteúdo. Disponível em <<http://ww2.faculdaescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol9-2015.1/artigo3.pdf>>. Acesso em 29/03/2018.

⁶⁹ V. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. Revista de Administração Pública 34(4), p. 55-72, julho/2000. Disponível em http://reformadagestaopublica.org.br/papers/2000/608-RefGerencial_1995-RAP.pdf>. Acesso em 29/03/2018.

competências norteia a descentralização do poder público para a gestão por outras entidades. Um exemplo são as entidades denominadas de Terceiro Setor, que também podem ser chamadas de entidades paraestatais na medida em que atuam ao lado do Estado⁷⁰.

Posto isto, denota-se que o modelo de parceria público-privada foi influenciado pelas propostas neoliberais que questionavam o papel do Estado na promoção do desenvolvimento nacional, dado o fenômeno da globalização e da intensificação da competitividade dos mercados integrados. Houve a tentativa de mitigar o protagonismo do Estado na promoção do bem-estar social, para um Estado voltado a propiciar segurança negocial, atrair investimentos para infraestrutura e “parcerias” com uma elite de investidores⁷¹.

Em outras palavras, para romper a estagnação, avançar no cenário econômico e alavancar o desenvolvimento foi preciso potencializar os investimentos no setor de infraestrutura, como rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, siderúrgicas e usinas de produção de energia, de forma a aumentar a capacidade de financiamento do setor público, elevando a qualidade dos serviços públicos, através da redução do gasto público como iniciativas fundamentais para alcance do bem-estar social.

2.2 A origem das parcerias público-privadas no Brasil.

O regime jurídico do contrato administrativo é composto por normas constitucionais e infraconstitucionais. Fernando Vernalha Guimarães⁷² identifica no plano infraconstitucional 3 (três) modelos normativos configurados a partir da edição de normas gerais da União: i) regime geral aplicável, de certa forma, a todos os contratos

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 403. Os teóricos da Reforma do Estado incluem essas entidades no que denominam de terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda, tem que atender a determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de utilidade pública, o certificado de fins filantrópicos, a qualificação de organização social. (...) Normalmente, celebram convênio com o poder público, para formalizar a parceria.

⁷¹ Cfr. NOHARA, Irene Patrícia. *Desafios jurídicos das Parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável*. Revista Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 5 n° 2, jul./dez. 2014, p. 188.

⁷² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 207/208.

administrativos, disciplinado pela Lei nº 8.666/93; ii) regime especial aplicável ao contrato de concessão de serviço público; e iii) regime especial (em relação ao regime da Lei nº 8.987/95, e, posteriormente, em relação à Lei nº 8.666/93) veiculado pela Lei nº 11.079/2004⁷³.

Nesta senda, incomum é considerado o surgimento das PPP no âmbito nacional, isto porque antes do advento da Lei Federal nº 11.079/2004, inúmeros outros Estados criaram leis versando acerca das PPP. Instituída primeiramente pelo Estado de Minas Gerais, mediante a Lei Estadual nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003, seguido por Santa Catarina (Lei nº 12.930 de 04 de fevereiro de 2004), São Paulo (Lei nº 11.688 de 19 de maio de 2004), Goiás (Lei nº 14.910 de 11 de agosto de 2004), Distrito Federal (Lei nº 3.418 de 04 de agosto de 2004) e Bahia (Lei nº 9.290 de 27 de dezembro de 2004), e ainda, pelo Município de Vitória, no Estado do Espírito Santo com a Lei nº 6.261 de 23 de dezembro de 2004⁷⁴.

A partir da década de 80, com o advento da crise de financiamento do Estado, a sua capacidade de estruturar e executar projetos de infraestrutura e de serviços públicos ficou mais limitada.

Assim, quando a Lei das PPP fora editada em 2004, permanecia como preocupação no país o déficit de infraestrutura relacionado às rodovias, hospitais, unidades de ensino, dentre vários outros setores. Desta forma compreendeu-se, à época, que era necessário criar uma nova Lei que estabelecesse contratos diferenciados daqueles com os quais a administração pública rotineiramente trabalhava⁷⁵.

Era necessária uma alternativa para que o Estado atraísse investimentos e, juntamente com a iniciativa privada, dividissem os custos com a implantação de infraestruturas, já que nenhum deles teria condições de arcar individualmente como robustos investimentos: o Estado por não ter condições financeiras e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente ou inexistente. Observou-se, portanto, que muitos desses

⁷³ Subsidiariamente aplica-se ao regime das PPP a Lei nº 8.666/93, bem como a Lei nº 8.987/95 – pelo fato das parcerias público-privadas serem um modelo concessório.

⁷⁴ Cfr. GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo, 17ª ed. Saraiva. 2012, p. 467.

⁷⁵ NOHARA, 2014, p. 187. Optou-se por alterar o regime de concessões existente, com vistas a tentar criar um instrumento mais atrativo a investidores privados.

serviços, e outros, poderiam ser prestados pela iniciativa privada, frente sua capacidade de gerar resultados satisfatórios⁷⁶.

Desta forma fora sancionada, pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei nº 11.079 de 31/12/2004, conhecida como Lei das PPP, instituindo normas gerais para licitação e contratação de PPP em âmbito nacional, as quais tem como característica a contratação pelo Estado, de serviços ou empreendimentos, dividindo riscos com o setor privado e obtendo deste o financiamento⁷⁷. Ao fim do contrato, que pode ter a vigência de 5 (cinco) a 35 (trinta e cinco) anos, o equipamento objeto do contrato é revestido ao Poder Público.

Inicialmente as PPP se concentraram primordialmente em torno da implementação de projetos que buscavam a ampliação melhoria e modernização de infraestrutura e transporte (rodoviário e urbano). Mais recentemente, a área de atuação tem se ampliado a outros tipos de serviços considerados essenciais devido ao seu caráter social, como saúde e segurança pública.

Em breve nota, vale observar que 3 (três) são os limites legais a serem verificados para celebração das PPP, quais sejam: o valor, o prazo e o objeto.

Em recente atualização através da Lei 13.529/2017, o valor para uma PPP foi alterado. Determinou-se que este seja igual ou superior à R\$ 10 (dez) milhões de reais⁷⁸. Este montante se verifica para a não banalização do instituto, visando assim, projetos de infraestrutura de grande porte.

Na forma do art. 6º, §1º da Lei nº 11.079/2004, o legislador impediu que os contratos de PPP fossem limitados à execução de obras ou fornecimento de equipamentos.

⁷⁶ No contexto geral, explana-se: “A conjuntura que ensejou o surgimento da ideia de parcerias público-privadas no Brasil, pode, então, ser assim sintetizada: 1. Gargalos na infraestrutura impeditivos do crescimento e conseqüente melhora da situação fiscal do Estado; 2. Existência de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infraestruturas, não autossustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho”. SILVA, Danilo Tavares da. Licitação na Lei nº 11.079/04. In: NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Estudo sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 33.

⁷⁷ A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aplicáveis aos órgãos da Administração Pública, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º de parágrafo único).

⁷⁸ O Direito Administrativo Brasileiro vem passando por profundas mudanças legislativas, e no dia 05 de dezembro de 2017 foi promulgada a Lei 13.529/2017, que dentre outros diplomas legais alterou a Lei 11.079/2004. Tradicionalmente a referida Lei de PPP não admitia contratos com valores inferiores à 20 (vinte) milhões de reais, contudo, com a recente alteração o art. 2º, § 4º, inciso I, o valor foi diminuído pela metade, ou seja, caiu para 10 (dez) milhões de reais. Desta maneira, poderão ser celebrados contratos de PPP com valor igual ou superior ao novo valor estipulado.

Destarte, vinculou a remuneração dos particulares ao seu desempenho e à fruição dos serviços pela Administração e pelos usuários de acordo com metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato⁷⁹.

Quanto ao prazo, reforça-se que fora estabelecido o mínimo de 5 (cinco) anos, para que possa ser avaliada a execução do serviço, e o máximo de 35 (trinta e cinco) anos para que o Estado possa amortizar os investimentos realizados, assim como para que o parceiro privado possa recuperar o valor despendido. Sublinha-se que o prazo mínimo é necessário ainda, para que, caso se verifique uma má-execução do contrato, o particular arque com os riscos dos prejuízos econômicos advindos.

Acerca do objeto, o campo de atuação da PPP é amplo, podendo atuar em várias modalidades apontadas na Lei de Licitação, como a delegação total ou parcial da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública para a Administração Pública. Ao parceiro privado cabe garantir a boa execução da infraestrutura, pois, como previsto em lei, o serviço será prestado por no mínimo cinco anos, devendo resistir por todo o período estabelecido no contrato.

Verifica-se, portanto, que há uma clara preocupação do legislador em evitar que os objetivos das PPP sejam desvirtuados, caracterizando instrumento para a facilitação de concessões de obras e serviços públicos e, conseqüentemente, desvios de verbas públicas.

Importa, desde já, evidenciar que por trás da Lei de PPP há o reconhecimento de um Brasil com problemas de infraestrutura e as normas até então existentes eram incapazes de resolver este imbróglio.

Posto isto, as PPP surgiram como uma alternativa interessante para o Brasil, diante da insuficiência de recursos públicos pra atender à demanda por serviços de infraestrutura – ou seja, os chamados serviços públicos, que são formados por áreas como educação, transporte, assistência médica e hospitalar, telecomunicações, produção e distribuição de energia elétrica, tratamento e abastecimento de água, etc. A linha central para a implementação da PPP é que esta seria uma solução eficiente para atender à demanda dos serviços supracitados, pois a provisão privada tende a ser muito mais eficiente do que a pública em aspectos como custo, manutenção em longo prazo e financiamento, por exemplo.

⁷⁹ GUIMARÃES, 2012, p. 95.

Não obstante, esta nova forma de relacionamento entre o setor público e o setor privado onde a iniciativa privada entra com a capacidade de investir e de financiar, com a flexibilidade e a competência gerencial, a fim de prestar e operar serviços tradicionalmente fornecidos pelo setor público. Nesses serviços estão incluídos o desenvolvimento, construção, operação ou manutenção da infraestrutura.

Os motivos para a introdução desta nova modalidade de contratação no ordenamento jurídico brasileiro, foi a observação de experiências bem-sucedidas em outros países que comprovam o melhor custo-benefício trazido pela PPP.

Dado o panorama descrito, a Lei Federal Brasileira nº 11.079/2004, como já mencionado, criou esta espécie nova de concessão de serviço público ou obra pública. De acordo com a referida Lei, em seu art. 2º, parceria é o contrato administrativo de concessão efetuado na modalidade patrocinada ou na modalidade administrativa⁸⁰, as quais serão abordadas no tópico seguinte.

Nesta senda, em apertada síntese, pode-se conceituar de forma geral as PPP no Direito Brasileiro como sendo os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infraestrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades prestadas por seu intermédio, mediante remuneração a longo prazo financiada total ou parcialmente pelo Estado, fixada em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população.

2.2.1 Modalidades de Parcerias público-privadas.

A edição da Lei Federal nº 11.079/2004, que rege a contratação sob a modalidade de parcerias público-privadas, e tem a mesma estatura legislativa da Lei Geral de Concessões nº 8.987/95, gerou uma classificação antes inexistente no direito positivo: o

⁸⁰ CONTI, José Maurício (Org.). Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas. In: Parcerias público-privadas no poder judiciário: uma necessária revisão da atual orientação do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo: Almedina, Vol. I, 2017, p. 276. A Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004 – doravante Lei das PPPs), a qual no art. 2º, deixa bem evidente que a PPP é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. É, portanto, a figura da concessão subsidiada que agora passava a estar prevista em lei específica. Com essa peculiaridade legal, a Lei das PPPs denominou de concessão administrativa o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária, direta ou indireta (art. 2º, § 2º), ainda que envolva fornecimento de bens ou execução de obra.

gênero concessão (como contrato de colaboração), comportando as espécies: concessão de serviços (e obra) públicos; concessão patrocinada e concessão administrativa⁸¹.

Nos termos do § 1º do art. 2º a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. O § 2º do mesmo artigo conceitua concessão administrativa como sendo 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.

A concessão patrocinada é um contrato administrativo de concessão que pressupõe necessariamente o sistema tarifário integrado por contraprestações pecuniárias da Administração⁸². Tem por finalidade a transferência de serviços públicos, ou seja, serviços que são rotulados/chancelados pelo ordenamento jurídico como públicos⁸³, e que admitem a cobrança de tarifa pelo usuário (contraprestação), por exemplo, a energia, o transporte coletivo.

Esta modalidade de concessão (patrocinada), ressalvadas outras diferenças específicas elencadas na Lei nº 11.079/04, de certa forma captura o modelo da concessão “tradicional” e acrescenta uma outra forma de remuneração⁸⁴. Além de uma prestação adicional do poder concedente ao concessionário, a Administração Pública deve colaborar, necessariamente, com até 70% do montante total do contrato, conforme prevê o art. 10, § 3 da Lei das PPP, podendo ultrapassar este valor nos casos em que houver autorização legislativa específica⁸⁵.

Este modelo de PPP não tem tanta diferença quando comparado ao modelo de concessão de serviços públicos “tradicional”, por assim dizer. Isto porque ambos envolvem esta transferência para a iniciativa privada da prestação de serviços públicos. Entretanto a

⁸¹ GUIMARÃES, 2012, p. 84.

⁸² Ibidem, p. 89.

⁸³ Vale lembrar que nem todos os serviços tem essa natureza.

⁸⁴ Cfr. NOHARA, 2014, p. 191. Existe uma mitigação da ideia contida na concessão comum, de que o investimento “corre por conta e risco do concessionário”, sendo que o Poder Público também irá financiar, com a sua contraprestação, os esforços da concessionária na concessão patrocinada. Esse financiamento ocorrerá, no entanto, apenas após a disponibilização do serviço objeto do contrato.

⁸⁵ Recordar-se que a Lei das concessões nº 8.987/95 e a Constituição Federal de 1988 já admitiam a atuação da iniciativa privada em colaboração com o Estado na prestação de serviço público.

diferença é que no modelo de PPP, além do pagamento ser feito pelo usuário, há uma complementação financeira, em parte ou no todo, efetuada pelo poder público⁸⁶.

Utilizando as palavras de Fernando Vernalha Guimarães, configura-se como uma concessão (comum) de obra (execução de obra pública seguida de serviços exploráveis economicamente pelo concessionário) ou de serviço público (delegação da gestão de serviço público remunerada por tarifas pagas pelos usuários, precedida ou não da execução de obra) desde que adicionada à receita tarifária cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado⁸⁷.

Quanto à divisão dos riscos no empreendimento feito por concessão patrocinada, utilizando o entendimento de Marçal Justen Filho, este se processa através do seu compartilhamento entre o Estado, a sociedade e um particular⁸⁸. Caso haja eventual colaboração do poder concedente para a manutenção do empreendimento ou a recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão comum, esta não se transformará em concessão patrocinada. O ponto diferencial reside em que a concessão patrocinada envolve a remuneração contínua e sistemática do poder concedente, com cunho de permanência ao longo da existência do contrato.

Entretanto, a maior novidade está no modelo de concessão administrativa. Com base nas necessidades econômicas e financeiras da Administração, no que tange à forma de ajustes para a execução/implementação de projetos estruturantes, surgiram as PPP, mais especificamente a concessão administrativa, como forma de ampliar o seu espectro de possibilidades negociais⁸⁹. Este modelo serve para instrumentalizar ajustes mais complexos e abrangentes, transferindo para a iniciativa privada não só da prestação de serviços públicos, mas também a prestação de serviços em geral (leia-se: a concepção, construção, financiamento e exploração dos estabelecimentos de saúde, como exemplo)⁹⁰.

Nesse tipo de concessão existe um vínculo entre a Administração Pública e o particular com objeto complexo, pois envolve prestações de natureza distinta entre as partes, em um longo período de tempo, conforme previsto em lei. A concessão

⁸⁶ Desta maneira, pode-se dizer que a Lei 11.079/2004, têm como principal diferencial com relação às concessões comuns (Lei 8.987/1995) justamente o fato de que a receita do projeto deverá ser composta total ou parcialmente por contraprestações públicas.

⁸⁷ GUIMARÃES, 2012, p. 89.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 784. No mesmo sentido é GUIMARÃES, op. cit., p. 90.

⁸⁹ Ibidem, p. 166.

⁹⁰ O modelo utilizado é o DBFO (Design-Build-Finance-Operate), já explanado no capítulo I.

administrativa pressupõe ainda, além da prestação do serviço e fornecimento de bens, que seja precedida da construção de obra pública a ser utilizada exclusivamente pela Administração Pública⁹¹.

Conforme exigência do art. 7º da Lei nº 11.079/2004, as contraprestações efetuadas pela Administração somente ocorrerão a partir da disponibilização de pelo menos parte fruível do serviço. Desta forma, o preço da obra será suportado pela Administração somente na fase de execução do serviço, ou seja, concluída a obra, o setor público assume os custos desde o início da execução dos serviços pelo parceiro privado, o qual fará jus a uma contraprestação devida pela fruição do serviço pela Administração (na qualidade de usuária direta e indireta) e outra pela execução da obra.

Há de se enfatizar que as duas modalidades acima descritas, celebradas através de contrato administrativo de concessão, possuem características gerais, tais como a adesão voluntária ao ajuste (ato-condição de ambas as partes), mediante uma convergência dos seus respectivos interesses, à luz de uma complementariedade de encargos, atenuação das possibilidades de alterações unilaterais da avença por parte da Administração, visando não tolher demasiadamente o particular no desempenho das atividades, com flexibilização das instituições jurídicas correlatas. Em outras palavras, as parcerias caracterizam-se como acordos entre duas ou mais partes, para atuarem juntas na concretização de um objetivo comum⁹².

O pagamento da contraprestação mensal feita ao privado no âmbito das PPP está associado ao nível de serviços prestados, auferidos por indicadores de desempenho definidos contratualmente. Esses indicadores são avaliados mensalmente pelo poder público, pelo privado e por um Verificador Independente, possibilitando assim, a determinação do valor da contraprestação pecuniária a ser paga à Concessionária.

Na concessão patrocinada, a receita do operador é composta pela soma de tarifa cobrada do usuário e da contraprestação pública. O desempenho do parceiro privado pode afetar diretamente o valor da contraprestação, conforme o mecanismo de pagamento contratual.

⁹¹ JUSTEN FILHO, 2010, p. 785.

⁹² MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Belo Horizonte, nº 2, mai./jul. 2005, p. 32. Disponível em <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/redae-2-maio-2005-paulo-modesto.pdf>>. Acesso em 01/06/2018.

Por outro lado, a remuneração da modalidade de concessão administrativa deverá se dar de forma total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos. Quando há o pagamento em sua totalidade pela Administração Pública se assemelha ao modo utilizado nos contratos de colaboração. Quando há o pagamento parcial feito pela Administração, o parceiro privado edifica, por exemplo, o prédio de uma escola e seus anexos e, posteriormente, fornece os equipamentos necessários à administração do empreendimento. Além disso, e para configurar outra fonte de remuneração, o parceiro particular pode explorar as dependências da escola, com aluguel de quadras esportivas, auditórios e outras áreas, “ressalvados os aspectos propriamente educacionais – que ficam a cargo do Estado⁹³”.

Já os contratos de concessão comum que, via de regra, não dependem de contraprestação do governo, podem ter parte do reajuste tarifário atrelado a indicadores de desempenho. É permitido à entidade privada solicitar reajustes ou compensações do governo, caso o projeto exija comprovadamente o reequilíbrio econômico-financeiro, desde que obedecido o compartilhamento de risco previsto em contrato.

Vale lembrar que as PPP não se confundem com as privatizações, pois estas não sofrem alienação definitiva do controle da política pública.

Dois são os conceitos de privatização. O conceito amplo envolve a participação de qualquer particular em execução de tarefas que são do poder público, podendo-se citar os contratos de concessão, parcerias público-privadas ou terceirizações. O conceito restrito pressupõe a alienação de ativos do poder público para o particular. O Estado deixa de atuar em determinado domínio, transferindo este integralmente para a iniciativa privada.

Não é isso que acontece nos contratos de concessão e nas PPP. Quer seja nas concessões ou nas PPP, que são modalidades de concessão, o particular, por tempo determinado, assume a execução do serviço, porém este continua sendo público, ou seja, o poder público ainda é o titular, cabendo-lhe a fiscalização da atividade, podendo, inclusive, ao longo da execução do contrato retomar o serviço, reassumindo sua execução.

Desta forma, ao se entender que a privatização é a simples participação do particular, esta ocorre desde a Companhia das Índias, quando do descobrimento do Brasil, pois eram particulares, financiados pelo governo português que saíam mar a fora para buscar novas terras.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 293.

Contudo, ao se entender a privatização pelo conceito estrito (técnico) a concessão e a PPP não são modelagem de privatização.

A concessão comum ou tradicional ocorre quando há a transferência de um serviço público, cuja remuneração do particular (daquele que vai executar) será feita através de tarifas. Observa-se que esta tarifa pode sofrer algum tipo de complementação, através de fontes alternativas de remuneração, como publicidade. Ressalta-se que o Estado mantém sempre a titularidade, até porque esta é dada pela Constituição⁹⁴.

No modelo de PPP além da transferência do serviço público, pode-se transferir outra atividade⁹⁵. Não há necessariamente pagamento de tarifa pelo usuário, esta vai depender de qual modelagem de PPP é adotada. Contudo, necessariamente há o pagamento por parte do poder público. Vale dizer que nas PPP o poder público sempre comparecerá, seja complementando a remuneração do particular, seja pagando-o diretamente.

Nas áreas da saúde, da educação e nos estabelecimentos prisionais o Estado remunera integralmente o particular. Entretanto, eventualmente pode ter alguma contribuição com a cobrança pelo parceiro privado do estacionamento, por exemplo.

A modelagem contratual, nos casos acima mencionados, tem de ser observada com cautela, pois esta é uma demanda sobre a qual o parceiro privado não tem governabilidade, ou seja, não é ele que encarcera, que destina as pessoas para determinado hospital, que sabe quantas pessoas receberão o serviço público de educação.

Assim, com o intuito de reforçar o que foi dito, denota-se que quando o serviço na ponta é gratuito (como ocorre na educação, na saúde pública, nos estabelecimentos prisionais), o modelo “mais aconselhado” é o de concessão administrativa, pois o pagamento é efetuado pelo poder público. Por outro lado, quando há possibilidade de exploração tarifária o poder público “deve/recomenda-se” a utilização do outro tipo de PPP, qual seja, concessão patrocinada.

⁹⁴ Privatizar um ativo público quer dizer transferir para o privado em definitivo aquele ativo e ele não retorna mais. A concessão e a PPP têm por característica ser reversível à administração.

⁹⁵ Vale dizer que o objeto da PPP é o serviço, mas é possível ter obra. Pode-se citar como exemplo a construção de um hospital, onde há a possibilidade de pensar sua construção nos termos da legislação e, a posteriori celebrar uma PPP para seu gerenciamento, ou ainda pensar que a construção desde logo integra o objeto da PPP.

2.3 Vantagens e desvantagens nas parcerias público-privadas brasileiras.

A Lei de PPP, veio a lume dentro do Direito positivo brasileiro para permitir e viabilizar a realização de pagamento de subsídio pela Administração Pública aos concessionários de serviços públicos que não se sustentam financeiramente com a mera cobrança de tarifas, autorizando a utilização e permitindo a estruturação econômica das concessões de serviço público para a contratação de serviços antes submetidos a disposição da Lei n. 8.666/1993.

O objetivo da Lei Federal das PPP é disciplinar essa nova forma de parceria com o parceiro privado⁹⁶, onde o Estado, convida a iniciativa privada para participar de projetos em que possa ter uma maior probabilidade de reduzir custos, de ser mais eficiente e com baixo risco de probidade, e assim investir em áreas mais complicadas ou carentes para a sociedade, as quais precisam de uma ação mais intensa do Estado⁹⁷.

A despeito de todos os desafios, a responsabilidade do Estado de prover serviços públicos de qualidade não diminui, fica cada vez mais evidente que a Administração Pública caminha em direção ao esgotamento de sua capacidade de atender os anseios dos cidadãos e, sem investimento privado, é quase impossível que se cumpram os papéis que a sociedade espera.

Segundo dados apresentados no Caderno de Projetos da FGV do ano de 2014 ⁹⁸, são mais comuns não só na América Latina, mas no mundo, PPP nas áreas de energia e transportes, sendo que nos setores de água e saneamento (áreas menos tradicionais) há maior dificuldade em atrair investimentos. Ressalta-se que os projetos que se enquadram nas alianças com o parceiro privados são aqueles que envolvem obras e serviços de longa duração, contribuindo para a oferta na prestação do serviço público e que o risco é dividido

⁹⁶ Além disso, é sua intenção motivar com regras seguras e melhores atrativos econômicos, inexistentes nas atuais parcerias, a participação dos agentes privados e o aporte de recursos financeiros e tecnológicos na consecução do interesse público de que, em termos de eficiência, com raras exceções, carece a Administração Pública. Com as PPPs, a Administração Pública deseja aproveitar a agilidade da atuação privada na execução do objeto da parceria uma vez contratada, pois livre de certas peias burocráticas. Cfr. GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 14^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 413.

⁹⁷ VELLUTINI, Roberto. Parcerias Público Privadas no Brasil. Cadernos FGV Projetos. Ano 9, nº 23, janeiro 2014, p. 32. A principal vantagem é que o governo não precisa desembolsar o valor total do projeto de uma só vez, nem incorrer nos gastos com investimento, operação e manutenção. Em vez disso, é feito um contrato de prestação de serviços com o setor privado, através de uma PPP, que vai sendo liquidado ao longo do tempo. Como resultado, o serviço custa muito menos e é mais ágil e eficiente.

⁹⁸ COUTINHO, Luciano. Parcerias Público Privadas no Brasil. Cadernos FGV Projetos. Ano 9, nº 23, janeiro 2014, p. 14.

entre o governo e o setor privado, de maneira que cada parte assume aqueles a que está melhor preparada.

Desta maneira, importante é o estudo sobre conveniência e oportunidade de utilização da PPP, a qual implica na análise preliminar das necessidades até a justificativa de sua escolha como preferencial, passando pela comparação com outras alternativas à sua realização.

Vale dizer que o Estado como regulador da PPP tem de acompanhar, ainda, se o projeto está sendo executado da maneira como foi estruturado. Entretanto, o que se verifica nas economias menos desenvolvidas é a debilidade do setor público para desenvolver este papel e para exigir o cumprimento dos termos acordados no contrato⁹⁹.

Passando às vantagens proporcionadas pelas PPP, através de atenta leitura dos dispositivos da Lei Federal deste instituto, ressalta-se: “a) a extensa duração do contrato de até 35 anos, ao invés dos 5 anos prorrogáveis por mais 1 ano, que é o máximo estabelecido na Lei 8.666/1993, e ainda assim apenas para certos contratos; b) garantias pecuniárias significativas ao contratado, conforme constam no art. 8º [...]¹⁰⁰; c) utilização de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, o que seria inadmissível nos contratos administrativos em geral, como prevê o art. 11, III; d) diversidade de formas de pagamento aos parceiros privados, previstas no art. 6º, compreendendo um leque de alternativas que assegurem, de algum modo, a satisfação das pretensões creditícias de sua contraparte, de maneira que o parceiro público não tenha como se esquivar sob alegação de falta de recursos disponíveis¹⁰¹; e) a bem retratar a proteção de seus interesses, quando se trate de atualização automática de valores baseada em índices e fórmulas matemáticas, não há necessidade de homologação administrativa, salvo se a Administração publicar na Imprensa Oficial, dentro de 15 dias da apresentação da fatura, razões fundamentadas na lei ou no contrato para rejeitar a atualização, conforme art. 5º, § 1º da referida lei; f) A previsão contratual de “penalidades em caso de

⁹⁹ VELLUTINI, 2014, p. 33.

¹⁰⁰ Nos termos do art. 8º da Lei 11.079/2004 as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.

¹⁰¹ Ei-las: (I) ordem bancária; (II) cessão de créditos não tributários; (III) outorga de direitos em face da Administração Pública; (IV) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, ou (V) outros meios admitidos em lei.

inadimplemento, a que se sujeitará o parceiro público (assim como também o parceiro privado), conforme previsão do art. 5º, II”¹⁰².

Percebe-se que o estabelecimento dessas vantagens preconizados na Lei Federal e reforçadas por Celso Antônio, visam ampliar condições favoráveis e garantir a sustentabilidade econômica do empreendimento.

Dentro dessa explanação, ao invés do que ocorre no mecanismo da concessão tradicional, onde o particular recebe o direito de explorar determinado serviço público econômico, sendo remunerado ao longo do tempo pelas tarifas, nas PPP o próprio Estado é quem arcará com parte ou com a totalidade do investimento realizado pelo privado. O diferencial está no fato de que não o fará de imediato, pois assim seria caracterizada terceirização ou empreitada de obra pública, o fará então, por meio de um compartilhamento de riscos, através de pagamento paulatino da contraprestação ao consórcio, que ocorrerá após a total disponibilização do Projeto à população.

Ainda quanto as vantagens, Redoschi¹⁰³ elenca como fatores incidentes da maior procura pelas PPP: a) Integração e complementariedade propiciadas pela capacidade de mobilizar todos os recursos administrativos, técnicos e financeiros disponíveis, o que gera maior garantia de segurança à construção e operação do empreendimento dentro dos prazos previstos; b) Celeridade e redução de custos suplementares, pois a construção e a operação do empreendimento são de prazo curto do que quando o setor público opta pela licitação e contratação direta dos diferentes componentes do projeto; c) Incorporação de princípios de eficiência praticados pelo setor privado; d) Maior atratividade aos investidores privados, pois o retorno do investimento está associado em alguns empreendimentos ao fluxo de caixa do projeto (project finance); e) Entidades privadas, que podem apresentar direta e individualmente suas propostas de parceria ao governo, por meio de uma Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP). Quando os estudos aprovados forem utilizados no processo de licitação, o empreendedor que os elaborou será ressarcido pelos custos de preparação do projeto.

¹⁰² Tais vantagens pontuais foram elencadas em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 795.

¹⁰³ REDOSCHI, Dagoberto Antonio. Parcerias Público Privadas no Brasil. In: Parceria Público-Privada: desafios e oportunidades. Cadernos FGV Projetos. Ano 9, nº 23, janeiro 2014, p. 76.

O modelo de PPP é uma oportunidade para a Administração Pública se valer da técnica, da flexibilidade e do dinamismo da iniciativa privada que, por sua vez, é orientada para a maximização da eficiência, por meio da alocação de recursos e busca por resultados.

O parceiro privado deve prestar um serviço de qualidade para obter o retorno do seu investimento. Dessa forma, reforça-se a ligação entre os frutos da função do serviço público e as receitas que lhes são atribuídas, assegurando assim uma condição de auto regulação.

O compartilhamento de risco entre parceiros público e privado torna possível a disponibilização da infraestrutura de modo mais ágil para os usuários do que em comparação às obras públicas tradicionais, introduzindo uma lógica que faz com que a consequência natural da busca pela maximização do retorno do investimento privado seja mais rápida para o gozo e fruição de um serviço público de qualidade pelos usuários.

Embora as PPP tenham potencial para assumir papel importante no financiamento público, elas enfrentam diversas dificuldades para se consolidar no Brasil. Para Marcos Cintra¹⁰⁴, alguns aspectos que se apresentam como entraves a sua expansão e consolidação precisam ser superados, como a necessidade de flexibilizar a legislação brasileira, admitindo inovações e responsabilizando qualquer abuso ou mau uso; bem como a instabilidade inflacionária, que aumenta o potencial do risco por conta da indexação que ainda ocorre na economia brasileira.

A cada novo projeto, novos desafios motivam o contínuo aprimoramento do modelo, seja na gestão, no contrato ou na regulação. Parcerias tem de ser realizadas de forma inteligente e eficiente, alinhadas a um ambiente econômico favorável.

A complexidade contratual do modelo PPP requer um processo de maturação que implica transformações nas instituições e no comportamento dos gestores públicos e privados¹⁰⁵. Outro fator a ser observado é a dificuldade do Estado em atrair empresas privadas interessadas e a fragilidade da *accountability*¹⁰⁶. Isto porque, país atrativo é aquele que possui estabilidade política e econômica, e que incentiva investimentos constantes em

¹⁰⁴ CINTRA, 2014, p. 47.

¹⁰⁵ MALIK, 2016, p. 159.

¹⁰⁶ O déficit dos orçamentos públicos (ambiente recessivo generalizado), acaba por inviabilizar muitas operações de despesa pública de estímulo à economia e, em muitos casos, tem o efeito de acelerar a degradação da situação econômica dos contraentes da Administração Pública. Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 12.

infraestrutura¹⁰⁷. Definitivamente este não é o cenário atual brasileiro, sendo difícil transmitir ao investidor segurança e confiança de que seu capital estará sendo utilizado de maneira coerente, atingindo os objetivos sociais projetados e garantindo o retorno de tais investimentos.

A capacidade de endividamento do ente público, é outro enorme perigo nas PPP. É importante que sejam feitas pelas razões certas e não como soluções contabilmente criativas para driblar limitações fiscais.

Outro desafio está relacionado ao engessamento das políticas públicas, uma vez que por ser um contrato complexo, onde compromissos de longo prazo são assumidos para com o parceiro privado, não permitem que os governos reorientem a estratégia em resposta as mudanças estruturais e conjunturais caso se materializem durante o período de vigência dos contratos. Ou seja, estes contratos de longo prazo conectam gerações e as amarram a um compromisso assumido por uma determinada gestão¹⁰⁸. Como resultado são extremamente arriscados quando o poder público não tem capacidade e não se estrutura, sobretudo quando padrões futuros de desenvolvimento podem não gerar receitas sustentáveis.

Frisa-se que quando a gestão dos contratos é realizada sem a devida preocupação com a sustentabilidade do contrato no longo prazo, com a manutenção da lógica de compartilhamento de riscos e com a busca pela maximização da eficiência e dos benefícios das PPP e concessões, é possível que esses projetos apresentem piores resultados comparados as contratações públicas tradicionais.

Desta maneira, pode-se dizer que o sistema brasileiro ainda está se ambientando (período de maturação) aos desafios supramencionados, acerca dessa modalidade de contratação. Reconhece-se que este é um longo e profundo trabalho de estudo, planejamento e monitoramento de resultados. Entretanto, observados os devidos pontos de atenção, vale acreditar que essa modalidade de contratação poderá proporcionar significativa transformação na qualidade da infraestrutura, de forma a aumentar o nível do serviço público prestado.

¹⁰⁷ Vale dizer que a infraestrutura brasileira tem sido tocada essencialmente por capital nacional, sendo o BNDES é o grande provedor de recursos, vez que investidores estrangeiros não se sentem atraídos pelo mercado.

¹⁰⁸ Este é o risco político inerente às trocas de gestão ao longo da vida de um contrato de PPP.

3. OS DESAFIOS DO MODELO DE PARTILHA DE RISCO QUE CERCAM AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PORTUGAL E NO BRASIL.

3.1 Parâmetro geral.

Como tem sido sublinhado, as PPP surgiram, não só em Portugal, como nos demais países da Europa e no Brasil, diante da necessidade de aprimoramento da utilização dos recursos públicos para a realização de obras e serviços de infraestrutura, como forma de garantir o desenvolvimento e o crescimento econômico.

A limitação dos recursos orçamentários disponíveis, aliados à crescente demanda social por infraestruturas e serviços públicos são um dos grandes problemas existentes a que se deve administrar. Esta tensão exacerbada é comum em países em desenvolvimento, ante sua insuficiente capacidade para angariar fundos. Como exemplo pode-se citar o Chile nos anos 90 e o Brasil, os quais ilustram o impacto negativo da falta de investimento em infraestrutura no potencial de crescimento econômico¹⁰⁹.

No contexto da atual crise econômica, os governos estão cada vez mais sob pressão para encontrar respostas rápidas a questionamentos sobre a manutenção dos serviços públicos e o financiamento de infraestrutura.

Entretanto, importante sublinhar que a modernização e/ou aperfeiçoamento da dita infraestrutura, deve ser acompanhada de desenvolvimento, pois crescimento sem desenvolvimento é mera modernização, que não contribui para melhorar as condições de vida da população, “maquiando” a realidade. Desta maneira não dá para deixar de contextualizar as PPP dentro do cenário de retração do Estado, surgindo como solução ante a falta de recurso em investimentos públicos¹¹⁰.

De tal modo, as PPP como nova forma de associação envolvendo o Estado e a iniciativa privada, vêm se impondo gradualmente, antes de mais nada, como configurações

¹⁰⁹ Em 2005, a meta de déficit orçamentário do Brasil foi fixada em 4%, em uma tentativa de reduzir a dívida pública abaixo do limite de 50% em 2007. Essa austeridade fiscal se reflete em um declínio acentuado no investimento público de 3,2% do PIB no período 1996-1998 para 2,5% do PIB entre 1999 e 2004, enquanto o investimento privado não assumiu. Apenas um quarto da rede rodoviária está em um foi considerado satisfatório; Mais de 80% das estradas não foram renovadas há pelo menos dez anos. Cfr. MARTY et al., 2006, pp. 24/25.

¹¹⁰ Cfr. NOHARA, 2014, p. 189.

organizacionais híbridas¹¹¹ sujeitas a várias considerações, embora essencialmente de cunho ideológico, político, orçamentário, econômico e, mais recentemente, gerencial¹¹². Essas formas híbridas de organização, são projetadas para compartilhamento de risco e coprodução, no sentido que elas reformaram e transformaram a prestação de serviços.

Eis que essa parceria entre o setor privado e a Administração Pública tem a função precípua de promover a melhoria do desempenho da prestação de serviço público, articulando através de regras seguras e atrativos econômicos, a participação colaborativa dos agentes privados, juntamente com o aporte de recursos financeiros e tecnológicos na consecução do interesse público de que, em termos de eficiência, com raras exceções, carece a Administração Pública¹¹³.

Desta forma, ao determinar a construção de um ativo, seja ele uma infraestrutura, ou a prestação de um serviço público o Estado, ao invés de o fazer utilizando suas instituições, estabelece um contrato com uma entidade privada que se compromete a construir a infraestrutura e operá-la durante determinado período de tempo.

O grande número de infraestruturas realizadas em Portugal, a partir dos anos 90, deve-se a este modelo de contratação, através do qual foram construídas autoestradas ligando o norte ao sul do país e o interior ao litoral; o comboio passou a circular na ponte sobre o Tejo; abriram-se novos hospitais, sem quaisquer custos imediatos para o orçamento do Estado.

Entretanto, um país com cerca de 10 milhões de habitantes pensou, primeiramente, de forma errônea, em uma demanda que não existe; não tomou cuidado com o problema de endividamento que as PPP geram¹¹⁴. Por isso a necessidade de estudos

¹¹¹ WIESEL, Fredrika; MODELL, Sven. From new public management to new public governance? Hybridization and implications for public sector consumerism. *Financial Accountability & Management*, 30(2), p. 175–205, 2014, p. 177, definem hibridização "como o processo através do qual elementos de diversas lógicas de governança são integrados em configurações específicas de contexto de práticas de governança". Portanto, uma entidade privada envolvida com um órgão público no modelo PPP deve enfrentar e equilibrar suas necessidades de interesse / lucratividade com a exigência da responsabilidade de proteção ao interesse público, divulgações aprimoradas e transparência.

¹¹² MAZOUZ, 2009/2, p. 217: Ce questionnement couvre des niveaux d'analyse multiples : les PPP, comme nouvelle forme d'association impliquant l'État et l'entreprise privée, se sont progressivement imposés, d'abord et avant tout, comme configurations organisationnelles hybrides 15 soumis à des considérations diverses, quoiqu'essentiellement idéologiques, politiques, budgétaires, économiques et, plus récemment, managerielles.

¹¹³ GASPARINI, 2012, p. 468.

¹¹⁴ A grosso modo, pode-se comparar que as PPP funcionam mais ou menos como um cartão de crédito, ou seja, o particular, se tiver de executar a obra, o faz as suas expensas, e só depois, quando o serviço posterior a obra estiver disponibilizado é que vai receber.

e projeções claras, concretas que irão indicar se realmente é o caso de PPP e se valerá a pena contar com essa vantagem financeira de alavancagem do particular¹¹⁵.

Consideradas instrumentos com potencial para assumir um importante papel no cenário do investimento público, dado o internacionalismo do instituto, as PPP caracterizam-se pela complexidade e pelo envolvimento de múltiplos interesses. No entanto, para cumprir esse papel, é preciso superar alguns aspectos que se apresentam como entraves à sua expansão e consolidação.

Neste contexto, muito se discute acerca dos reais benefícios das parcerias, pois desde sua implementação, e como já mencionado no capítulo anterior, diversos são os desafios em sua execução. É possível encontrar dificuldades operacionais em graus variados de complexidade de um setor ou de um projeto para outro. Ousa-se dizer que dentre todas as restrições já elencadas, a falta de capacidade institucional para o planejamento, a produção de estudo e projetos de qualidade; o desenvolvimento ineficaz na avaliação do *Value for Money*, que deve demonstrar o custo-benefício do projeto; acrescendo as questões de orçamento e de implementação; performance inadequada da concessionária e a precária gestão dos riscos com falhas na dimensão e no seu compartilhamento, estão entre os principais empecilhos, e porque não dizer, desafios envolvendo a operação dos projetos desta modalidade.

Por ser um contrato de longo prazo envolvendo serviços complexos, alguns riscos decorrem do arranjo contratual e financeiro do próprio contrato, e outros estão mais relacionados ao impacto orçamentário e à duração dos compromissos contratuais gerados.

Em suma, tais considerações permitem inferir que, ao longo do processo de contratação – que pode levar em média de 2 (dois) a 6 (seis) anos, dentre inúmeros fatores importantes, o modelo de partilha de risco é um elemento-chave, tendo como dificuldade lidar com a incerteza no contexto da avaliação do *VfM*, pelo que será o objeto de estudo das páginas a seguir.

¹¹⁵ Ponto crucial é, antes de iniciar uma PPP, verificar rigorosamente o custo real aos contribuintes e também orçar quanto este serviço custaria se fosse feito pela forma clássica, a fim de verificar qual sistema é mais barato e eficaz para a disponibilização de um serviço de eficiência e qualidade.

3.2 O modelo de partilha de riscos.

3.2.1 Desenvolvimento do estudo *Value for Money* e o Comparador do Setor Público.

Ao promover a relação entre ente público e privado a PPP conjuga diferentes propósitos: o parceiro público define os objetivos para alcançar o interesse público, através da qualidade dos serviços a serem prestados e da política de preços, enquanto o particular almeja o retorno financeiro, leia-se, lucro. Esta vantagem colaborativa de aptidões chama-se *Value for Money* - *VfM*.

A expressão *VfM*, da forma como é concebida para as PPP, é de origem anglo-americana, mais especificamente nas inglesas *Private Finance Initiative* ¹¹⁶. Representa uma análise comparativa preliminar acerca da melhor forma como determinado empreendimento será concebido: se exclusivamente pelo poder público, ou com a participação da gestão privada - no caso, do parceiro privado. Nas palavras de Fernando Vernalha Guimarães, o *VfM* foi concebido como um fator de mensuração da eficiência na gestão de empreendimentos públicos (e no emprego de recursos públicos), a partir de uma análise comparativa entre gestão estatal e gestão privada¹¹⁷.

O Juiz Conselheiro Carlos Moreno define o *VfM* como “a eficiência e a eficácia da decisão de contratar”, ou seja, é a medida de utilidade do dinheiro gasto o que significa, considerar os conceitos de eficiência (assegurar custos baixos) e eficácia (atingir o objectivo)¹¹⁸.

Segundo Shaoul (2005), o *VfM* também está associado aos três “Es”: economia, eficiência e eficácia¹¹⁹.

¹¹⁶ AZEVEDO, 2015, p. 263. A Prosecação de “*Value for Money*” é um princípio geral da Administração pública britânica elevado à categoria de valor inerente à missão do serviço público. No que respeita às parcerias com o sector privado importa ir mais longe e actuar de forma proactiva no sentido de alcançar o “*Best Value for Money*”, tendo este exercício vindo a ser objecto de sucessivos desenvolvimentos metodológicos inspirados nas técnicas de “benchmarking”, tal como a construção de comparadores do sector público para aferir o ganho de valor em relação à melhor oferta privada.

¹¹⁷ GUIMARÃES, 2012, p. 312, ainda infere que o *Value for Money* não é a escolha de bens e serviços baseados no orçamento mais barato, e sim uma forma de valorização do dinheiro público, com o contínuo aperfeiçoamento em seus serviços e funções públicas, concedidas ao privado, obedecendo uma combinação de economia, eficiência e eficácia. É o dever de prestar serviços de melhor qualidade a um custo acessível.

¹¹⁸ AZEVEDO, 2014, pp. 20/21.

¹¹⁹ SHAOUL, Jean. A Critical Financial Analysis of the Private Finance Initiative: Selecting a Financing Method or Allocating Economic Wealth? *Critical Perspectives in Accounting* 16(4), pp. 441-471, 2005, p. 448.

É considerado um dos critérios mais utilizados para garantir a eficiência na utilização dos recursos públicos e a transparência na execução dos contratos. Os estudos de viabilidade e o exame de oportunidade que fazem da análise do *VfM* devem ter como resultado a comprovação de que a utilização da PPP resultará na redução dos custos e melhoria da qualidade dos serviços.

Entretanto, o *VfM* não significa necessariamente a escolha de serviços públicos com base num orçamento mais barato. A valoração do *VfM* pode levar em consideração fatores subjetivos, ligados ao respaldo social decorrente da exploração do serviço pela iniciativa privada, não se restringindo a critérios eminentemente técnicos e financeiros¹²⁰.

Diz-se, portanto, que a criação do *VfM* visa a eficiência econômica do contrato e de sua sustentabilidade econômica, com adequada utilização do dinheiro público. Ou seja, não se trata da mera escolha pelo menor preço, mas sim do preço que embora seja mais baixo o é pela quantidade e qualidade de serviço pretendida. De fato, o custo de financiamento do setor privado é maior que o público. Desta maneira, a utilização das competências deste setor privado, em regra, deve resultar em uma maior eficiência, uma vez que estará responsável pelos custos de forma geral (construção e manutenção) e pelos riscos daí advindos, devendo assumir a responsabilidade pelas perdas financeiras¹²¹.

Considerado um dos principais instrumentos regulatórios vocacionados a incrementar a eficiência nos contratos administrativos de PPP, diz-se que um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar. Adequado é atribuir os riscos, de acordo com a sua natureza, à parte apta a custos mais baixos, a fim de reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se materializar, ou, não sendo isso possível, de mitigar os prejuízos resultantes¹²². Trata-se, portanto, de associar certos riscos à parte que detém maior controle sobre sua gestão ou sobre as consequências de sua materialização (controlar, influir na redução dos impactos e orientar suas consequências).

¹²⁰ Nas palavras de SARMENTO, 2013, p. 15, o *Value for Money* baseia-se não no menor custo de aquisição/produção, mas sim na máxima eficiência dos gastos públicos. Isso significa que, quando se opta por realizar um investimento público através de uma PPP, procura-se maximizar a utilidade dos dinheiros públicos. Garantir que o dinheiro dos contribuintes é aplicado da forma mais eficiente possível.

¹²¹ CRUZ e MARQUES, 2012, p. 47. É através da assunção de risco pelo parceiro privado que este é incentivado a desenvolver uma gestão desejavelmente mais eficiente e inovadora do que a gestão pública. Ao assumir mais risco, o parceiro privado incorre em potenciais perdas e, desta forma, maximizará a eficiência produtiva. Este é o princípio basilar das PPP.

¹²² GUIMARÃES, 2012, p. 296; e SILVA, 2016, p. 55.

Abre-se um pequeno parêntese para ressaltar que o princípio da eficiência é uma solução normativa apta a produzir benefícios econômicos ao Estado. Como critério de ação administrativa, estabelece que a Administração pautе suas escolhas com base em indicadores de sustentabilidade, análise custo – benefício, além da gestão do risco, e entende que este parâmetro vale não apenas para as opções adotadas em matéria de promoção das tarefas, mas também como instrumento prioritário para a seleção dos *inputs* e *outputs* administrativos, ou seja, como parâmetro das decisões de privatização material das tarefas de interesse público (antes administrativas) e de privatização funcional das tarefas (ainda) administrativas.

Surge no plano constitucional português de forma expressa, como parâmetro de organização do setor público no art. 81, “c” e como critério de funcionamento dos mercados assegurados pelo Estado no art. 81, “f”. No ordenamento jurídico brasileiro está inserido no art. 37, caput da CRFB/88, entre os princípios basilares da administração pública - garantias fundamentais, que regem a atuação do servidor/gestor de forma a proporcionar segurança jurídica ao indivíduo e a organização da sociedade.

Inegável, indispensável e dever do Estado é a prestação de serviço público eficiente, célere e com custo reduzido, cabendo a todo agente público a realização deste com presteza, perfeição e rendimento funcional. Este é um postulado constitucional inerente ao princípio da eficiência, norteador do modelo das PPP e que deve presidir a repartição de riscos nesses contratos.

Desta maneira, retomando o ponto anterior, a eficiência da PPP ocorre quando seu custo global for menor comparado aos custos dos contratos tradicionais, estando abrangidos no custo total do projeto os custos de concepção, construção e de manutenção e operação, assim como a gestão dos riscos. De outra forma, o *VfM* depende da eficiência da prestação de serviço pelo privado em contrapartida a da prestação pelo setor público. Para isso, o custo ao longo da vida do projeto deve ser mais baixo quando executado pelo privado, dado seu potencial de gerenciamento de perda, ou seja, sua capacidade financeira de responder caso algo corra mal, o que acarretará a diminuição de receitas e consequente perda de lucro.

Dentro dessa explanação, percebe-se que avaliação preliminar do *VfM* ajuda a identificar e quantificar riscos, o que é um passo essencial para uma negociação eficaz. Entretanto esta não é uma regra de decisão que poderá garantir que o uso do mercado de

parcerias será de fato e inevitavelmente o mais eficaz, mas sim uma ferramenta para ajudar na negociação. Da mesma forma, a realização do *VfM* continua sendo um aspecto central da determinação do sucesso da PPP tanto na implementação anterior como posterior ao projeto¹²³.

A alocação ótima do risco é um dos determinantes mais importantes para a conquista do *VfM*. Alguns riscos devem ser assumidos pelo setor público, enquanto outros riscos devem ser compartilhados entre os setores público e privado, de forma que boa parte da literatura indica que os riscos específicos do projeto sejam alocados ao setor privado.

Ao avaliar os riscos que poderão ser transferidos, a entidade promotora do empreendimento deve estar orientada para uma distribuição ótima deste, em contraposição à transferência máxima do risco para o setor privado. O parceiro privado vai querer cobrar por cada risco assumido, pelo que a transferência do mesmo deverá ser baseada no *VfM* que poderá ser criado¹²⁴.

Grimsey e Lewis consideram a transferência de risco e o Comparador do Setor Público (CSP) como os determinantes mais importantes¹²⁵. Da mesma forma, de acordo com a OECD (2008), para as PPP entregarem *VfM*, a transferência de risco e a concorrência são fatores determinantes. Assim, para uma PPP fornecer *VfM*, um risco suficiente deve ser transferido para o parceiro privado

Joaquim Miranda Sarmento atesta como principais críticas às PPP, no que concerne ao *VfM* quatro aspectos: 1) o sector privado assume poucos riscos, tendo assim, poucos incentivos a ser mais eficiente; 2) a própria complexidade da análise, avaliação e alocação dos riscos torna difícil a avaliação da eficiência das PPP; 3) quando se compara os custos da contratação tradicional com os custos da PPP, as PPP apresentam muitas vezes um custo mais elevado. Esse custo apenas se torna mais barato que o da contratação tradicional quando se inclui o valor financeiro dos riscos transferidos para o privado. Contudo, o cálculo desse valor é muito incerto e subjetivo. Isto faz com que o preço menor

¹²³ OPARA, Michael; ROUSE, Paul. The perceived efficacy of public-private partnerships: A study from Canada. *Critical Perspectives on Accounting*, (article in press), 2018, p. 6. Realization of VfM remains a central aspect of determining P3 success both pre- and post-project implementation.

¹²⁴ SILVA, 2016, p. 243.

¹²⁵ GRIMSEY, Darrin and LEWIS, Mervyn K. Are Public Private Partnerships Value for Money? Evaluating Alternative Approaches and Comparing Academic and Practitioner Views. *Accounting Forum*, n° 29, p. 345-378, 2005, p. 368. Risk transfer is a key element in the PPP-PSC comparison.

das PPP levante muitas dúvidas; 4) a não utilização, ou a utilização incorreta do Comparador do Sector Público, aliado à própria complexidade da metodologia¹²⁶.

Nessa toada, a existência de um CSP é determinante para se aferir o *VfM* das PPP, isto é, a sua eficácia e a sua eficiência enquanto modelo de contratação pública¹²⁷. Este estudo comparativo deve determinar, entre outros, as vantagens em utilizar uma PPP à contratação tradicional, abrangendo critérios de custo, qualidade e compartilhamento de riscos¹²⁸.

Utilizando ainda os ensinamentos do referido autor, o CSP consiste na “análise pelo Estado de quanto custaria o serviço ou a construção do activo se fosse realizado pelo próprio Estado. Ou seja, usando a contratação pública tradicional qual seria, em valor actual líquido, o custo para o sector público. Trata-se assim do custo hipotético e ajustado pelo risco do que seria prestar o serviço ou construir o activo (com o mesmo nível de serviço e qualidade) se fosse realizado por uma entidade pública”¹²⁹.

Deste modo, o CSP deve fornecer dados fiáveis sobre os custos. Não pode prever níveis de receitas demasiado otimistas que, como aconteceu na maioria dos casos das PPP portuguesas, não conseguiram corresponder à taxa de utilização real, tendo como resultado uma eficácia inferior à prevista.

O Tribunal de Contas Europeu recomendou, a fim de assegurar que a PPP é a melhor opção para otimizar os recursos, que os Estados-Membros fundamentassem a seleção da opção PPP em análises comparativas sólidas, através da análise do CSP, proporcionando abordagens adequadas que garantam que essa opção é a melhor para otimizar os recursos, incluindo nos cenários pessimistas¹³⁰.

Portugal e Brasil, apresentaram, em princípio, inexistência e posteriormente, deficiência no cálculo do CSP obrigatório por lei desde 2003 (ordenamento jurídico português), na maioria das PPP realizadas, o que pôs em causa a eficácia económica do

¹²⁶ SARMENTO, 2013, p. 32.

¹²⁷ O CSP é o principal instrumento de gestão para uma avaliação quantitativa do “*Value for Money*” no processo de concurso, avaliação e comparação de propostas. (SILVA, op. cit., p. 123).

¹²⁸ LAFITTE, Michel. Les partenariats public-privé: une clé pour l’investissement public em France. Paris: Revue Banque, 2006, p. 145. L’obligation d’évaluation s’entend à deux niveaux : la possibilité de recourir à ce type de partenariat d’abord, puis la capacité à mener une étude comparative en termes d’avantages à utiliser un PPP par rapport à une formule plus traditionnelle. Outre la capacité à mener une telle étude, qui porte à la fois sur des critères de coût global, de qualité et de partage des risques, se pode aussi celui contrôle ex-post de l’État sur ces opérations.

¹²⁹ SARMENTO, op. cit., p. 33.

¹³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Contas Europeu. Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE, 2018, p. 58.

modelo de PPP, violando as recomendações legislativas nacionais e comunitárias e pondo em causa a eficácia econômico-financeira dos projetos bem como as implicações ocasionadas para o Estado.

Dado este imbróglio, fundamental é a revisão e aprofundamento das regras relativas ao processo de escolha da decisão de investimento público no que se refere às normas relativas à elaboração do CSP, por forma a ultrapassar as referidas insuficiências e fragilidades.

Uma mensuração do *VfM* requer, para além da análise de fatores quantitativos, também os qualitativos. A identificação da proposta que incorpora o melhor resultado obriga a uma interação entre o processo flexível de valoração do CSP, e a consideração ponderada e consistente dos fatores qualitativos associados a cada proposta e que não foram explicitamente valorizados¹³¹. Em outras palavras, a análise qualitativa faz uso das experiências de outros projetos para avaliar o *VfM* e a avaliação quantitativa se baseia no uso do CSP.

Importante que o CSP avalie até que ponto podem ser obtidas poupanças a longo prazo e se uma PPP constitui a opção certa para desenvolvimento de determinada infraestrutura. Paralelamente, busca-se identificar se o *VfM* é alcançado à custa das condições de trabalho, zelando pelo interesse público.

Suficientemente sólidas deveriam ser estas análises. No entanto, inúmeros projetos proporcionam uma análise comparativa falha. Assim, o CSP, que deveria demonstrar se a PPP é a melhor forma de proporcionar a otimização dos recursos, protegendo os interesses públicos e garantindo condições equitativas em relação a métodos de contratação pública, não o faz. Fica claro, portanto, que somente uma análise voltada para a coerência do projeto em sua totalidade, e não em seus detalhes, poderia ajudar seus gestores a passar com sucesso as etapas do próprio projeto.

3.2.2 Conceito e disciplina jurídica da repartição de riscos nos contratos de PPP.

Repise-se, o sistema de repartição de risco é uma das características centrais de um modelo PPP. Por ser um contrato complexo, de grande duração, é necessário identificar

¹³¹ SILVA, 2016, pp. 123/124.

qual a melhor forma de alocação dos riscos entre os parceiros, a fim de minimizar o custo global para desenvolvimento do projeto.

A alocação de risco é uma etapa primordial do procedimento de gerenciamento de risco. A identificação de riscos, sua quantificação, a mitigação e o controle são outras etapas importantes no gerenciamento geral de riscos.

Diversas são as definições de risco. Joaquim Miranda Sarmiento define o risco como variância (diferença) entre o retorno esperado e o retorno obtido. É assim a tentativa de se medir o grau de incerteza na obtenção do retorno almejado numa determinada aplicação financeira ou investimento realizado¹³², ou seja, trata da probabilidade de ocorrência de algo inesperado que possa dificultar ou mesmo impedir a execução do objeto do contrato¹³³. O risco implica problemas ao controle efetivo e eficiente do projeto.

No mesmo sentido é a conceituação de José Manuel Braz da Silva, definindo o risco como a probabilidade de um evento acontecer, que terá como consequência, em caso de ocorrência, a divergência entre as condições atuais do projeto e aquelas que foram previstas, aquando da estimativa de benefícios e custos¹³⁴.

Os riscos estão relacionados, portanto, a probabilidade de ocorrência de potenciais problemas no futuro, de forma a resultarem no agravamento de custos, atrasos ou até mesmo na interrupção do projeto. Podem advir de acontecimentos imprevisíveis ou mesmo mal projetados¹³⁵. Deste modo, ao que tudo indica, parece fazer sentido a premissa de que a correta alocação de riscos seja um dos importantes motivos para a escolha da PPP¹³⁶. Pode-se citar como exemplos de risco aqueles associados à construção, à procura ou à disponibilidade, devendo, segundo este postulado, serem assumidos pelo parceiro mais apto a geri-los¹³⁷.

¹³² SARMENTO, 2013, pp. 20/21.

¹³³ No mesmo sentido é a conceituação de CRUZ e MARQUES, 2012, p. 41, explanando que ainda que seja possível definir um intervalo com um determinado grau de confiança para cada uma das variáveis, existe sempre incerteza no processo. [...] Se existem variáveis, algumas delas cruciais para o sucesso do negócio e cujo comportamento não é possível prever, então existe risco para quem tenciona desenvolver o projeto.

¹³⁴ SILVA, 2016, p. 49.

¹³⁵ Para reforçar ainda mais o conceito de risco, SILVA, op. cit., p. 49, o define como a probabilidade de um evento acontecer, que terá como consequência, em caso de ocorrência, a divergência entre as condições actuais do projecto e aquelas que foram previstas, aquando da estimativa de benefícios e custos.

¹³⁶ HALL, David. ¿Por qué las asociaciones público-privadas (APPs) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública. Reino Unido: Public Services International (PSI), 2015, p. 32. Disponível em <http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56pages_a4_lr.pdf>. La noción de ‘transferencia de riesgo’ desempeña un papel importante en la justificación de las APPs.

¹³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Contas Europeu. Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE, 2018, p. 41.

A repartição de riscos nos contratos de PPP é regida por regras e princípios que não apenas exigem que os contratos sejam planejados para garantir uma alocação eficiente de riscos, mas também exigem a arbitragem *ex ante* de certos riscos.

Além disso, a teoria jurídica sempre se preocupou com a busca de critérios para orientar a alocação *ex post* de riscos, que está relacionada à proteção da equação econômico-financeira dos contratos¹³⁸.

Entretanto, situando-se num plano geral, observa-se que a teoria econômica subjacente à concepção do modelo de PPP, tem maior aproximação a definição dos riscos *ex ante*. Esta pretende uma distribuição eficiente dos riscos de molde a minimizar as perdas e promover associativamente a economia. Isso requer contratos bem elaborados e detalhados – até o limite imposto pela relação custo-benefício do máximo detalhamento das previsões (dado que em projetos estruturais os custos dos estudos de alocação de riscos são extremamente altos)¹³⁹.

A alocação detalhada de riscos é inerente à confecção de todos os contratos de parceria público-privada. O art. 7º do DL nº 111/2012 do ordenamento jurídico português determina que a partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas deve estar claramente identificada contratualmente, devendo reger-se pelos seguintes princípios: “diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos; o estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado; a criação de riscos que não tenham adequada e fundamentada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes deve ser evitada; e 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”.

¹³⁸ Como comenta FERNANDO ARAÚJO na obra Teoria Econômica do Contrato, “parte-se do pressuposto de que a formulação de princípios, dada a sua maior generalidade, será menos custosa *ex ante* (pense-se que eles são mais resistentes à heterogeneidade e à evolução do universo a que são aplicáveis), sendo no entanto que a respectiva aplicação envolve um maior esforço interpretativo *ex post*, e de que o contrário tenderá a suceder com as regras, mais caras de elaborar e promulgar, mais eficientes em termos de custos de interpretação”. (...) “a comparação de ganhos de eficiência e de custos nos planos *ex ante* e *ex post* não permite ser-se muito categórico acerca de uma eventual vantagem absoluta, ou até de uma proeminência teórica, de uma das soluções normativas sobre a outras”. (Coimbra: Almedina, 2007, p. 550/551).

¹³⁹ Essa prática, tanto em Portugal como no Brasil, durante a década de 90, trouxe muitos contratos incompletos, onde decorrido pouco tempo após o início da concessão, logo foram objeto de renegociações.

No mesmo sentido, artigo 4º da Lei 11.079/2004, inovou no regime dos contratos administrativos no Brasil ao estabelecer “a repartição objetiva de riscos” como diretriz fundamental das PPP. O artigo 5º da lei determina que os contratos de PPP devem necessariamente prever “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

Nas PPP, a divisão de riscos entre os parceiros é, portanto, matéria contratual por disposição expressas das leis em regência e concerne à viabilidade econômica do empreendimento e ao binômio encargos *v.s.* remuneração do concessionário¹⁴⁰.

É a própria lei, em ambos os ordenamentos jurídicos, que aponta no momento da contratação, o dever de estruturar a repartição do risco entre as partes, elencando de forma precisa e detalhada os riscos, e a quem será atribuída a responsabilidade pelos eventos negativos, no caso de sua ocorrência.

Se ausente esta capacidade de identificação e compartilhamento adequado dos riscos, implicações financeiras poderão ser ocasionadas ao parceiro público, de modo que poderá haver o comprometimento da realização dos objetivos do projeto, visto que umas das consequências acerca da má gestão da partilha de riscos consiste em menos incentivos para o parceiro privado ou custos mais altos para o projeto e menos recompensas para o parceiro público¹⁴¹.

Destarte, o objeto do contrato de parceria público-privada é fator determinante da alocação dos riscos entre os parceiros, específica para cada parceria. Floriano de Azevedo Marques Neto ensina que cada parceria envolverá uma repartição específica de riscos amoldada à peculiaridade do seu específico escopo. É, pois, importante que se deixe claro o fato de ser inerente às parcerias um regime de riscos compartilhado e absolutamente detalhado em contrato¹⁴².

¹⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15/43.

¹⁴¹ A afetação eficiente do risco permite ao Estado obter o maior valor, para o “*Value for Money*”, pelo aproveitamento das capacidades de todas as partes. Contudo, se a afetação não for eficiente, o Estado poderá pagar mais ou muito mais, relativamente à alternativa de reter o risco. Poderá acontecer que as componentes de um risco particular, sejam atribuídas a diferentes partes (Estado e Privado). Nesta situação, o valor deste risco precisa de ser desmembrado, em conformidade. (SILVA, 2016, p. 119).

¹⁴² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 276-325.

3.2.3 Aplicabilidade da teoria da imprevisão.

Conquanto a teoria da imprevisão seja aplicável a todos os contratos administrativos, é nas PPP que encontra seu “terreno por excelência”, por força da longa duração contratual aliada ao princípio da continuidade do serviço público.

Durante a guerra de 1914-18 a França admitiu a alteração das condições dos contratos administrativos à luz do que então se chamou de teoria da imprevisão, que posteriormente fora sancionada pelos tribunais. Este princípio prevê a assistência financeira pela Administração ao outro contraente nos casos em que a execução de um contrato de longo prazo se haja tornado muito mais onerosa devido a produção de acontecimentos econômicos excepcionais, imprevisíveis no momento do contrato e independentes da vontade das partes¹⁴³.

Alguns autores, a exemplo de Fernando Guimarães Vernalha, sustentam a possibilidade de o contrato de parceria público-privada prever a alocação ao parceiro público do risco normal do negócio – *álea ordinária* -, em contrapartida à assunção do risco decorrente de *áleas extraordinárias* pelo parceiro privado. Todavia a repartição objetiva de riscos não deve alcançar risco previsível decorrente de *álea ordinária esperada*, ainda que o empreendimento seja de alta complexidade¹⁴⁴. A assunção pelo parceiro público do risco inerente à própria atividade empresarial desenvolvida pelo particular contraria os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da razoabilidade e da moralidade administrativa, dentre outros que norteiam a atividade administrativa.

Comum, para proceder a distinção das *áleas*, recorrer, então, à doutrina francesa, a qual disciplina a *álea ordinária* como aquela correspondente aos riscos normais a serem suportados pelo concessionário, e a *álea extraordinária*, sendo esta subdividida em *álea administrativa* e *álea econômica*.

No Direito francês, a *álea administrativa* corre inteiramente por conta do poder concedente. São riscos decorrentes da alteração unilateral das cláusulas da concessão ou de medidas alheias à sua posição "contratual" do concedente, mas que têm impacto particular no equilíbrio econômico-financeiro.

¹⁴³ CAETANO, 2003, p. 201.

¹⁴⁴ GUIMARÃES, 2012, pp. 300/302.

Na França, a *álea econômica* trata dos riscos derivados de situações atípicas, excepcionais e imprevisíveis - como crises econômicas, bloqueio econômico, desvalorização da moeda pelo Governo ou até acidentes naturais, tais como um terremoto, uma grande inundação - que afetam inevitavelmente o equilíbrio da equação e levariam à ruína do concessionário. As perdas decorrentes de tais acontecimentos configuradores da *álea econômica* são, de acordo com a doutrina e a jurisprudência francesas, partilhadas entre a concedente e o concessionário. Em relação a eles é que se invoca a "teoria da imprevisão".

De outra forma, todo evento externo ao contrato, não previsto pelas partes e inevitável, ensejador de um desequilíbrio exacerbado na equação econômico-financeira e causador de onerosidade à continuidade da execução do objeto do contrato estabelecido originariamente é denominado *álea econômica*. Assim, invoca-se a teoria da imprevisão para o restabelecer a equação original estabelecida no momento do ajuste entre as partes.

O Código dos Contratos Público português, estabelece em seu art. 312 a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão não na presença de uma simples alteração das circunstâncias, mas na somatória de três situações: a constatação de uma alteração anormal e imprevisível; que afete gravemente o princípio da boa-fé, e que não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato¹⁴⁵.

Para Diogo Freitas do Amaral o caso imprevisão é a situação em que ocorre uma alteração de circunstâncias tão profunda, em relação à base inicial do negócio, que este se torna ruinoso para uma das partes, intervindo a teoria da imprevisão com a finalidade de assegurar a continuidade do serviço público ou da obra pública, repartindo a *álea* (econômica) pelos dois contraentes ao impor à entidade pública que venha em ajuda da contraparte em dificuldades para lhe permitir prosseguir o cumprimento do contrato¹⁴⁶.

Esta teoria é um instrumento eficiente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos que garante ao particular contratante, num contexto de instabilidade econômica, a manutenção das condições contratuais estabelecidas pela inexecução contratual.

¹⁴⁵ Por seu turno, a fim de reforçar a aplicação da teoria da imprevisão à alínea a) do artigo 312 do Código dos Contratos Públicos, este é o posicionamento de Pedro Costa Gonçalves o qual refere que a modificação do contrato com o fundamento no dispositivo enunciado, consubstancia uma modificação de acordo com a teoria da imprevisão. Direito dos Contratos Públicos, Almedina, Coimbra, 2015, página 568.

¹⁴⁶ AMARAL, 2011, pp. 642 e ss.

A aplicação da teoria da imprevisão funciona como um tratamento subsidiário à pactuação das partes quanto à repartição de riscos extraordinários, quanto maior for o detalhamento acerca da catalogação dos riscos e a atribuição de responsabilidade aos parceiros, menor espaço haverá para a invocação desta teoria. Portanto, deve-se evitar tanto quanto possível previsões vagas e lacunosas¹⁴⁷.

3.2.4 Alocando-se o risco à parte com melhores condições para o seu gerenciamento.

A abordagem de partilha de risco entre os parceiros presente nas PPP, baseia-se na repartição variável de acordo com a necessidade de otimizar a afetação dos riscos envolvidos ao nível de cada projeto, mas sempre garantindo uma transferência significativa de risco para o setor privado, que em tese, tem melhor capacidade de gerenciamento. Este é o diferencial entre a PPP e as outras formas de contratos públicos.

Segundo dados do Relatório do Tribunal de Contas Europeu do ano de 2018, os riscos devem ser suportados pela parte que se encontra em melhor posição para os gerir e para otimizar os recursos¹⁴⁸. Este é o ponto crítico do *VfM* de uma PPP¹⁴⁹. Desta maneira, as recomendações são no sentido que o projeto tenha um plano financeiro sólido, com um nível de certeza razoável para a correta alocação dos riscos, bem como sua gestão rigorosa a fim de que os objetivos do projeto sejam alcançados.

Antes de alocar o risco é preciso analisá-lo. Assim, identificar os riscos deve ser o primeiro passo para sua correta gestão e controle. José Manuel Braz da Silva dispõe que os riscos de um projeto de PPP podem ser afetados por um conjunto de fatores, nomeadamente o tipo e dimensão do projeto, o país onde o projeto será localizado e o modelo de PPP que será implementado¹⁵⁰.

Para um melhor entendimento, atentos à diversidade de riscos envolvidos nesta forma de contratação, optou-se por utilizar a divisão de Joaquim Miranda Sarmiento que os divide em 3 (três) grandes grupos: aqueles retidos pelo setor público, porque a sua alocação ao setor privado seria demasiado onerosa; os que são transferidos para o setor

¹⁴⁷ GUIMARÃES, 2012, pp. 310/311.

¹⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Contas Europeu. Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE, 2018, p. 52.

¹⁴⁹ SILVA, 2016, p. 49; e SARMENTO, 2013, p. 21;

¹⁵⁰ SILVA, op. cit., p. 54.

privado, porque geram incentivos a torná-lo mais eficiente; e os que são partilhados, dada a sua natureza, pois apesar de serem caros, são necessários à eficiência do privado¹⁵¹.

Desta forma, importante realizar uma matriz de risco para identificar, determinar e resumir os riscos do projeto, bem como a quem ficarão alocados¹⁵².

A matriz de risco tem a finalidade de estabelecer a probabilidade de ocorrência de determinado risco e a magnitude do impacto esperado. Assim as partes poderão quantificar, estabelecer um preço e avaliar se terão interesse e/ou condições para suportá-lo¹⁵³.

No caso das PPP, a criação de uma matriz de risco do projeto deve ser elaborada pela entidade pública englobando todos os serviços confiados ao parceiro. O sucesso dos contratos de PPP baseia-se na busca da melhor alocação dos riscos, sejam eles riscos financeiros, de projeto, operação, manutenção, operação, entre outros. Assim, uma mudança nos padrões de construção deve ser supervisionada pelo órgão público, uma vez que é o poder público que os executa.

De acordo com as boas práticas e os princípios de partilha de risco de uma PPP, o risco de insustentabilidade financeira resultante de riscos de construção e de exploração, riscos de mercado, riscos financeiros, riscos de manutenção e dependendo do caso, os riscos de procura, devem ser, tanto quanto possível, transferidos para o parceiro privado, dada sua capacidade de melhor gerenciamento¹⁵⁴. Caso estes riscos fossem alocados à responsabilidade do parceiro público, o concessionário simplesmente não teria qualquer incentivo para exercitar a sua prevenção, investir em materiais de qualidade e na definição de metodologias mais eficazes ou se esforçar para alcançar preços mais vantajosos para os insumos da construção.

Entretanto, há uma discussão relativa ao risco de procura. Este risco questiona se o projeto terá receitas exclusivamente auferidas através de tarifa – pagamento pelos usuários, ou se deve ter algum tipo de subsídio público. Diz-se que se as receitas são

¹⁵¹ Esta é a classificação utilizada por SARMENTO, 2013, p. 39.

¹⁵² Ibidem, p. 22/23 aduz que a matriz de risco deve conter a natureza de cada risco – sejam eles políticos, de planejamento e construção, manutenção, financeiro, de procura ou ainda de renegociação, a probabilidade deste ocorrência, custo, alocação e possíveis mitigações.

¹⁵³ SILVA, 2016, p. 57. A matriz de risco é o instrumento privilegiado, para ilustrar o tipo de riscos que poderão ser incorridos, em cada fase do projeto e ainda qual a posição da entidade pública em relação à afetação dos mesmos.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 56. Vale dizer que a entidade pública é responsável pelos riscos que assume contratualmente. Sempre que determinadas categorias de riscos são difíceis de antecipar, ou de medir as suas consequências, estes poderão ser tratados usando um mecanismo de partilha de risco.

decorrentes apenas do pagamento por parte dos usuários, o particular assumiu o risco de procura. Se, pelo contrário, o pagamento é realizado pelo Estado, independente da procura, o Estado assumiu o encargo deste risco, ficando ao privado apenas o risco da disponibilidade. Deste modo, desde que a infraestrutura ou o serviço esteja disponível, sem qualquer ligação ao número de utilizadores, o privado é remunerado por esta disponibilidade¹⁵⁵. Do ponto de vista do bem-estar social, os parceiros privados devem assumir o risco de procura porque têm carteiras de investimento mais diversificadas e são melhor capacitados ao gerenciamento de risco.

No entanto, é provável que a alocação ideal de risco de receita varie entre projetos, jurisdições e tempo. Sob algumas condições (futuro muito incerto, má qualidade institucional ou alto risco regulatório), o setor público tem que arcar com o risco de receita; a parte privada não está disposta a participar de outra forma.

Ainda no que tange a análise do risco, esta pode ser qualitativa ou quantitativa. A análise qualitativa dos riscos envolve a determinação do impacto que os riscos identificados terão nos objetivos do projeto, bem como a probabilidade de ocorrência e o grau de importância face ao projeto. A análise quantitativa deverá ser implementada ao longo do ciclo de vida do projeto, garantindo assim a atualização dos riscos como forma de minimizar possíveis lesões aos interesses dos usuários ou aos cofres públicos.

Além disso, ressalta-se a necessidade de analisar a sensibilidade do projeto aos riscos e os probabilizar. A análise da sensibilidade das variáveis à incerteza visa determinar as variáveis críticas do projeto. Isto implica diferentes janelas de projeções dos custos e benefícios esperados do projeto¹⁵⁶.

A análise de sensibilidade poderá ser utilizada, para os seguintes propósitos: comparação entre propostas, para avaliar em que medida é que a alteração dos pressupostos, resultará numa diferente decisão de avaliação; determinar a relativa robustez do CSP, relativamente a outras propostas¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Cfr. SARMENTO, 2013, p. 24.

¹⁵⁶ CAMPAGNAC, Élisabeth. Évaluer les partenariats public-privé en Europe. Paris: Ponts et chaussées, 2009, p. 318. L'analyse des risques passent par l'analyse de la sensibilité du projet aux risques et à les probabiliser. Ainsi, l'analyse de la sensibilité des variables à l'incertitude traduit le niveau d'incertitude. Elle vise à déterminer les variables critiques du projet. Ceci implique des scénarios différents de projections des coûts et bénéfices escomptés du projet.

¹⁵⁷ SILVA, 2016, p. 117.

Retomando a repartição dos riscos, este deve proporcionar a otimização dos recursos, de forma a evitar escolhas desequilibradas e custos mais elevados aos parceiros, seja ele público ou privado.

A fim de sustentar o sucesso de uma PPP surge a gestão de riscos, cujo papel é identificar, gerir, conter e eliminar os riscos do projeto, dado o seu impacto na rentabilidade e eficiência.

Desta maneira, a gestão de riscos corresponde a três mecanismos essenciais: identificação, quantificação e redução. Este terceiro passo corresponde a dois tipos de medidas: operacional, por um lado, mas também contratos de segurança para cobrir ativos não redutíveis¹⁵⁸.

Não há de se ir longe, com base nas informações coletadas e aqui apresentadas, que a parte responsável pelas escolhas que influem nos fatores de risco deve ser a responsável pelos prejuízos que derivam de sua materialização.

É evidente que cada parte apresenta condições subjetivas e específicas para gerenciar os riscos, o que significa tanto sua aptidão para se prevenir da ocorrência do risco como para minimizar os prejuízos na hipótese de sua materialização. Isso se reflete em diferentes custos para lidar com o risco, de modo que a opção por alocar o risco a uma ou a outra parte necessariamente repercutirá na estrutura de custos de um contrato de PPP.

O Relatório do Tribunal de Contas Europeu constatou que, apesar de as PPP terem potencial para acelerar a execução das políticas públicas e assegurar bons níveis de manutenção ao longo do seu tempo de vida, foram geridas de forma ineficaz e não proporcionaram uma otimização adequada dos recursos. Frequentemente, os potenciais benefícios das PPP auditadas (França, Irlanda, Grécia e Espanha) não se concretizaram, pois, à semelhança do que acontece com os projetos sujeitos a um procedimento de contratação tradicional, ocorreram atrasos, aumentos de custos e subutilização das realizações dos projetos, o que deu origem a 1,5 mil milhões de euros de despesas ineficientes e ineficazes, das quais 0,4 mil milhões provenientes de fundos da EU.

¹⁵⁸ LAFITTE, 2006, p. 143. La maîtrise des risques, dans une vision assurancielle, correspond à trois mécanismes : leur identification, leur quantification et leur réduction.

O relatório inferiu que as modalidades de partilha dos riscos foram mal concebidas, o que levou a uma repartição ineficaz ou incoerente dos riscos ou a uma excessiva exposição ao risco para o parceiro privado¹⁵⁹.

Por isso, há a necessidade de “fundamentar a seleção das PPP em análises comparativas sólidas sobre a melhor opção de contratação pública”, mas também “garantir a capacidade administrativa necessária e definir políticas e estratégias claras em matéria de PPP para executar com êxito projetos de PPP apoiados pela UE”¹⁶⁰.

Atesta ainda o Relatório do Tribunal de Contas Europeu que poucos Estados-Membros da UE detêm uma capacidade administrativa considerável, com quadros institucionais e jurídicos adequados. O êxito na execução dos projetos de PPP está associado à uma longa experiência na implementação desse tipo de projetos, o que não se verifica.

3.3 Análise das limitações e perspectivas da repartição dos riscos.

As PPP surgiram após um período em que estavam sendo implementadas estratégias de desestatização, regulação e flexibilização da gestão pública, assim como as mudanças no contexto jurídico dos respectivos países. Como a economia estava em dificuldade e as operações de financiamento, por sua vez, reduzidas drasticamente, principalmente para o investimento em infraestrutura, fora criado um ambiente propício à adoção das PPP como mais uma estratégia de atração do setor privado para setores tradicionalmente de domínio público como forma alavancar o desenvolvimento de infraestruturas e melhorar a prestação do serviço público.

As PPP não podem ser vistas como solução para tudo, pois nem sempre serão vantajosas ou adequadas para qualquer tipo de investimento. Necessário é um estudo preliminar bem feito, para analisar a sua real viabilidade.

Por envolverem contratos de longo prazo e de elevado risco por si só, identificar e alocar os riscos de forma eficiente não é uma tarefa fácil, exige uma série de informações

¹⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Contas Europeu. Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE, 2018, p. 58. Em outro momento, o relatório reforça que a repartição dos riscos entre os parceiros públicos e privados foi, com frequência, inadequada, incoerente e ineficaz, ao mesmo tempo que as elevadas taxas de remuneração (até 14%) do capital de risco do parceiro privado nem sempre refletiram os baixos riscos suportados.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 12.

técnicas, que nem sempre estão disponíveis. Assegurar a sustentabilidade dos projetos de PPP requer inúmeros estudos e análises conclusivas acerca do modelo financeiro a ser concebido¹⁶¹.

Vale dizer que pela falta de um estudo mais detalhado acerca dos riscos e custos, que não são perceptíveis de forma imediata, vários projetos foram implementados sem uma análise do real custo-benefício - *VfM*. Assim, a escolha dos investimentos foi pouco criteriosa, de forma que houveram investimentos públicos sem racionalidade econômica ou social, mas apenas política¹⁶².

Verifica-se nas PPP uma excessiva superestimação diante de sua massificação, implementação desordenada, ausência de estudos que suportem o seu benefício econômico-financeiro e decisões puramente políticas que se sobrepuseram, em alguns casos, à eficiência, à eficácia econômica e à satisfação da necessidade pública dos projetos.

A definição estratégica e operacional da assunção e transferência de risco tem de ser devidamente realizada a fim de revelar previsões sérias e não falaciosas. Quer isto dizer que o Estado ao utilizar o CSP, deve realizar o estudo de viabilidade econômico-financeira do projeto de PPP, bem como atualizá-lo, caso necessário. Deve ser prudente, tendo em consideração os elevados encargos destes projetos, vez que em sua maioria são assumidos pelas gerações futuras. Relembra-se que o CSP tem o objetivo de verificar a forma mais vantajosa, ou seja, se em termos de custo para o Estado, o ideal é a PPP, ou o desenvolvimento pela via tradicional - direta e exclusivamente pelo setor público.

A emergência do mercado de PPP apareceu como uma opção particularmente atrativa para governos condicionados por restrições de natureza financeira e fiscal, diga-se Portugal e Brasil. No entanto, a considerar a curta experiência nestes países verifica-se dificuldades dos governos para com os estudos técnicos e a gestão dos projetos. Por esta razão, o Estado deve munir-se de quadros técnicos qualificados e com experiência neste tipo de contratação como forma a fortalecer a sua posição negocial com os parceiros privados¹⁶³.

¹⁶¹ GUIMARÃES, 2012, p. 311.

¹⁶² SARMENTO, 2013, p. 27.

¹⁶³ KEERS, Bianca B.M; Keers, FENEMA, Paul C. van. International Journal of Project Management. n °36, p. 861–875, 2018, p. 869. Arrangement of meetings between functional specialists, security of effective inter- and intraorganisational communications, and coordination of business efforts between partners. These activities are key for a consistent approach for managing the development process of the partnership.

É preciso que haja transparência e planejamento em relação aos riscos do projeto que serão assumidos pelo parceiro privado. Regras claras, riscos mensuráveis e incentivos financeiros compatíveis são determinantes para uma análise técnica de bom senso por parte dos administradores, sendo indispensável para que se atinjam resultados satisfatórios.

A contabilização desses dados está sendo feita de forma lenta, de acordo com as experiências que vem sendo obtidas em âmbito interno durante este, ainda breve, período de execução, de forma que não há uma experiência pretérita relevante que oriente de forma fidedigna a alocação de riscos. O Estado demonstra despreparo no gerenciamento desses contratos e, portanto, não é possível dotar dos meios e dos custos¹⁶⁴.

Via de regra, os riscos do Estado assumidos com os contratos de PPP decorrem das cláusulas contratuais. Estas cláusulas mencionam situações que podem ser compensadas pelo Estado, e assim, as concessionárias apresentam suas reservas legais quanto à necessidade de restabelecer o equilíbrio financeiro dos respectivos contratos.

Como mencionado anteriormente, o parceiro privado é frequentemente responsável pelos riscos associados à concepção, à construção, ao financiamento, à exploração e à manutenção das infraestruturas, enquanto o parceiro público assume normalmente os riscos regulamentares e políticos¹⁶⁵.

Um risco premente é a preocupação no retorno do investimento de longo prazo, que está aliado ao risco político do projeto. Apresentar proposta e ser licitante em um contrato de longo prazo – em média de 35 anos, que envolve elevado risco, uma vez que o setor público durante a execução do contrato passa por diferentes gestões de governantes, com a possibilidade das regras sofrerem alterações, é um problema recorrente, especialmente nos países em desenvolvimento. Há uma desconfiança do setor privado acerca da possibilidade de o Estado ter capacidade para cumprir o pagamento a médio e longo prazo, pelo que requer a busca por mecanismo que façam uma diminuição desse risco¹⁶⁶.

¹⁶⁴ MORTÁGUA, 2015, p. 136. Desta forma, merece um estudo aprofundado acerca dos desafios, viabilidade e eficácia de se recorrer a esse instituto é essencial. Para ser legítima e promissora não pode conter vícios que venham a prejudicar a sua efetiva implementação, de modo a trazer embaraços e prejuízos aos parceiros e, consequentemente, à própria coletividade.

¹⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Contas Europeu. Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE, 2018, p. 14.

¹⁶⁶ Ressalta-se que ao lançamento simultâneo de várias PPP é necessário averiguar a limitação do capital, e priorizar os projetos de maior relevância, visto que são longos e complexos, de forma a coibir o lançamento daqueles não-prioritários.

Deste modo, os gestores públicos, executivos e consultores deveriam se dedicar a construir modelos de maior qualidade, com boas garantias aos financiadores, bons projetos e estudos bem feitos, devendo ser este o ponto de partida para o êxito deste instituto. Entretanto, aparentemente houve uma falha coletiva, geradora de diversos contratos de PPP problemáticos.

A debilidade financeira pela qual o país passa gera incertezas ao setor privado. Vários aspectos, como o endividamento, a carência de poupança e os déficits constantes, geram um ambiente de muita insegurança e tornam necessária a criação de grandes estruturas que possam oferecer garantias a operações de alto custo e grande complexidade financeira, fazendo com que garantias adicionais sejam exigidas.

Elementar na alocação de riscos é que, como pode-se perceber ao longo da explanação, os riscos mesmos devem ser assumidos por quem melhor possa administrá-los ao menor custo. Essa premissa pode ocorrer sob duas formas: a responsabilidade do parceiro em influenciar os fatores de risco, podendo-se citar como exemplo os riscos de construção e operação, claramente influenciados pelas atitudes do parceiro privado; ou a responsabilidade do parceiro em expor o projeto aos fatores de risco, que resulta das oscilações das taxas de juros e câmbio.

A escolha da forma pela qual será recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando da materialização dos riscos pelos quais o parceiro privado está protegido é primordial, devendo ser clara, a fim de evitar conflitos e disputas que imponham custos ao projeto.

As PPP não implicam que o parceiro privado, necessariamente, assumira todos os riscos, ou a parte mais importante dos riscos decorrentes da operação. A distribuição precisa dos riscos efetuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir. No Brasil, que é um país em desenvolvimento, o risco político é extremamente relevante, ainda mais pela atual crise político-econômico-financeira vivenciada. Em 2015 a crise política e financeira se agravou e, portanto, cortes orçamentários foram feitos em todas as esferas administrativas. A instabilidade inflacionária brasileira só aumenta o potencial desse risco, por conta da indexação que ainda ocorre na economia brasileira. Essa combinação impõe uma rigidez ao processo inflacionário, traduzida na resistência em termos de redução dos níveis de preço¹⁶⁷.

¹⁶⁷ CINTRA, 2014, p. 48.

Sem adentrar ao caso, mas por outro lado, não podendo omiti-lo, fatos associados às PPP e investigados no âmbito da operação Lava Jato¹⁶⁸ acusam uma falta de transparência e compromisso político com o modelo, onde além de garantias e privilégios, pagamentos irregulares estão associados a obtenção de maior capacidade de persuasão e influência perante os formadores de opinião ou tomadores de decisão com responsabilidades durante o ciclo de vida da PPP. Evidente foi a falta de transparência, pautada em relações promíscuas e, por consequência, a falta de eficiência nos projetos. A gestão de contratos de PPP tem de garantir a eficácia das regras estabelecidas entre as partes, evitando comportamentos oportunistas. Desta forma a crise de credibilidade, segurança e confiança afetou as PPP.

O que se vê são manobras para práticas ineficientes. As avaliações realizadas pelos parceiros públicos e privados e pelos mutuantes não impediram a elaboração de cenários excessivamente otimistas quanto à procura e utilização futuras da infraestrutura planejada, resultando, assim, numa otimização dos recursos e numa eficácia inferior à esperada¹⁶⁹.

A título de informação, Portugal é o país europeu com o maior percentual de PPP, quer em relação ao PIB, quer em relação ao orçamento do Estado. Existiam até 2014, 36 grandes PPP em Portugal e mais de uma centena de pequenas parcerias. 80% do investimento foi feito no setor rodoviário, 18% no setor ferroviário, 2% do investimento na saúde e 1% na segurança, com o SIRESP - Sistema Integrado de Redes de Emergência e Segurança de Portugal¹⁷⁰.

A citar estatísticas, a Lusoponte, em 18 anos de existência, foi renegociada por 9 vezes tendo a primeira renegociação (FRA I) ocorrido na mesma altura da assinatura do contrato de concessão e a última (FRA IX) em março de 2012. No setor de telecomunicações, quase 40% dos contratos foram renegociados. Na América Latina, 53%

¹⁶⁸ A Operação Lava Jato é um conjunto de investigações em andamento pela Polícia Federal do Brasil, iniciada em 2014, com vista a apurar um esquema de lavagem de dinheiro que movimentou bilhões de reais em propina. Atualmente é considerada a maior investigação de corrupção da história do país.

¹⁶⁹ O Metro Sul do Tejo (MST) também teve, em 2011, o tráfego estimado de forma excessiva, fica mais uma vez provado que os estudos que serviram de base para a sua contratação foram sobrestimados produzindo efeitos negativos para o Estado concedente com a agravante de nunca se ter integrado plenamente este serviço de transporte no sistema do passe social intermodal, mantendo-se assim o recurso ao transporte rodoviário em detrimento de um uso generalizado do MST. Por seu turno, a Via do Infante também fora sobrestimada. Pensou-se que as estradas teriam o mesmo tráfego, independente das portagens a serem cobradas, como se o tráfego se mantivesse, o que não ocorreu.

¹⁷⁰ SARMENTO, 2013, p. 51.

das concessões de transporte e 76% das concessões de água foram renegociadas, em média, 3,1 anos e 1,6 anos, respectivamente, após a assinatura do contrato¹⁷¹.

Desse modo, depreende-se que as PPP são alvo de excessivo número de renegociações, que a princípio não seriam um problema, mas uma forma de readaptar o contrato ou as compensações previstas à nova realidade. Porém, terminam quase sempre em um acréscimo das despesas, gerando agravamento dos encargos públicos. Em vista disso, detecta-se que a posição negocial do Estado face aos parceiros privados, no que diz respeito às PPP, é deficitária. O Estado carece de uma estrutura técnica forte e especializada neste tipo de contratação que defendesse com absoluto e inquestionável rigor o interesse público.

As PPP em Portugal tem sido uma forma do Estado transferir sistematicamente dinheiro para os privados¹⁷². A primeira PPP, que foi a Ponte Vasco da Gama foi inaugurada em março de 1998. Em 2001 há um relatório do Tribunal de Contas que diz que em compensações diretas ao concessionário, em acordos de reequilíbrio financeiro, já tinham sido pagos tanto quanto o valor da ponte. Ou seja, em 2001 a ponte já havia sido paga duas vezes. Depois disso já houveram outros acordos de reequilíbrio financeiro entre o Estado e a Lusoponte¹⁷³.

De acordo com as informações supramencionadas, os resultados mostram que fatores humanos, políticos e organizacionais influenciam simultaneamente o desempenho do projeto de parceria os seus resultados.

Posto isto, após todas as considerações aduzidas, em recente publicação, Joaquim Miranda Sarmiento e Luc Renneboog, com base em investigação acadêmica catalogaram as

¹⁷¹ MARTY et al., 2006, p. 30. Les contrats de partenariat sont des contrats de très longue durée, mais il apparaît que les termes du contrat sont bien souvent remis en cause avant terme. Ainsi, dans le secteur des télécommunications, près 40% des contrats ont fait l'objet de renégociations [Guasch, 2011]. En Amérique latine, 53% des concessions de transport et 76% des concessions d'eau ont fait l'objet de renégociations en moyenne respectivement 3,1 ans et 1,6 an après la signature du contrat [Guasch, Laffont et Straub, 2003].

¹⁷² NUNES, António Avelãs. A crise do capitalismo: capitalismo, neoliberalismo, globalização. 6ª ed. Lisboa: Página a Página, 2013, p. 142. Somam muitas dezenas de milhões de euros os compromissos assumidos pelo estado português, por força dos contratos leoninos das PPP, para com os seus parceiros privados, aos quais são garantidos lucros elevados independente do volume dos serviços prestados.

¹⁷³ Por outro turno, citando o exemplo português no que tange ao uso de um sistema nas PPP rodoviárias que se chama SCUTs (sem cobrança para os utilizadores), onde embora o serviço de rodovia pudesse ser explorado com a cobrança do usuário, optou-se por um sistema diferente, onde quem pagaria o particular era o próprio governo português e não o usuário da rodovia - o dinheiro para pagamento do particular vinha dos impostos. Deste modo há uma receita de todos para custear uma atividade que é de poucos, ou seja, dos usuários da rodovia. Com isso houve uma sobrecarga do poder público no momento em que as demandas de usuários não corresponderam com aquilo que estava contratado e, conseqüentemente a necessidade de contraprestação do poder público subiu, porque a demanda de passagem não chegou a ser totalmente atingida.

seguintes razões pelas quais as PPP não oferecem *VfM* suficiente: “(i) o sector privado assume poucos riscos e, portanto, tem poucos incentivos para melhorar a gestão e a eficiência; (ii) o risco é um conceito ambíguo e complexo, levando à incerteza de avaliação; (iii) os métodos utilizados para avaliar os riscos são considerados incompletos, já que o sector público geralmente adota ferramentas de avaliação simples, muitas vezes com base numa abordagem qualitativa; (iv) o comparador do sector público favorece as PPPs por causa de uma "propensão para o optimismo" (“*optimism bias*”) ou o uso de taxas de desconto excessivamente baixas; e (v) PPPs geralmente mostram apenas *VfM* depois de considerar o risco transferido para o setor privado. Por isso, não só as incertezas quantitativas e os riscos quantificáveis conduzem a contratos de PPP “míopes”, mas a opacidade é reforçada pela falta de ferramentas confiáveis para medir objetivamente o valor para o dinheiro nas PPPs. Mais uma vez, isso pode lançar as sementes para exigências de revisão e renegociação de contratos PPP ao longo do tempo”¹⁷⁴.

Sabe-se que a repartição de riscos entre as partes será feita respeitando a regra de distribuição de risco ao agente mais apto a gerenciá-lo. Isso seria de grande valia se fosse realmente concretizado, pois a alocação ótima do risco do setor público para o setor privado, faz com que entidade privada seja responsabilizada, não só pelo sucesso do projeto, como também pela eficácia financeira e impacto econômico decorrente do mesmo. Observa-se que ao assumir este encargo, há a possibilidade de potencializar o *VfM*. Todavia, este processo de transferência de riscos para o setor privado demonstra-se falho e limitado, uma vez que os riscos de financiamento, assim como as garantias, são assumidos, principalmente, pelo setor público. Esta ferramenta é fundamental acerca da reflexão sobre o nível de capacidade das organizações de tomarem a decisão final antes de iniciar uma PPP ou não.

Por fim, em derradeira análise, por mais falhos que possam parecer os instrumentos de aferição do *VfM* baseados no CSP estes permitem, mesmo que com limitações, probabilizar os riscos do projeto. Aos parceiros privados caberia, diante da tão falada competência e eficiência, operar com maior flexibilidade para responder às demandas e procurar garantir sua renda em vez de maximizar o lucro.

Portanto, a repartição ótima dos riscos ainda é uma utopia, vez que apesar de ser extremamente necessária, não há efetividade em seu uso. Desta forma, difícil é mensurar,

¹⁷⁴ SARMENTO, Joaquim Miranda e RENNEBOOG, Luc. Anatomia das PPPs: a sua criação, financiamento e renegociações. Julgar Online, outubro de 2017, p. 15

quantificar e qualificar, a partir de uma abordagem comparativa, as potenciais formas de implementação de um projeto, pelo setor público ou privado. De forma que a repartição dos riscos, a eficiência no custo e a garantia do *VfM*, não é garantia, vez que ainda não é possível auferi-los com previsão.

No mais as PPP têm potencial para maximizar os seus benefícios, combinando e alavancando os pontos fortes da expertise pública e privada, proporcionando infraestruturas e serviços de melhor qualidade e fornecendo incentivos à identificação de soluções inovadoras na prestação de serviços públicos sem, contudo, ainda ser possível quantificar a real efetividade em gerar o *VfM*.

CONCLUSÃO

As PPP surgem como forma de revolucionar a entrega dos serviços públicos, no decurso da implantação de processos de privatizações e de liberalização, e, da respectiva passagem do modelo de Estado Burocrático, para o Estado Regulador a fim de alavancar o desenvolvimento de infraestruturas.

A razão mais óbvia para implementação de uma PPP é a perspectiva de atrair financiamento privado para garantir investimentos em infraestrutura, além da possibilidade de manter os gastos públicos dentro do orçamento.

Duas são as fases determinantes em uma PPP. A primeira envolve o aporte de capital em ativos fixos e na construção do empreendimento, e a segunda envolve investimentos nas áreas de manutenção e operação do projeto, nas quais os custos são pagos durante o período de execução do projeto. Assim, depois do investimento inicial, o principal propósito do projeto de infraestrutura é acumular a receita recorrente, apropriar eficientemente os recursos para pagamento de sua operação e manutenção, pagar credores e, finalmente, gerar dividendos para os investidores¹⁷⁵.

É dever jurídico da Administração estruturar financeiramente os ajustes, usando das múltiplas possibilidades econômico-financeiras de configuração, de molde a assegurar a sua sustentabilidade. Um ajuste de PPP financeiramente precário estará suscetível a renegociações indesejadas ou mesmo à extinção prematura da parceria, o que em se tratando de projetos estruturantes de elevada dimensão econômico-financeira, poderá produzir imensos prejuízos à Administração, com possível repercussão negativa ao universo dos usuários.

Este modelo está atrelado ao princípio da eficiência que deverá refletir-se num modo de atuação dinâmico e na necessidade de competição no fornecimento de serviços relevantes. Entretanto, um obstáculo significativo para o uso das PPP diz respeito ao não atendimento deste postulado. A ineficiência e a ineficácia nos processos licitatórios, caracterizados por longas durações, altos custos de transação e falta de concorrência e transparência, limitam a competitividade nas parcerias. Neste quadro, a estruturação de

¹⁷⁵ KURY, Felipe. Parcerias Público Privadas no Brasil. In: Visão de investimentos financeiros para PPPs no Brasil. Cadernos FGV Projetos. Janeiro 2014, ano 9, nº 23, p. 98.

incentivos é crucial para o bom desempenho da PPP, como já mencionou Manoel Braz da Silva¹⁷⁶.

Os pontos abordados nos capítulos anteriores demonstraram que na literatura acadêmica mencionada os maiores questionamentos giram em torno da transferência de risco, incerteza, necessidade de avaliação de longo prazo do desempenho da PPP e a efetividade em gerar o *VfM*.

Deste modo, procurou-se fornecer uma visão geral do modelo de partilha de risco, focando na avaliação do *VfM* das PPP e do papel desempenhado pelo CSP.

As PPP enquanto modernos instrumentos de desenvolvimento econômico, podem propiciar a execução e manutenção de uma infraestrutura razoável. Para isso, a capacidade do setor privado é vital para a obtenção de custos satisfatórios e serviços de alta qualidade. Entretanto, certos pressupostos de avaliação, implantação e gerenciamento devem ser questionados. Em vez de passar por cima do mesmo terreno, concluir-se-á com alguns pontos gerais.

O cálculo do CSP é um fator significativo nas decisões para desenvolvimento ou não de uma PPP. A sua implementação e utilização constitui uma disciplina valiosa sobre as aquisições do setor público, auxiliando no entendimento do projeto, os riscos envolvidos e como lidar com eles contratualmente. A esse respeito, a análise de risco requerida pelo CSP pode ser vista como parte do processo mais amplo de identificação, alocação e gerenciamento de riscos dentro do projeto, com o fim de proporcionar informações mais sólidas possíveis sobre o *VfM*.

O *VfM* busca avaliar o valor de um projeto a ser realizado por meio de uma parceria público-privada *versus* pela contratação tradicional, estimando custos, benefícios e, particularmente levando em consideração a alocação de riscos envolvidos no projeto. Inclui um componente quantitativo, que abrange todos os fatores que podem ser medidos pelo CSP, e um qualitativo, que compreende os demais aspectos que não podem ser quantificados.

Aspecto fundamental concerne ao fato da repartição de riscos estar associada ao argumento-chave da possibilidade da transferência de riscos, relacionados ao projeto, para o parceiro privado que, em tese, tem melhor capacidade de gerenciamento.

¹⁷⁶ SILVA, 2016, p. 201.

Acredita-se que mesmo em cenários de restrições orçamentais, este modelo torna viável projetos que não gerariam receita inicial constituindo assim, um dos esquemas mais popularizados entre as Administrações Públicas, apesar da sua prática nem sempre produzir resultados satisfatórios, com inúmeros casos de fracasso.

O problema do *VfM* é que na maioria das vezes é pouco compreendido e frequentemente associado ao menor custo. Utilizando as palavras de Grimsey e Lewis, o valor é uma troca complexa entre custo, risco e desempenho e, nesse contexto, é importante compreender totalmente a exposição do governo ao risco, definida como a volatilidade dos resultados¹⁷⁷.

O instituto das PPP deve ser utilizado de forma equilibrada, para que o seu impacto não gere efeito limitador à modernização pela via da construção de infraestruturas, mas que o efeito seja ponderado do ponto de vista da futura sustentabilidade da gestão pública, dentro do contexto dos desafios das políticas públicas que promovem o desenvolvimento nacional.

Não é o caso de entender as PPP como algo a ser utilizado sempre, nem é o caso de que nunca deverá ser experimentada. É importante utilizá-las de forma adequada, a fim de que possa trazer benefícios à sociedade e que possa custar o valor devido. Por assumir compromissos financeiros de longo prazo, é fundamental que o setor público tenha condições de avaliar a sua viabilidade e efetividade, compatibilizando um nível aceitável de riscos.

O que se espera com o desenvolvimento de uma PPP é a economia de gastos públicos, ou seja, sustentabilidade financeira, celeridade nas obras, possibilidade em aferir/gerar o *VfM*, além da busca por uma administração gerencial baseada na eficiência da prestação dos serviços - vantagens socioeconômicas.

Entretanto, alguns entraves são vislumbrados. É cediço que a gestão dos riscos identifica as variáveis mais sensíveis e identifica os custos adicionais do projeto e possíveis atrasos em sua implementação. Não se trata apenas de avaliar os riscos e alocá-los. O gerenciamento implica, além da identificação de riscos, na decisão de retê-los, transferi-los ao parceiro privado, mitigá-los ou compartilhá-los. Todavia, a repartição precária do risco

¹⁷⁷ GRIMSEY e LEWIS, 2005, p. 376. Value is a complex trade off between cost, risk and performance, and in this framework it is important fully to understand the government's exposure to risk, defined as volatility of outcomes.

para o setor privado restringe o *VfM*, enquanto a transferência excessiva resulta em projetos arriscados e mais caros que poderiam oferecer um *VfM* mais baixo.

Por outro lado, o CSP que deveria fornecer informações realistas, por vezes é manipulado, ou simplesmente gera suposições extremamente otimistas com projeções irreais. Associado a isso, a falta de transparência na avaliação de risco das PPP constitui uma área de séria preocupação, pois ao mensurar e estimar a repartição de riscos, não é possível prever e ponderar todos os resultados possíveis. Diante de todas as eventualidades acima mencionadas, ressalta-se a questão da incerteza. Incerta é a avaliação do *VfM* em geral, no que concerne a sua aplicabilidade no uso das PPP e a repartição de riscos.

Percebeu-se que até o momento, poucos estudos empíricos têm focado repartição de riscos, em sua gestão e no *VfM*. Para compreender a diversidade e complexidade destes contratos, são necessários profissionais e estudos de estruturas conceituais e tipológicas na direção de um gerenciamento mais eficaz das configurações organizacionais e estratégicas que apoiam este modelo.

Atrelado ao *VfM*, verificou-se que as condições de mercado turbulentas e a instabilidade política contribuem para a ausência de êxito nas PPP. A promiscuidade entre o setor privado e o público, incentivando a prática de "favores", num jogo de interesses, inevitavelmente reduz a eficiência da parceria.

O ente público que pretenda desenvolver esta iniciativa deverá assegurar aos participantes um enquadramento legal, empresarial e de negócios estável que permita que quer os investidores, quer a parte privada, tenham um nível de confiança elevado nas negociações, contratos e acordos assinados. A parte privada pretende que os elementos de base sejam definidos de forma inquestionável, de modo a terem uma garantia legal prestada pelo Estado que lhe permita projetar, com algum nível de segurança, o seu investimento e a rentabilidade esperada¹⁷⁸.

Apesar de ser obrigatório em muitas jurisdições o emprego do CSP para demonstrar o *VfM*, pode estar propenso à manipulação, contestando assim a adoção da PPP como uma medida válida do *VfM*. Desta maneira a avaliação de riscos e a obtenção de uma transferência otimizada destes riscos, demanda esforço para garantir a mínima interferência política gerencial, alocando os recursos de forma mais racional, de maneira que realmente

¹⁷⁸ SILVA, 2016, p. 14.

venham gerar maior *VfM*, proporcionando a oferta de serviços e infraestrutura mais eficientes, integradas e de baixo custo, em comparação ao modelo tradicional.

Enquanto a popularidade do modelo PPP continua a crescer, conceitualmente vistas como uma oportunidade importante nos países em desenvolvimento, cujo atraso em termos de infraestrutura e serviços é tal que os recursos desses estados são incomparavelmente mais baixos, as evidências de desempenho e efetividade do modelo são escassas, a considerar a lacuna legal e a instabilidade política enfrentada.

Posto isto, infere-se que as PPP no atual cenário dos países abordados, ainda se encontram além da capacidade de implementação e gerenciamento do setor público. Não há uma repartição de riscos efetiva que garantam e comprovem o *VfM*. Para alguns projetos podem até ser adequadas, vez que são uma maneira de introduzir incentivos no processo de aquisição - construção e prestação de serviços, entretanto, diante da iminente ausência da expertise nesse setor, sua escolha e implementação tem de ser melhor avaliada.

A alocação de risco *ex ante*, deveria assegurar os termos contratuais detalhados e suas características de execução, assegurando que o risco fosse transferido de forma eficaz. No entanto, a verdadeira confirmação dos benefícios é melhor determinada no final do projeto PPP, vez que ainda são pouquíssimos os projetos que chegaram ao fim de sua vida contratual e, portanto, os estudos ainda são limitados.

Correspondente a natureza complexa desses arranjos, o setor público é obrigado a procurar aconselhamento profissional, levando, por sua vez, a um custo mais alto do projeto e, assim, negando o argumento de que os PPP são um mecanismo de transferência de risco para o setor privado.

É necessário estimular a necessidade de uma análise de risco apropriada e de uma estratégia de alocação de risco bem ponderada. Além disso, o *VfM* dos projetos é impulsionado principalmente pela transferência do risco de receita para o parceiro privado. Porém, a transferência de risco para o setor privado dificilmente se materializa da forma esperada, já que o setor público assume, praticamente, todos os riscos, seja diretamente ou indiretamente, como o fornecimento excessivo de garantias ao parceiro privado, quando os projetos estão ameaçados, ou mesmo para atraí-los.

Assim, a fim de responder ao questionamento inicial se as PPP realmente distribuem os riscos, se fornecem ganhos de eficiência, garantindo o *VfM*, ao que tudo indica ainda não são claros estes ganhos, visto que muitos projetos foram fracassados. No

entanto, espera-se que resultados positivos sejam vislumbrados. Vale dizer, que é obviamente possível uma parceria público-privada não obter o sucesso desejado. *Data vênia*, certamente este fracasso advirá da errônea utilização dessa modalidade de concessão.

Para que consiga alcançar o objetivo para o qual foi criada, deverá se sustentar na estrita observância das exigências legais, com a robusta avaliação das vantagens e desvantagens advindas com sua implementação, em detrimento do modelo tradicional de contratação, efetiva análise do *VfM*, do CSP, além da alocação ótima de riscos.

Posto isso, polêmicas e controvérsias continuarão, com debates ferozes motivados pelas inúmeras dificuldades do modelo de parceria público-privada, sejam elas fiscais, gerenciais, busca por maior eficiência nos setores públicos, até o profundo amadurecimento do seu uso, ao passo que seja possível aferir com precisão as reais vantagens adquiridas através deste instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. rev. e atual.; Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011;
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Volume II, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011;
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007;
- AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Tese de Doutoramento, Coimbra: Almedina, 2002;
- AZEVEDO, Maria Eduarda. **Temas de Direito da Economia**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015;
- AZEVEDO, Sérgio de. **PPP e o custo de um Estado Fraco: toda a verdade sobre as parcerias público-privadas**. Coimbra: Aletheia, 2014;
- BANCO MUNDIAL. **Financiamento privado de infraestruturas públicas através de PPPs na América Latina e Caribe**. 2017. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26406/114418ovPT.pdf>>. Acesso em 24/05/2018 ;
- BENSAÏD, Jean; Marty, Frédéric. **Pertinence et limites des partenariats public-privé: une analyse économique**. Prisme n° 27, novembre 2013;
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005;

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>;

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>;

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 30/03/2018;

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em 30/03/2018;

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 30/03/2018;

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma gerencial do Estado de 1995**. Revista de Administração Pública 34(4), p. 55-72, julho/2000. Disponível em http://reformadagestaopublica.org.br/papers/2000/608-RefGerencial_1995-RAP.pdf. Acesso em 29/03/2018;

- CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003;
- CAMPAGNAC, Élisabeth. **Évaluer les partenariats public-privé en Europe**. Paris: Ponts et chaussées, 2009;
- CAMPOS, Diogo Duarte de. **A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas: a adjudicação in-house em particular**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015;
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **A eficiência da Administração Pública e a efetivação dos direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 15, nº 56, pp. 191-212, jan./mar. 2017;
- CINTRA, Marcos. **Modelagem de PPPs: pré-requisitos fundamentais e suas implicações**. In: **Parcerias Público Privadas no Brasil**. Cadernos FGV Projetos. Ano 9, nº 23, janeiro 2014;
- CONTI, José Maurício [org]. **Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas**. In: **Parcerias público-privadas no poder judiciário: uma necessária revisão da atual orientação do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Almedina, Vol. I, 2017;
- COSSALTER, Patrice. **L’essentiel sur la concession de servisse public**. Paris: Territorial éditions, 2011;

- COSTA, Ilton Garcia da; GIACOIA, Gilberto. **Parcerias público-privadas: PPP e Agências Reguladoras, questões críticas**. São Paulo: Verbatim, 2015;
- CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. **O Estado e as parcerias público-privadas**. Lisboa: Sílabo, 2012;
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*): Em busca de propostas legislativas para sua superação**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 15, nº 57, pp. 85-111, abr./jun. 2017;
- DINHEIRO. **Peso das PPP nacionais no PIB é de 10,8%, o maior da União Europeia**. Disponível em <<https://www.dn.pt/dinheiro/interior/peso-das-ppp-nacionais-no-pib-e-de-108-o-maior-da-uniao-europeia-9214002.html>>. Acesso em 09/05/2018;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011;
- DUPAS, Nicolas; GAUBERT, Adrien, MARTY, Frédéric; VOISIN, Arnaud. **Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé**. Revue Lamy Collectivités Territoriales, Editions Lamy/Wolters Kluwer, 2012, 75 (janvier 2012), p.69-74. Disponível em <halshs-00667483>. Acesso em 15/01/2018;
- FARIA, Edimur. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 3ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000;

- FERREIRA, Eduardo Paz e REBELO, Marta. **Manual Prático de Parcerias Público-Privadas. In: O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal.** Lisboa: NPF Publicações, 2004;
- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos.** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tese de Doutoramento, 2011;
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012;
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades Privadas com Poderes Públicos.** Coleção teses, Coimbra: Almedina, 2005;
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Estudos de Contratação Pública I.** VIEIRA, Pedro Siza. In O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas. Coimbra: Coimbra Editora, 2008;
- GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). **Estudos de Contratação Pública III.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010;
- GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). **O governo da Administração Pública. In: Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da “New Public Governance”.** Coimbra: Almedina, 2013;
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013;
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos.** Coimbra: Almedina, 2015;

GRIMSEY, Darrin and LEWIS, Mervyn K. **Are Public Private Partnerships Value for Money? Evaluating Alternative Approaches and Comparing Academic and Practitioner Views.** Accounting Forum, n° 29, pp. 345-378, 2005;

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada.** São Paulo: Saraiva, 2012;

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>;

HALL, David. **¿Por qué las asociaciones público-privadas (APPs) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública.** Reino Unido: Public Services International (PSI), 2015. Disponível em <http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56pages_a4_lr.pdf>;

HUPSEL, Edite Mesquita. **Efeitos da crise econômica nos contratos da Administração Pública e o Código dos Contratos Públicos.** Trabalho de dissertação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, ano de 2013;

HUPSEL, Edite. **Modelos estaduais de Parcerias público-privadas.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 13, n° 51, pp. 155-166, out./dez. 2015;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 5ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010;

- KEERS, Bianca B.M.; FENEMA, Paul C. van. **Managing risks in public-private partnership formation projects**. International Journal of Project Management n° 36, pp. 861–875, 2018;
- KURY, Felipe. **Parcerias Público Privadas no Brasil. In: Visão de investimentos financeiros para PPPs no Brasil**. Cadernos FGV Projetos. Ano 9, n° 23, janeiro 2014;
- LAFITTE, Michel. **Les partenariats public-privé: une clé pour l’investissement public em France**. Paris: Revue Banque, 2006;
- LOMBARD, Martine; DUMONT, Gilles; SIRINELLI, Jean. **Droit administratif**. 12^a ed. Dalloz, 2017;
- MALIK, Ana. **Parcerias entre setor público e privado na área da saúde no Brasil: os últimos 10 anos**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 14, n° 52, pp. 143-164, jan./mar. 2016;
- MARGARETE, Cristina; MASTROBUONO, Wagner; FRAGATA, Mariângela Sarrubbo (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: CEPGE/SP, 2014;
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **As parcerias público-privadas no saneamento ambiental**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005;
- MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico–financeiro)**. Coimbra, Almedina, 2015;
- MARTY, Frédéric; TROSA, Sylvie; Voisin, Arnaud. **Les partenariats public-privé**. Paris: La Découverte, 2006;

- MARTY, Frédéric. **La prise en compte par le droit des contraintes de financement des marchés de partenariats: concilier flexibilité et maîtrise des engagements**. Chaire EPPP Discussion Papers Series, n° 2017-8, décembre 2017. Disponível em: <halshs-01659948> ;
- MAZOUZ, Bachir. **Les aspects pratiques des partenariats public-privé. De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP**. Revue française d'administration publique, n° 130, pp. 215-232, 2009/2;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014;
- MELO, Pedro. **A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Almedina, 2011;
- MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Belo Horizonte, n° 2, mai./jul. 2005, p. 32. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/redae-2-maio-2005-paulo-modesto.pdf>>. Acesso em 01/06/2018;
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. **Droit Administratif**. 15ª ed. LGDJ, 2017;
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;
- MORTÁGUA, Mariana e Jorge Costa. **Privataria: quem ganha e quem perde com as privatizações em Portugal**. Lisboa: Bertrand, 2015;

- NOHARA, Irene Patrícia. **Desafios jurídicos das Parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável.** Revista Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 5, nº 2, pp. 184-203, jul./dez. 2014;
- NUNES, António Avelãs. **O estado capitalista em tempos de globalização.** In Conferência proferida na Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em <<http://www.odiariorio.info/b2-img/estadocapitalistaANunes.pdf>>. Acesso em 28/05/2018;
- NUNES, Antonio José Avelãs. **A crise do capitalismo: capitalismo, neoliberalismo e globalização.** 6ª ed. Lisboa: Página a Página, 2013;
- OCDE. **Les partenariats public-privé: partager les risques et optimiser les ressources.** Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Paris, 2008;
- OPARA, Michael; ROUSE, Paul. **The perceived efficacy of public-private partnerships: A study from Canada.** Critical Perspectives on Accounting, (article in press), 2018;
- PAULA, Marco Aurélio de; CASTRO de (Coord). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento.** Belo Horizonte: Fórum, 2018;
- PINTO, Luísa. **Pedidos de reequilíbrio financeiro emagreceram 27 milhões de euros.** 13 de abril de 2018. Disponível em <https://www.publico.pt/2018/04/13/economia/noticia/pedidos-de-reequilibrio-financeiro--emagreceram-27-milhoes-de-euros-1810319>. Acesso em 17/04/2018;
- PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de abril de 2003.** Define normas especiais aplicáveis às parcerias público-privadas. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 26 de abril de 2003. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1237A0019&nid=

1237&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 06/01/2018;

_____. **Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio de 2012.** Disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 23 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1720&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>. Acesso em: 06/01/2018;

_____. **Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,** de 31 de março de 2004. Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Disponível em: < <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/directivas/directiva-2004-18-ce/downloadFile/file/DIR18.2004.pdf?nocache=1220450929.19>>. Acesso em 06/01/2018.

PPPBRASIL. **Observatório das parcerias público-privadas.** 2017. Disponível em <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-cultura-de-desconfiança-alcança-pps-e-agora>>. Acesso em 24/05/2018;

RAPP, Lucien; REGOURD, Serge. **Du contrat de partenariat au marché de partenariat.** Bruxelles: Bruylant, 2016;

REDOSCHI, Dagoberto Antonio. **Parcerias Público Privadas no Brasil. In: Parceria Público-Privada: desafios e oportunidades.** Cadernos FGV Projetos. Ano 9, nº 23, janeiro 2014;

SAMPAIO, Kleber Rocha e COSTA, Elisa Ivna Pinheiro. **Administração Pública Gerencial e o Princípio da Eficiência: Origem, Evolução e Conteúdo.** Disponível

em <<http://ww2.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol9-2015.1/artigo3.pdf>>. Acesso em 29/03/2018;

SANTANA, Gilson Dantas; RODRIGUES JÚNIOR, Hélio de Souza. **As parcerias público-privadas: solução ou problema?** Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Brasília, v. 3, n. 1, pp. 148-181, jan./jun. 2006;

SARMENTO, Joaquim Miranda. **Do Public-Private Partnerships Create Value for Money for the Public Sector? The Portuguese Experience.** OECD Journal on Budgeting, 2010. Disponível em <<https://www.oecd.org/portugal/48168959.pdf>>. Acesso em 25/05/2018;

SARMENTO, Joaquim Miranda. **Parcerias Público Privadas.** Lisboa: Fundação Manuel dos Santos, 2013;

SARMENTO, Joaquim Miranda e RENNEBOOG, Luc. Anatomia das PPPs: a sua criação, financiamento e renegociações. Julgar Online, outubro de 2017;

SHAOUL, Jean. **A critical financial analysis of the private finance initiative: selecting a financing method or allocating economic wealth?** Critical Perspectives in Accounting 16(4), pp. 441-471, 2005;

SHAOUL, Jean et al. **Accountability and corporate governance of public private partnerships.** Critical Perspectives on Accounting, V. 23, Issue 3, pp. 213-229, 2012;

SILVA, Danilo Tavares da. **Licitação na Lei nº 11.079/04.** In: NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Estudo sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011;

SILVA, José Manuel Braz da. **Parcerias público-privadas.** Coimbra: Almedina, 2016;

- SOBRAL, Ana Paula Rolland e CRUZ, José Neves. **Parcerias público-privadas: Enquadramento e Avaliação das Concessões Ferroviárias em Portugal**. Revista Portuguesa de Estudos Regionais, nº 28, 3º Quadrimestre, 2011;
- SOUSA, Lúcia Maria Cruz. **Evolução e reflexões das parcerias público-privadas na Administração Pública – um estudo comparativo entre Brasil e Portugal**. Dissertação em Ciências Jurídico-Administrativas com Menção em Direito Administrativo. Universidade do Porto, 2015;
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005;
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das Parcerias público-privadas**. In: Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2007;
- UNIÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão, EUROPA 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo**. Bruxelas: (COM/2010/2020 final). Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC2020>>. Acesso em 15/05/2018;
- _____. **Comunicação da Comissão, COM/2004/0327 final - Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327>>. Acesso em 04/04/2018;
- _____. Tribunal de Contas Europeu. **Relatório Especial sobre Parcerias Público Privadas na UE: insuficiências generalizadas e benefícios limitados**. Nº 9, Luxemburgo, União Europeia, 2018. Disponível em <https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_09/SR_PPP_PT.pdf>;

VELLUTINI, Roberto. **Parcerias Público Privadas no Brasil**. Cadernos FGV Projetos. Ano 9, nº 23, janeiro 2014;

WIESEL, Fredrika; MODELL, Sven. **From new public management to new public governance? Hybridization and implications for public sector consumerism**. Financial Accountability & Management, 30(2), pp. 175–205, 2014.