



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E *PROJECT*
FINANCE: UMA ESTRATÉGIA DE INVESTIMENTOS
EM INFRAESTRUTURA NO BRASIL**

por

Antonia Alves Pereira Dantas

ORIENTADOR: Pedro Paulo Salles Cristofaro

2019.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E *PROJECT FINANCE*: UMA ESTRATÉGIA DE INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA NO BRASIL

por

Antonia Alves Pereira Dantas

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Pedro Paulo Salles Cristofaro

2019.2

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer aos meus pais, Lucia e Rogério, por todo o carinho, apoio e exemplo de sempre. Tenho muita sorte e orgulho por ter vocês sempre comigo.

Ao Professor Pedro Paulo Salles Cristofaro, agradeço pela orientação atenciosa e, sobretudo, compreensiva.

Aos meus amigos do Colégio Santo Agostinho e da PUC, agradeço por sempre compartilharem comigo incontáveis alegrias, mas também muitas noites de estudo sem dormir. A cada véspera de prova, um novo desespero. A cada nota recebida, uma boa risada – seja por alívio ou nervosismo.

Ao Mattos Filho, uma verdadeira escola de advocacia, agradeço por tudo que aprendi. A todos os amigos que fazem parte da minha rotina, obrigada por torná-la mais leve e agradável. Agradeço, em especial, à equipe de *Project Finance* com quem trabalhei nos últimos dois anos. Obrigada por me inspirarem sempre e por serem exemplos de profissionais.

Por fim, gostaria de agradecer, de forma especial, ao João Henrique D'Ottaviano Sette. Obrigada por todo o apoio que recebi durante este ano em relação ao escritório e à monografia, mas, principalmente, obrigada por ser você. Um amigo de verdade, sempre presente, pessoal incrível e uma enciclopédia jurídica personificada. Mais uma vez, obrigada.

RESUMO

DANTAS, Antonia Alves Pereira. **Parcerias Público-Privadas e *Project Finance*: Uma Estratégia de Investimentos em Infraestrutura no Brasil**. Rio de Janeiro: 2019: 63 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Este trabalho tem por objetivo realizar uma análise acerca dos institutos da parceria público-privada e da modalidade de financiamento denominada *project finance* que, quando articulados de forma conjunta, desempenham importante papel no desenvolvimento da infraestrutura brasileira e, conseqüentemente, contribuem para o desenvolvimento socioeconômico nacional. Para tanto, será feita breve exposição das diferentes posturas do Estado Brasileiro como agente atuante no domínio econômico ao longo dos anos, bem como da inserção da iniciativa privada neste caminho.

Palavras Chave: Infraestrutura. Desenvolvimento. Papel do Estado. Concessões. Parcerias Público-Privada. *Project Finance*.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1. INFRAESTRUTURA NO BRASIL | 10 |
| 1.1. A IMPORTÂNCIA DO INVESTIMENTO EM INFRAESTRUTURA PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL..... | 10 |
| 1.2. O HISTÓRICO DO PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO NACIONAL..... | 15 |
| 1.3. OS REFLEXOS JURÍDICOS DO HISTÓRICO DO PAPEL DO ESTADO COMO AGENTE ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... | 23 |
| 2. AS CONCESSÕES E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS | 25 |
| 2.1. SERVIÇOS PÚBLICOS | 27 |
| 2.1.1. CONCEITO | 27 |
| 2.1.2. CARACTERÍSTICAS | 28 |
| 2.2. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS (CONCESSÃO COMUM) | 29 |
| 2.2.1. MODALIDADES | 30 |
| 2.2.1.1. CONCESSÃO SIMPLES..... | 30 |
| 2.2.1.2. CONCESSÃO PRECEDIDA DE EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA..... | 31 |
| 2.2.2. REMUNERAÇÃO | 31 |
| 2.2.3. REVERSÃO | 32 |
| 2.3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS..... | 34 |
| 2.3.1. MODALIDADES | 36 |
| 2.3.1.1. CONCESSÃO PATROCINADA..... | 36 |
| 2.3.1.2. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA..... | 37 |
| 2.3.2. CARACTERÍSTICAS GERAIS E VEDAÇÕES | 38 |
| 2.3.3. COMPARTILHAMENTO DE RISCOS | 39 |
| 2.3.4. FINANCIAMENTO E GARANTIAS | 42 |
| 3. <i>PROJECT FINANCE</i> | 43 |
| 3.1. CONCEITO E HISTÓRICO INTERNACIONAL E NACIONAL..... | 43 |
| 3.2. ESTRUTURA CONTRATUAL E PARTICIPANTES..... | 47 |
| 3.3. RISCOS, GARANTIAS E ESTRATÉGIAS MITIGADORAS..... | 51 |
| 4. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O <i>PROJECT FINANCE</i> NO BRASIL | 56 |
| CONCLUSÃO | 59 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 61 |

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Diferentes Aspectos do Investimento em Infraestrutura

Figura 2 – Tipos de Desestatização (BNDES)

Figura 3 – Estrutura Contratual e Participantes em Transações de *Project Finance*

LISTA DE ABREVIACÕES

| | |
|-------------------|---|
| Art. | Artigo |
| BID | Banco Interamericano de Desenvolvimento |
| BNDES | Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES |
| ESA | <i>Equity Support Agreement</i> |
| IPEA | Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada |
| Lei de Concessões | Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 |
| Lei de Licitações | Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 |
| Lei de PPP | Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 |
| p. | Página |
| PND | Programa Nacional de Desestatização |
| PPP | Parceria(s) Público-Privada(s) |
| SPE | Sociedade de Propósito Específico |

INTRODUÇÃO

Os investimentos em infraestrutura possuem papel determinante na promoção do crescimento e desenvolvimento econômico e social de um país. O alargamento e aperfeiçoamento das infraestruturas de transporte, energia, telecomunicações e saneamento proporcionam não apenas um impacto direto sobre a economia ao possibilitar a instalação de novas atividades produtivas, aumentando a competitividade e reduzindo os preços, mas também sobre a realidade social da população, ao gerar novos postos de trabalho e, conseqüentemente, reduzir a desigualdade social que é alarmante no Brasil.

Historicamente, sabe-se que o Brasil buscou conduzir a demanda por infraestrutura tendo o Estado como principal agente investidor e condutor do processo de desenvolvimento econômico. Entretanto, a crise dos anos 70 conduziu a um processo constante de reforma do Estado, com a redefinição do papel do setor público frente à oferta de bens e serviços de infraestrutura.

Desta forma, a experiência estatal ao longo das décadas, agravada pelo atual panorama econômico impõe ao Estado o papel de tão somente articulador do crescimento nacional, devendo, para tanto, criar um ambiente propício para a atração de investimentos do setor privado, de forma a fomentar a economia. Nesse sentido, a atuação conjunta das iniciativas pública e privada constitui fator essencial na garantia de continuidade de investimentos na infraestrutura brasileira.

Contudo, a falta de transparência, previsibilidade e confiança na economia importa em profundo prejuízo aos investidores privados que atuam em parceria com o poder público. Assim, há de se encontrar formas de atrair o capital privado para o fomento da infraestrutura nacional, deixando de nos apoiar em recursos do setor público, sem que aqueles tenham que suportar riscos que, ainda que inerentes à atividade econômica empreendedora, são potencialmente agravados frente ao contexto socioeconômico brasileiro.

Nesse sentido, a modalidade de financiamento conhecida como *project finance* trata de uma forma específica de arranjo financeiro na qual

cria-se uma sociedade de propósito específico (SPE) para gerir investimentos em infraestrutura. Suas principais e mais atrativas características consistem na mitigação de riscos pela elevação do número de participantes envolvidos e securitização de receitas futuras do projeto, atraindo cada vez mais a iniciativa privada para o desenvolvimento de projetos de interesse público.

Este trabalho tem, portanto, o objetivo de possibilitar uma reflexão acerca das diferentes posturas do Estado como agente econômico, trazer para análise e discussão a relevância da atuação conjunta do capital público e privado no fomento e desenvolvimento da infraestrutura brasileira, bem como esclarecer a importância e funcionamento do *project finance*. Dessa forma, busca-se demonstrar uma estratégia de investimentos em infraestrutura por meio de parcerias público-privadas e através da utilização de tal modalidade de financiamento em um cenário de crise no Brasil.

1. INFRAESTRUTURA NO BRASIL

1.1. A IMPORTÂNCIA DO INVESTIMENTO EM INFRAESTRUTURA PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

A definição do termo *infraestrutura*, quando analisado no âmbito de um estado-nação, está diretamente relacionada às pré-condições a partir das quais outras atividades essenciais à sociedade podem se desenvolver. Isto é, a infraestrutura consiste, sob uma perspectiva microeconômica, no conjunto de instalações e equipamentos empregados para assegurar o desempenho eficiente de outras atividades econômicas – e, por essa razão, é um importante vetor do desenvolvimento econômico e social de um país, uma vez que a sua realidade socioeconômica é reflexo, em grande parte, da sua oferta de infraestrutura.

O relatório de pesquisa publicado em 2012 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)¹ trouxe a definição de infraestrutura como sendo “*toda a matriz logística, energética, de comunicações, saneamento, saúde, educação e segurança pública que possibilita a produção de bens e serviços na sociedade*”.

Nesse mesmo sentido, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), entende *infraestrutura* como “*o conjunto de estruturas de engenharia e instalações (...) que constituem a base sobre a qual são prestados os serviços considerados necessários para o desenvolvimento produtivo, político, social e pessoal*”².

¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura e Planejamento no Brasil*: Coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do desenvolvimento – o caso do setor elétrico. Brasília: Ipea, 2012, p. 7. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/120911_relatorio_infraestrutura_planejamento.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

² BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). *Un nuevo impulse para la integración de la infraestructura regional en América del Sur* apud INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura Econômica no Brasil*: diagnósticos e perspectivas para 2025. Livro 6, Volume I, p. 16. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3210/1/Livro6_InfraestruturaSocial_vol1.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

E assim prevalece também na doutrina o conceito de infraestrutura, relacionado com crescimento, integração e suprimento para o desenvolvimento econômico, político e social de um país, como afirma Klaus Stern ao defini-la como:

“a categoria que se refere às instalações e medidas de ordem material, pessoal e institucional, que são necessárias como suporte básico para um determinado estágio de desenvolvimento avançado da sociedade, de forma a garantir aos indivíduos condições econômicas e pessoais apropriadas para o seu crescimento”³.

O investimento em infraestrutura, portanto, está intrinsecamente relacionado à garantia dos elementos essenciais para o exercício regular das atividades econômicas fundamentais de uma sociedade, sem os quais o seu desenvolvimento não é viável⁴. A prestação eficiente de serviços de infraestrutura funciona como suporte indispensável ao crescimento econômico do país, uma vez que todo processo de desenvolvimento necessita de um conjunto de bens e serviços de base.

Assim, qualquer ação realizada neste campo, deve ter como objetivo o atendimento a necessidades determinantes e imprescindíveis à população do país. Por essa razão, os projetos que objetivam o desenvolvimento de empreendimentos de infraestrutura devem ser pensados por meio de avaliações de riscos, estimativas de custos, formas de financiamento e emprego de tecnologias adequadas, de modo a assegurar resultado satisfatório aos fins a que se propõem⁵. A ampliação da infraestrutura nacional e o provimento de serviços públicos de qualidade são temas frequentemente debatidos entre o governo e a sociedade e devem ser pensados a partir de um planejamento eficaz de políticas públicas e uma modelagem contratual revestida de conhecimento técnico especializado.

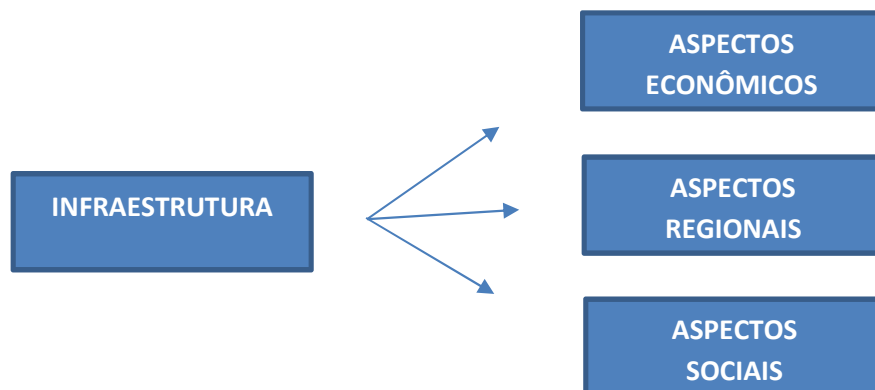
Nesse sentido, o investimento em infraestrutura é a variável-chave para o desenvolvimento de diversos setores de uma sociedade. A partir dele,

³ STERN, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland *Apud* BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 21.

⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 21.

⁵ Idem, *ibidem*.

é possível observar os diversos efeitos econômicos, sociais e regionais que contribuem de forma relevante para o desenvolvimento do país como um todo, como pode ser observado a partir da Figura 1.1 abaixo:



Elaboração própria, adaptado de INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA.
Infraestrutura e Planejamento no Brasil, op. cit., p. 19.

Os aspectos econômicos são determinados pela expansão ou estagnação da infraestrutura, de forma que a sua capacidade instalada constitui ora uma limitante, ora um indutor do crescimento econômico. A expansão do investimento em infraestrutura possui impacto direto no encadeamento da renda, tanto através da geração de postos de trabalho, quanto mediante o consumo de bens de capital e de diversos insumos industriais.

Um sistema de infraestrutura integrado, de boa qualidade e bem conservado, reduz expressivamente os custos de produção e transporte, de forma que num contexto de acirramento da concorrência em nível global, a adequação da infraestrutura se torna um diferencial considerável⁶. A título de exemplo, no que se refere à infraestrutura de transportes, estradas bem pavimentadas reduzem os custos de manutenção de caminhões e elevam a durabilidade destes veículos, além de reduzirem o tempo de transporte de insumos e produtos, bem como o valor dos fretes. Ademais, a existência de

⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura e Planejamento no Brasil*. Op. cit., pp. 19-20.

modais alternativos para o escoamento – ferrovias, cabotagem etc. – pode baratear os custos logísticos da empresa e ampliar sua eficiência, possibilitando uma elevação na competitividade de seus produtos⁷.

A contrario sensu, quando os investimentos em setores de base de uma sociedade apresentam déficits relevantes, é possível observar um maior desinteresse por parte dos agentes econômicos em investir, de modo que tal restrição na oferta, leva ao aumento de preços na economia como um todo. Ou seja, a competitividade sistêmica do tecido econômico de um país encontra no desenvolvimento da infraestrutura um elemento decisivo para o crescimento sustentável da economia⁸. Isso porque um país institucionalmente volátil afasta investimentos, levando à perda de competitividade quando comparado a outros países com instituições mais sólidas e bem estruturadas⁹.

No mais, quanto aos aspectos regionais, ao analisar as regiões mais afastadas dos grandes centros urbanos e carentes de investimentos em infraestrutura, é possível observar alarmantes índices de desigualdades regionais. A organização territorial da infraestrutura condiciona a dinâmica da localização produtiva e, sem a coordenação dos investimentos de forma adequada em infraestrutura, ampliam-se os riscos de agravamento das desigualdades regionais já existentes no país. Quando a decisão de investir é baseada apenas nas forças de mercado, a tendência natural da expansão do investimento é se localizar no entorno de espaços já com ampla densidade¹⁰,

⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura Econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Livro 6, Volume I, p. 17. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3210/1/Livro6_InfraestruturaSocial_vol1.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura e Planejamento no Brasil: Coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do desenvolvimento – o caso do setor elétrico*. Brasília: Ipea, 2012, pp. 19-20. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/120911_relatorio_infraestrutura_planejamento.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

⁹ CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura: perspectiva pública*. Quartier Latin: São Paulo, 2014, p. 55.

¹⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura e Planejamento no Brasil: Coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do desenvolvimento – o caso do setor elétrico*. Brasília: Ipea, 2012, p. 20. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/120911_relatorio_infraestrutura_planejamento.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

razão pela qual mostra-se necessário um planejamento eficaz do Estado neste quesito.

Com uma economia em crescimento, abre-se a possibilidade de adoção de políticas de distribuição e equilíbrio de renda e consequente redução da pobreza. Nesse sentido, a infraestrutura social e urbana, por sua vez, implica, necessariamente, na melhoria das condições de vida da população. Não bastando se tratar de direitos sociais inalienáveis, a universalização de serviços públicos de eletricidade, saneamento básico e telecomunicações, por exemplo, oferecem impactos também sobre a produtividade de trabalho, de forma que populações bem atendidas por estes serviços essenciais têm melhores condições de saúde e, desta forma, alcançam também melhores condições para exercerem suas atividades profissionais¹¹.

Trazendo números reais da realidade brasileira à análise, em 2012, no evento *Global Competitiveness Report*, a má qualidade da infraestrutura brasileira levou o país a péssimas colocações nos mais variados setores base da sociedade. Entre os 144 países analisados, o Brasil ocupou a 107ª posição em termos de qualidade de infraestrutura, cujo ponto mais negativo recaiu no setor de transporte: o Brasil ocupou a 100ª posição em ferrovias, a 123ª posição em rodovias, 134ª posição em aeroportos e a 135ª posição em portos. Não obstante, o país posicionou-se em 48º lugar no que se refere ao indicador global de competitividade e em 52º quando analisada a renda per capita. Tais índices demonstram que os incentivos aos investimentos em infraestrutura no Brasil estão muito inferiores à sua real capacidade, considerando a força econômica do país¹².

Para melhor entendermos o cenário nacional e as diretrizes definidas pela Constituição de 1988 no que tange à atuação do Estado no desenvolvimento da infraestrutura, faz-se necessária uma rápida reflexão sobre as transformações históricas vivenciadas pelo regime político brasileiro

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² NETTO, Pedro Dias de Oliveira. *As Parcerias Público-Privadas e os Novos Desafios do Setor de Infraestrutura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 33.

ao longo dos anos. O Brasil passou por relevantes crises políticas e financeiras e, em decorrência de tais experiências, é possível observar, atualmente, diversas deficiências presentes nos setores base da sociedade.

1.2. O HISTÓRICO DO PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Como se sabe, o liberalismo econômico consolidou-se no Brasil no século XIX, pregando a mínima interferência do Estado na ordem econômica. A atuação estatal era considerada legítima apenas quando absolutamente necessária à preservação da segurança individual dos cidadãos, sendo a economia assunto concernente aos indivíduos e, portanto, regulada pelas próprias forças de mercado.

Até 1930, a responsabilidade pela construção de ferrovias e portos e o desempenho de serviços urbanos como iluminação e saneamento era, predominantemente, de empresas estrangeiras. Desse modo, por meio de uma concepção de lei “geral e abstrata” portadora de uma igualdade estritamente formal e do abstencionismo econômico, o Estado Liberal atribuiu segurança jurídica às trocas mercantis, criou um mercado de trabalho repleto de mão-de-obra barata e assegurou à iniciativa privada a realização de qualquer atividade potencialmente lucrativa¹³.

No entanto, o Estado Liberal foi alvo de diversas críticas a respeito de seus reflexos nos âmbitos social e econômico. À época, verificou-se no Brasil um cenário no qual os economicamente mais vulneráveis encontravam-se em situações ainda mais marginalizadas, uma vez que a segregação acabou prevalecendo frente à integração. No que diz respeito à atuação propriamente econômica do Estado liberal, a construção dos empreendimentos de infraestrutura como pontes, ferrovias e aquedutos, a distribuição de

¹³ POLANYI, Karl. The Great Transformation *Apud* MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa, v. 51, n. 204, out./dez. 2014, pp. 269-285. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em: 13 novembro 2019.

eletricidade e a sua consequente exploração econômica enfrentavam sérios empecilhos teóricos e ideológicos. Aos poucos surgiam novas necessidades, até então, inimagináveis que tornaram necessária uma forte regulação econômica para controlar possíveis iniquidades¹⁴.

Assim, o Estado foi cada vez mais penetrando em setores antes comandados pela iniciativa privada, uma vez que tais setores demonstraram-se capazes de influenciar diretamente no progresso econômico, na garantia de empregos e na melhoria das condições de vida da população. Tornou-se claro, portanto, que tais responsabilidade não poderiam, de modo algum, ficar a cargo de agentes particulares uma vez que os seus interesses não condiziam com as legítimas finalidades a que se destinavam tais atividades e serviços¹⁵.

Por essa razão, mostrou-se necessária a ação do Estado no domínio econômico de modo a (i) minimizar as distorções sociais maximizadas pelo sistema liberal, e a (ii) impulsionar a industrialização do país, dando início a sua era desenvolvimentista, sobretudo enquanto resposta à crise financeira de 1929, cujas desastrosas consequências econômicas e sociais evidenciaram a urgência de o Estado assumir, se não o protagonismo, ao menos papel estratégico na condução da economia. A atuação estatal proeminente no campo econômico encontra forte suporte teórico no pensamento keynesiano, segundo o qual o setor público seria indispensável para a organização da economia, fomentando e gerando empregos¹⁶.

Nesse sentido, a instalação no Brasil de uma indústria diversificada, com a criação de estatais nos mais diferentes setores, o cuidado com a segurança nacional e a exploração do subsolo brasileiro, foram decisões governamentais que visavam ao desenvolvimento do país a partir de investimentos na infraestrutura por meio da utilização de recursos públicos.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 34-35.

¹⁵ Idem, pp. 35 e 67.

¹⁶ TONINELLI, Pier Angelo. The rise and fall of public enterprise: the framework. In: _____ (Ed.). *The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 16.

A atuação do Estado brasileiro no domínio econômico ganha robustez a partir da década de 1940. A Constituição Federal de 1937 manteve o tom nacionalista e intervencionista dos textos constitucionais anteriores, mas destacou de modo incisivo a atuação direta do Estado na seara econômica. Entretanto, não havia, à época, ferramentas apropriadas para o planejamento e para o fomento à atividade privada. Assim, o Estado era obrigado a lançar mão da forma empresarial para explorar diretamente empreendimentos produtivos. A fórmula preferencial empregada para gerar o desenvolvimento nacional, portanto, perfez a constituição de companhias com capital público e explicitamente direcionadas para o cumprimento de missões específicas¹⁷.

O primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945) destacou-se pelo maciço investimento estatal na indústria de base, sobretudo em setores que já contavam com a presença de capital estrangeiro¹⁸. A política getulista deliberada foi a da expansão econômica via mercado interno, especialmente por meio da industrialização. A Revolução de 1930 rompe a política econômica pretérita, e o faz a partir da preservação do setor cafeeiro (com vistas à manutenção dos níveis de renda na economia, permitindo a internalização dos centros de decisão econômica e o processo de industrialização).

Apesar do momentâneo afastamento do ideário do nacionalismo econômico no governo Dutra (1946-1950), o retorno de Vargas em 1951 revitaliza a preocupação com os interesses nacionais contra a exploração capitalista estrangeira. Nesse sentido, defende-se que o Estado aja de modo incisivo para promover a rápida industrialização do Brasil – a industrialização e os investimentos na infraestrutura brasileira, portanto, são,

¹⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como Acionista Controlador*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 26; IANNI, Octávio. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 46-47; e DRAIBE, Sônia. *Rumos e metamorfoses: Estado e industrialização no Brasil 1930-1960*. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 91 e 106.

¹⁸ IANNI, Octávio, *op. cit.*, p. 69-70.

antes de mais nada, palavras-chave para o desenvolvimento econômico nacional¹⁹.

Adicionalmente, a política de crédito público teve um papel estratégico entre os instrumentos postos em ação. O governo federal passou a utilizar de bancos públicos, como o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), criado em 1952, com o objetivo de viabilizar uma ampliação do crédito a ser concedido, estimulando investimentos, sobretudo no desenvolvimento da infraestrutura brasileira²⁰. Naquele momento, couberam ao BNDES duas atribuições principais: garantir financiamento para os setores prioritários e permitir a captação externa de recursos, servindo como garantia do governo brasileiro, ante os credores internacionais.

Portanto, diferentemente dos países europeus, a criação de empresas estatais no Brasil se dá justamente para promover a atuação empresarial do Estado em vários setores da economia com o objetivo de internalizar o processo de industrialização, investindo na infraestrutura brasileira. A ideia não era disputar o mercado com o setor privado, mas sim ocupar os espaços negligenciados por ele, organizando a cadeia produtiva nacional.

Contudo, sabe-se que os desdobramentos do expansionismo estatal levaram o Estado brasileiro a um progressivo endividamento, uma vez que a consecução dos fins estatais, conforme acima mencionados, demandou quantias elevadas de recursos para a sua implementação. Por essa razão, o seu alcance de forma independente, proba e eficiente tornou-se um desafio aos cofres e órgãos públicos que possuem restrições orçamentárias concretas, uma vez que a capacidade de gerar moedas não é sinônimo da capacidade de gerar riqueza.

¹⁹ DRAIBE, Sônia. *Rumos e metamorfoses: Estado e industrialização no Brasil 1930-1960*. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 175.

²⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Brasil em Desenvolvimento 2010: Estado, Planejamento e Políticas Públicas*. Brasília: Ipea, 2012, p. 27. Disponível em: <http://www.mestradoprofissional.gov.br/bd/pdf/Livro_BD_sumanalit.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão,

“o esgotamento do modelo de intervenção direta na economia e de prestação de serviços públicos pelo Estado (...) foi agravado por dois fatores: a compressão dos preços e tarifas cobradas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, utilizadas para fins de políticas macroeconômicas, sobretudo para a contenção do processo inflacionário; e a utilização dessas empresas para efetuar operações de financiamento quando a capacidade de endividamento da própria União já estava se esgotando”²¹.

Assim, em razão da crise dos anos 70, o Brasil passou por uma reforma no que diz respeito ao papel do Estado frente à oferta de bens e serviços de infraestrutura. A necessidade de priorizar o controle da inflação e o equilíbrio das contas externas, em detrimento do crescimento a curto prazo, começou a ficar evidente. As empresas estatais acabaram por contrair dívidas a juros altíssimos a partir de 1979 o que foi agravado ainda mais com a desvalorização cambial nos anos seguintes²².

Tais acontecimentos refletiram negativamente no desempenho das empresas estatais e foi justamente nesse contexto que se deu a inserção da iniciativa privada no desenvolvimento da infraestrutura nacional. A privatização veio, portanto, como forma de desonerar o poder público de gastos estratosféricos e aliviar a grave crise fiscal que atingiu a administração pública, uma vez que o crescimento do número de empresas privadas representava uma maior arrecadação tributária para o governo.

A ideia era aumentar a eficiência nos setores de infraestrutura através da própria competição entre agentes econômicos interessados, a fim de garantir investimentos contínuos em prol do desenvolvimento nacional e bem-estar social. O consenso político da época agasalhou o ideário neoliberal, que, dentre outros pontos, advogava fortemente pela “eficiência”

²¹ *Op. cit.*, p. 68.

²² PINHEIRO, Armando Castelar. Privatização no Brasil: por quê? Até onde? Até quando? In: GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org). *A economia brasileira nos anos 90*. 1. ed. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999, p. 155-157. Disponível em <https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecim ento/livro/eco90_05.pdf>. Acesso em: 11 de novembro 2019.

no exercício das atividades produtivas – o que só poderia ocorrer por meio da iniciativa privada, não sujeitas a “ingerências políticas”²³.

Inicialmente, ainda que tenha ocorrido um movimento de privatização de empresas públicas, não houve compromisso e engajamento político suficientes para o sucesso dessa nova proposta. O ápice do movimento privatizante no Brasil ocorreu a partir da década de 90, durante o Governo Collor, cristalizado no Programa Nacional de Desestatização (PND), criado através da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, tendo como pano de fundo “a mudança de percepção sobre o papel das empresas estatais na economia brasileira”²⁴. Em seu artigo 1º, o PND trouxe os seguintes objetivos:

Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Por sua vez, a alínea “b”, do §1º, do artigo 2º do PND, definiu o processo de desestatização como a “*transferência para a iniciativa privada da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas bem como daqueles de sua responsabilidade*”. Tal medida levou ao aumento da arrecadação de impostos, impulsionando a contínua desconstituição de monopólios de atividades econômicas, a transferência de ativos de empresas estatais ao setor

²³ BELLINI, Nicola. “The decline of state-owned enterprise and the new foundations of the state-industry relationship”. In: TONINELLI, Pier Angelo (Org.). *The rise and fall of state-owned enterprise in the western world*, op. cit., p. 26-27.

²⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler, op. cit., p. 65.

privado e a promoção da prestação e gestão privada de serviços públicos no cenário brasileiro²⁵.

Ou seja, o Estado, após abraçar a execução de muitas atividades, com os quais sempre teve gastos infundáveis e pouca eficiência nos resultados, resolveu imprimir nova estratégia governamental: seu afastamento e a transferência das atividades e serviços para sociedades e grupos empresariais²⁶. Assim, por meio da política de desestatização, objetivou-se uma reorganização do Estado de modo a reestruturar a sua posição estratégica de atuação na economia, tornar eficiente a exploração de determinadas atividades consideradas essenciais à sociedade e, sobretudo, aliviar os alarmantes números que compunham a dívida pública.

Para referência, entre 1990 e 1994, ocorreu a privatização de 33 empresas, gerando uma receita total no valor de 8,6 bilhões de dólares e a incorporação ao setor privado de dívidas no valor de 3,3 bilhões de dólares. A partir de 1995, tais número foram consideravelmente ampliados, através de dois movimentos quase simultâneos: o primeiro, como já dito, a decisão de acabar com os monopólios do setor público na área de infraestrutura – o que foi, inclusive, objeto de emendas constitucionais naquele ano²⁷, e o segundo, a decisão de desenvolvimento de programas próprios de privatização também em âmbito estadual. Ao todo, as 80 privatizações ocorridas do período 1995-1998 somaram US\$ 60,1 bilhões em receitas e permitiram a transferência de US\$ 13,3 bilhões em dívidas²⁸.

Importantíssimo ressaltar que a ideia de atuação da iniciativa privada em setores e atividades antes desenvolvidas e operadas pelo poder público

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 540.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2018, p. 367.

²⁷ Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que altera o inciso XI e a alínea “a” do artigo 21 da CRFB e a Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995, que dá nova redação ao artigo 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

²⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. Privatização no Brasil: por quê? Até onde? Até quando? In: GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org). *A economia brasileira nos anos 90*. 1. ed. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999, p. 155-157. Disponível em

<https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecim ento/livro/eco90_05.pdf>. Acesso em: 11 de novembro 2019.

não implicava no fim de sua participação e/ou responsabilidade e consequente substituição. A era das privatizações traria ao Brasil uma complementação nos investimentos em infraestrutura, cabendo às esferas pública e privada o seu desenvolvimento conjunto em âmbito nacional. No entanto, pode-se minimamente constatar que houve uma má concepção em seu programa, o que levou ao agravamento da situação da infraestrutura pública brasileira no decorrer dos anos.

Inicialmente esperava-se que, neste novo modelo, o Estado apareceria como um agente importante, mas passivo no processo de ampliação dos investimentos em infraestrutura que, por sua vez, poderia ser conduzido eficientemente pela iniciativa privada. Tal crença, no entanto, não se concretizou. A passividade do Estado implicou a fragmentação e o esgarçamento da sua capacidade de planejar a expansão futura de infraestrutura, bem como na ineficiente regulação da atividade das concessionárias. Em suma, o contínuo esvaziamento do planejamento estratégico de gestão do Estado, a retração do investimento público e a insuficiência dos investimentos privados, tanto nacionais, quanto estrangeiros, não permitiram que fossem superados os principais gargalos na infraestrutura brasileira²⁹.

Apesar de ter atraído capital privado para setores importantes da infraestrutura brasileira, essa onda de investimentos não durou muito tempo. A partir disso, surgiu o sistema de parcerias entre os setores público e privado, modelo em que se verifica uma atuação conjunta dos agentes econômicos. As parcerias público-privadas (*lato sensu*) constituem, essencialmente, uma forma de o Estado viabilizar a implantação de projetos de infraestrutura, através do desempenho de atividades econômicas e serviços públicos – como a construção de rodovias, ferrovias, geração, transmissão e distribuição de energia, transporte urbano, telecomunicações,

²⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura e Planejamento no Brasil*: Coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do desenvolvimento – o caso do setor elétrico. Brasília: Ipea, 2012, pp. 33-34. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/120911_relatorio_infraestrutura_planejamento.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

dentre outros para cuja execução não dispõe de recursos – também mediante a concessão, à iniciativa privada, do direito de construção, exploração e prestação do serviço, a qual será melhor analisada no próximo capítulo.

Por ora, adianta-se apenas que o novo esforço não foi suficiente para expandir a infraestrutura no Brasil e, conseqüentemente, promover o desenvolvimento nacional de forma satisfatória, o que resta claro quando analisamos a realidade brasileira atual. Afinal, vivemos em um país em que se verifica uma profunda instabilidade econômica, ampla disparidade regional e alarmante desigualdade social.

1.3. OS REFLEXOS JURÍDICOS DO HISTÓRICO DO PAPEL DO ESTADO COMO AGENTE ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das normas constitucionais programáticas, fins e objetivos para o Estado e a sociedade, ou seja, metas e programas de ação futura para melhorar as condições econômicas e sociais da população brasileira³⁰. O artigo 3º³¹ do texto constitucional incorpora um programa específico de transformações econômicas e sociais³², a partir de um ideário nacional-desenvolvimentista e impõe ao Estado brasileiro à superação do subdesenvolvimento³³.

Nesse mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão ensina que:

“A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de um Estado que não é absentéista, no sentido de não ser neutro diante das necessidades de desenvolvimento econômico e social da coletividade, o que, necessariamente

³⁰ BERCOVICI, Gilberto. “A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 142, p. 36, 1999.

³¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³² BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*, cit., p. 208; BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Brasileira de 1988, as ‘Constituições Transformadoras’ e o ‘Novo Constitucionalismo Latino-Americano’”, cit., p. 295.

³³ BERCOVICI, Gilberto. “Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel & BINENBIJM, Gustavo Binenbojm. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 735.

pressupõe que seja, diretamente ou através da iniciativa privada, um Estado Garantidor de determinadas prestações necessárias à realização desses desideratos, radicados, sobretudo na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades sociais e regionais (arts. 1º e 3º, CF)”³⁴.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet, complementa tal raciocínio ao dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana

“impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”³⁵.

Assim, o desenvolvimento nacional, no âmbito da Constituição Federal de 1988, constitui um objetivo fundamental da República e está diretamente relacionado ao desenvolvimento econômico e social do país. Como já exposto neste trabalho, o gasto em melhorias na infraestrutura do país não constitui um fim em si mesmo, mas, sim, um meio de alcançar serviços de qualidade e bem-estar social, sendo dever do Estado o seu planejamento, desenvolvimento e manutenção.

Nesse sentido, à infraestrutura cumpre a função de dar o suporte necessário à implementação dos direitos e garantias fundamentais, positivados nos artigos 5º e 6º da CRFB. O direito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, que influenciam diretamente na erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III), são reflexos de uma sociedade bem estruturada e com serviços considerados essenciais implementados de forma eficiente.

A Constituição de 1988 valoriza a livre iniciativa, indicando como princípio da ordem econômica e financeira a livre concorrência (artigo 170) e coloca o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (artigo 174, *caput*)³⁶.

³⁴ *Op. cit.*, p. 128-129.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110 Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 128.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 6-27.

Não menos importantes, os artigos 173 e 175, merecem destaque neste trabalho. O artigo 173 do texto constitucional prevê que, existindo “imperativos à segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, o Estado estará absolutamente legitimado a prestar atividades econômicas em sentido estrito. Quanto isso ocorrer, ou seja, nos casos em que a Administração Pública, direta ou indiretamente, exercer “*atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços*”, deverá se submeter ao regime jurídico dos agentes privados que continuam aptos a desempenhar tais atividades sem a necessidade de delegação do poder público (§1).

No entanto, importante ressaltar, que tais atividades econômicas (*stricto sensu*) não dizem respeito aos serviços públicos que, por sua vez, são obrigações jurídicas atribuídas ao Estado, conforme disposto no artigo 175 da CRFB. Referido dispositivo afirma que “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”, deixando a cargo de legislação infraconstitucional a disposição sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, as condições contratuais, os direitos dos usuários, a política tarifária, bem como sobre a obrigação de manter um serviço adequado, conforme será melhor aprofundado em momento oportuno.

2. AS CONCESSÕES E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Como já exposto, os gargalos na infraestrutura que inviabilizavam o crescimento econômico e a necessidade de sobreviver à crise fiscal do Estado, somados à existência de uma série de atividades de relevância coletiva muitas vezes não autossustentáveis e/ou cujo financiamento não era possível à máquina estatal ou aos agentes privados individualmente, impossibilitaram o desenvolvimento satisfatório da infraestrutura no Brasil ao longo dos anos. Assim, conforme introduzido no capítulo anterior, surgem

os institutos das Concessões e das Parcerias Público-Privadas como estratégias capazes de implementar a noção de complementaridade entre agentes econômicos públicos e privados na consecução dos fins estatais relacionados ao investimento em infraestrutura.

Nesse sentido, a figura 1.2 abaixo, divulgada pelo BNDES³⁷, traz um quadro elucidativo a respeito dos modelos de desestatização, dentre os quais estão elencadas as modalidades de concessão e PPP, que serão trabalhadas nesse capítulo.



³⁷ Disponível em < <https://tinyurl.com/rtx3dex> >. Acesso em 15 de novembro de 2019.

2.1. SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1.1. CONCEITO

Pode-se dizer que o conceito de *serviço público* está em constante transformação, apesar de ser de extrema relevância a compreensão de suas características essenciais. Historicamente, as transformações ocorridas em torno da noção de serviço público foram motivadas muito mais por razões econômicas e políticas do que propriamente jurídicas, razão pela qual revela-se uma dificuldade no enquadramento de certa atividade como serviço público ou como atividade econômica, tal como distingue a Constituição³⁸.

Primeiramente, deve-se atentar ao fato de que se admitem dois sentidos fundamentais à expressão, quais sejam, um subjetivo e um objetivo. No primeiro estariam englobados os órgãos públicos responsáveis pela execução de atividades voltadas à coletividade, como, por exemplo, uma autarquia previdenciária. No segundo, porém, entende-se por *serviço público*, a atividade em si prestada pelo Estado e seus agentes³⁹, dotada de determinadas características essenciais à sua configuração e que será, por sua vez, o conceito desenvolvido neste trabalho.

A Lei 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública define serviço público como sendo a “*atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública*”.

Alexandre Santos de Aragão, por sua vez, define *serviços públicos* como:

“Atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de

³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 335.

titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”⁴⁰.

Em sentido, semelhante, ensina Marçal Justen Filho:

“Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público”⁴¹.

2.1.2. CARACTERÍSTICAS

As características do serviço público resultam da própria formulação conceitual. Trata-se dos traços que conferem a fisionomia jurídica do instituto e se relacionam com (i) quem presta o serviço; (ii) a finalidade específica do serviço; e (iii) o regime jurídico sob o qual é executado⁴².

Como já tratado anteriormente, a prestação de serviços públicos de forma adequada constitui dever do Estado expressamente disposto na Constituição Federal (art. 175). Contudo, a delegação de sua prestação à iniciativa privada não o descaracteriza, uma vez que a sua regulamentação e fiscalização, por sua vez, não pode ser repassada. Nesse contexto, cumpre ao Estado o desafio de permanecer responsável pela garantia dos deveres de isonomia, continuidade e universalidade dos serviços públicos⁴³.

Assim, o Estado deve gerir de forma proba os interesses da coletividade – que, por sua vez, podem ser caracterizados como primários (ou essenciais) e secundários (ou não essenciais)⁴⁴. Quando o serviço é considerado essencial, deve o Estado prestá-lo na maior dimensão possível, de modo a atender satisfatoriamente as demandas principais da sociedade.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 151.

⁴¹ *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 723.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 337.

⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael. *Op. cit.*, p. 72.

⁴⁴ É importante ressaltar que o caráter de essencialidade ou não de determinado serviço público não é definitivo, uma vez que pode variar de acordo com o local ou a época em que a atividade em questão é desempenhada.

Quando não essenciais, a sua prestação deverá resultar de avaliação feita pelo poder público que, por algum motivo relevante, terá interesse em fazê-lo⁴⁵.

Por fim, atuando diretamente ou delegando a sua prestação a agentes privados, através de concessões e permissões, a titularidade do serviço público permanece do Estado. Desse modo, nada mais natural do que a sua prestação estar submetida a regras específicas de direito público, sofrendo, quando aplicável e supletivamente, a incidência de normas de direito privado, uma vez que é a responsável por regular contratos em geral.

2.2. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS (CONCESSÃO COMUM)

Em 1995, foi promulgada a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, também conhecida como Lei de Concessões, que permitiu que agentes privados executassem serviços públicos, mediante utilização de recursos próprios e fossem remunerados através de tarifas pagas pelos usuários de tais serviços, sob a fiscalização de agências reguladoras.

Pedro Dias de Oliveira Netto define a concessão comum como:

“um arranjo contratual celebrado com o particular para exercer uma atividade econômica reconhecida como serviço público, cujo contrato administrativo seria o instrumento apto a conferir ao particular um conjunto de direitos e obrigações, seja para resguardar a continuidade do serviço público fornecido, ou até mesmo para proteger o concessionário com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro previsto”⁴⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, define como:

“O contrato administrativo pelo o qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”⁴⁷.

Quando pensamos em concessão de serviços públicos, é comum identificar um vínculo jurídico entre o Estado, na posição de poder concedente, e o agente privado, atuando como concessionário. Contudo, deve-se ter em mente que a concessão de serviços públicos possui caráter

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 338.

⁴⁶ NETTO, Pedro Dias de Oliveira. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Op. cit.*, p. 75.

triangular, uma vez que os usuários do serviço constituem peça importante desse mecanismo – afinal, são eles os efetivos destinatários do serviço delegado pela Administração Pública a um privado por meio do instituto da concessão⁴⁸.

2.2.1. MODALIDADES

Para uma exata percepção do regime das concessões, sob a égide da Lei 8.987/90, faz-se necessário observar que há duas modalidades do instituto: a *concessão de serviço público* e a *concessão de serviço público precedida de obra pública*, nos termos de seu artigo 2º, as quais serão melhor definidas a seguir.

2.2.1.1. CONCESSÃO SIMPLES

Esta é a clássica modalidade de concessão de serviço público, razão pela qual é também chamada de “simples” por parte da doutrina. Diz respeito à delegação da prestação de serviço público feita pelo poder concedente, por meio de procedimento licitatório, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (artigo 2º, inciso II), mantendo o Poder Público como titular do referido serviço.

O objeto desta modalidade, portanto, é, em um primeiro momento, a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público a ser desfrutado pela sociedade. Tal vontade é baseada na necessidade de agilizar a execução da atividade e melhor atender ao interesse público. Após verificada a conveniência da concessão, ajusta-se o contrato administrativo para que possa atingir os fins a que se propôs⁴⁹.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 395.

⁴⁹ Idem, p. 394.

2.2.1.2. CONCESSÃO PRECEDIDA DE EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA

Essa modalidade de concessão de serviço público conta com a concessão de um serviço público que é precedida de execução de obra para a sua realização (artigo 2º, inciso III). Isto é, é o contrato administrativo por meio do qual o Poder Público ajusta com pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, mediante o emprego de recursos próprios, assumindo os seus riscos, e, após a sua conclusão, delega a sua exploração por prazo previamente acordado.

José dos Santos Carvalho Filho complementa tal definição ao dizer que:

“nessa forma de concessão, pretende o Estado livrar-se do dispêndio que obras públicas acarretam, deixando o investimento a cargo do concessionário. Como este investe, com toda certeza, vultosos recursos na execução da obra, é justo que se lhe permita explorá-la para recuperar o capital investido. Por outro lado, a coletividade se beneficia da obra, e o Estado, após o prazo da concessão, assume sua exploração, podendo, ou não, transferi-la novamente, se for de sua conveniência”⁵⁰.

2.2.2. REMUNERAÇÃO

Como remuneração pela prestação do serviço público pelo concessionário, há a fixação, pelo Poder Público, de *tarifa* a ser paga pelos usuários. Contudo, tendo em vista a essencialidade dos serviços públicos à população, o artigo 6º, §1º da Lei de Concessões estabelece que a tarifa (paga justamente pelos usuários) deverá ser módica – isto é, não poderá ter um valor exorbitante, incompatível com a qualidade do serviço e com o poder aquisitivo da população. Confira-se:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

⁵⁰ Idem, p. 397.

A análise do dispositivo acima revela que o valor da tarifa (a ser cobrado diretamente dos usuários da prestação dos serviços) não poderá proporcionar o enriquecimento indevido e desproporcional do concessionário. Contudo, também não deverá impossibilitar a execução do serviço em questão, consistindo em remuneração justa ao concessionário decorrente da melhor proposta no momento da licitação⁵¹⁵².

A tarifa, por ser o valor a ser cobrado pelo serviço prestado, é extremamente importante para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Por tal razão, deve ser ajustada de acordo com as necessidades de expansão, aquisição de equipamentos e o próprio lucro do concessionário (artigo 6º, §2º). Cumpre esclarecer também que a tarifa é, em regra, um recebível estável – em um cenário de risco de demanda mitigado – considerando a essencialidade ou conveniência dos serviços públicos à população.

É válido ressaltar que, tratando-se de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, o poder concedente não remunera o concessionário pela execução da obra. Apenas o serviço público explorado após a sua conclusão que será remunerado por meio da tarifa paga pelos usuários.

2.2.3. REVERSÃO

Por fim, como já tratado anteriormente neste trabalho, as concessões de serviços públicos possuem prazos determinados para a sua extinção. Findo o período contratual, seja por caducidade (rescisão por inadimplemento contratual) ou encampação (rescisão unilateral pelo poder público por motivo de interesse público), o §1º do artigo 35 da Lei de Concessões determina que

⁵¹ Idem, pp. 409-410.

⁵² O art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece que a licitação deve garantir a escolha, pelo Poder Público, da proposta que lhe for mais vantajosa. Uma das modelagens possíveis destinadas à prestação de serviços públicos (via de regra relacionados ao desenvolvimento da infraestrutura social e urbana de um país) consiste na seleção da proposta com o menor valor de tarifa como a mais vantajosa – pois seria a que menos oneraria os usuários do serviço.

“retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato”.

Pode-se dizer que o termo empregado pela legislação não é muito preciso, uma vez que como os referidos bens nunca foram de propriedade do poder concedente, não haveria, tecnicamente falando, como voltar a ser. Assim, para a melhor interpretação da lei, entende-se que o que é revertido ao poder público é o serviço delegado (ou seja, os direitos e privilégios transferidos ao concessionário), sendo o ingresso dos bens ao patrimônio público, mera consequência⁵³.

A reversão, por sua vez, pode ser feita de forma onerosa, mediante indenização, pelo Poder Público do valor de aquisição dos bens pelo concessionário, ou de forma gratuita, quando o preço fixado para o pagamento das tarifas já houver considerado o valor despendido para a compra dos bens essenciais à prestação do serviço e o lucro esperado já tiver sido fruído, conforme disposto nos artigos 35, inciso I, parágrafo 1º e 36 da Lei de Concessões:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

(...)

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Nas palavras de José Virgílio Lopes Enei,

“O contrato de concessão de serviço público normalmente prevê a reversão ao poder concedente dos bens afetos ao serviço, uma vez terminada a concessão, seja pelo decurso do seu prazo original, seja pelo seu término prematuro em decorrência de caducidade ou encampação. Em qualquer caso, a reversão assegura ao

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 436.

concessionário o direito à indenização pelos ativos ainda não amortizados ou depreciados (art. 36 da Lei de Concessões)”⁵⁴.

2.3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Quase uma década após a promulgação da Lei de Concessões, optou-se por modificar o regime de concessões existente, de modo a torná-lo mais atraente aos investidores privados. Tal modalidade de parceria pode ser definida como um processo de colaboração entre os setores público e privado, no qual há a interação de uma pluralidade de agentes que buscam alternativas mais eficientes e a melhor partilha de riscos ao investir em projetos de infraestrutura.

As justificativas constam da mensagem que acompanhou o projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional. Após afirmar que o procedimento das parcerias alcançou grande sucesso em diversos países como Inglaterra, Portugal e África do Sul, em um contexto de indisponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado, acrescentaram que *“no caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado”*⁵⁵.

Postula-se, portanto, a sofisticação dos negócios administrativos, recriando técnicas contratuais, de modo a favorecer a eficiência, a economicidade, o consensualismo e a gestão de resultados no cenário econômico brasileiro. O surgimento das Parcerias Público-Privadas buscou integrar a participação do Estado no custeio de projetos concessórios deficitários e a estender à lógica das concessões atividades não passíveis de remuneração via tarifa.

⁵⁴ ENEL, José Virgílio Lopes. *Project Finance*: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 349.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Op. cit.*, p. 143.

Foi em 2001 que o governo federal iniciou o programa de PPP, levando em consideração de um lado, a experiência internacional, principalmente a inglesa e, de outro, a convicção de que o projeto deveria ser adaptado à realidade brasileira, nos termos das peculiaridades legislativas, do sistema jurídico, das demandas sociais e da administração pública do país. Os trabalhos progrediram ao longo de 2002 e 2003, sob coordenação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), culminando na edição da Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004.

Nesse novo cenário, a Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004, também conhecida como Lei de Parcerias Público Privadas (Lei de PPP) foi considerada o marco legal desta modalidade de atuação. O Programa de Parceria Público-Privada foi implementado com o objetivo de fomentar, coordenar, regular e fiscalizar a atividades de agentes do setor privado que, na condição de colaboradores, atuam na implementação das políticas públicas, voltadas ao desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo.

José dos Santos Carvalho Filho define parceria público-privada como:

“(...) o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou 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 pactuantes”⁵⁶.

Assim, cabe ao parceiro privado a obrigação de aportar o investimento para a consecução do projeto, seja com recursos próprios, seja através de recursos obtidos junto a outras entidades do setor público ou privado de forma que, em contrapartida, o Estado deverá garantir a remuneração do ente privado, a partir de uma contraprestação pecuniária, sem prejuízo de eventuais tarifas. Selando essa parceria, o poder concedente deverá solidarizar-se com o parceiro privado no caso de eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de déficit, ainda que tal consequência tenha causas imprevisíveis (tais como caso fortuito, força maior e fato do príncipe) – trata-se de um mecanismo de compartilhamento de riscos do empreendimento.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 455.

2.3.1. MODALIDADES

O referido ato normativo prevê em seu texto duas modalidades de parceria – a concessão patrocinada e a concessão administrativa – excluindo de seu regime os contratos de obras públicas, que continuam regidos pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), e os contratos de concessão comum que permanecem no âmbito de aplicação das Leis 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e a Lei 9.047, de 18 de maio de 1995, as quais, no entanto, sofrerão aplicação subsidiária nas operações de parcerias público-privadas.

2.3.1.1. CONCESSÃO PATROCINADA

A concessão patrocinada (artigo 2º, §1º da Lei de PPP) é um instrumento jurídico da Administração Pública para engendrar programas de criação, recuperação e expansão de infraestrutura e do serviço público no país⁵⁷. Tem-se um regime jurídico parcialmente semelhante ao das concessões comuns. Por meio dela, o poder público delega a outrem a execução de determinado serviço público ou obra pública, para que o explore mediante a remuneração tarifária paga pelo usuário, somada à contraprestação pecuniárias devida pela Administração Pública – sendo esta última, justamente, a característica que as difere.

Ao pressupor a integração de contraprestação pecuniária pelo Poder Público, esse modelo de concessão especial de serviço público serve a dois propósitos imediatos, nas palavras de Fernando Vernalha Guimarães:

“(a) vestir juridicamente arranjos contratuais que tenham por objeto concessões de serviços públicos cuja receita tarifária e outras receitas ancilares se mostrem insuficientes a custear a prestação do serviço público (o que supõe considerar o custo operacional da concessão mais o lucro do concessionário), recorrendo-se às contraprestações pecuniárias da Administração como meio a permitir a viabilidade econômico-financeira da concessão concretamente projetada; e (b) calibrar o nível

⁵⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

de risco envolvido em certos projetos de infraestrutura e de serviço público, permitindo, com a participação do Poder Público (...) na remuneração do concessionário, mitigar riscos que tornariam as possibilidades de financiamento pelo capital privado pouco atrativas”⁵⁸.

No entanto, conforme disposto no artigo 7º, *caput* e parágrafo único, da Lei de PPP, a remuneração por parte do Poder Público só é considerada devida quando o serviço objeto do contrato se tornar total ou parcialmente disponível, razão pela qual todo e qualquer gasto prévio à disponibilização do serviço correrá exclusivamente por conta do agente privado.

2.3.1.2. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

A concessão administrativa, por sua vez, nos termos do artigo 2º, parágrafo 2º da Lei de PPP é o “*contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*”. O conceito previsto em lei não é suficientemente claro para definir os possíveis projetos que poderão ser objeto do referido contrato. Porquanto, cabe explicitar que a concessão administrativa pode ser definida como um misto de empreitada, uma vez que objetiva a execução material de uma atividade e a gestão de serviço público⁵⁹.

Nesta modalidade, a cobrança de tarifas é inviável por razões econômicas, sociais ou jurídicas, como a cobrança de tarifas pela utilização de serviços no âmbito da saúde ou educação públicas ou, ainda, porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado⁶⁰. Não se fala, portanto, na existência de complementação de tarifa – inexistente, sim, qualquer tipo de tarifa devida pelos eventuais usuários, cabendo o ônus totalmente à máquina estatal.

Assim, enquanto o objeto das concessões patrocinadas restringe-se aos serviços públicos econômicos, o das concessões administrativas tem como

⁵⁸ Idem, *ibidem*.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Op. cit.*, p. 151.

⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 643.

possível objeto um leque bem mais amplo de atividades administrativas – tais como serviços públicos sociais, atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, além de atividades internas da Administração Pública, não havendo, portanto, usuário do serviço prestado.

2.3.2. CARACTERÍSTICAS GERAIS E VEDAÇÕES

Em ambas as modalidades de concessão, seja pelo fato de a obrigação de remuneração pelo poder público ser devida apenas após a disponibilização do serviço (concessão patrocinada) ou pela impossibilidade de instituição remuneração complementar através de tarifas (concessão administrativa), entende-se como fundamental a figura de um agente financiador, a prestação de garantias adequadas e a alocação e mitigação de riscos para um resultado positivo da parceria público-privada.

Os elementos básicos, portanto, que condicionam e caracterizam a PPP, independente de sua modalidade, seriam (i) investimento realizado pela iniciativa privada; (ii) obrigatoriedade da contraprestação pecuniária, por parte do Estado, em favor do concessionário, pela execução da obra ou do serviço; e (iii) equilíbrio econômico-financeiro, através de compartilhamento dos riscos entre os parceiros público e privado.

É necessário ressaltar, por fim, que a Lei de PPP prevê três vedações à celebração de parcerias público-privadas, nos incisos I, II e III do parágrafo 4º do art. 2º e no inciso I do art. 5º: (i) o valor do contrato deve ser igual ou superior a R\$ 10 milhões⁶¹; (ii) o prazo do contrato não pode ser inferior a cinco anos ou superior a 35 anos (incluindo eventuais prorrogações); e (iii) o objeto do contrato não poderá ser única e exclusivamente o fornecimento de mão-de-obra, instalação de equipamentos ou a execução de uma obra pública⁶².

⁶¹ SORJ, Pablo; MOURA, Bernardo Môcho; e OLIVEIRA FILHO, Antonio Soares de. *Project Finance Panorama*. In: Chambers Global Practice Guide, 2019, p.14.

⁶² NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 101.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

- I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017)
- II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou
- III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

- I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

Com isso, o legislador buscou fazer com que as PPP não fossem banalizadas, sendo utilizadas apenas em grandes projetos de infraestrutura, inclusive em razão do limite de 1% a 5% da receita corrente líquida que cada ente tem para o conjunto de suas PPP, nos termos dos artigos 22 e 28 da Lei de PPP, de modo que sua implementação deve ser feita através de planejamentos específicos.

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012)

2.3.3. COMPARTILHAMENTO DE RISCOS

Retomando a questão do compartilhamento de riscos já indicada como característica inerente às PPP, busca-se, a partir dela, atingir uma equação econômico-financeira diferente da tradicionalmente aplicável aos contratos administrativos em geral. Nas concessões comuns, por exemplo, sabe-se que o fato de o serviço público em questão ser mais ou menos utilizados pelos

seus destinatários finais, é um risco do negócio e deverá ser suportado pelo concessionário. O Estado apenas será responsabilizado, devendo arcar conjuntamente com os prejuízos decorrentes, no caso de fatos imprevisíveis ou para os quais deu causa.

A repartição objetiva dos riscos que ocorre no âmbito das PPP, requer a prestação de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus suportados por cada parceiro envolvido. É certo que cada PPP envolverá uma repartição de riscos específica a depender de suas particularidades. Mas, no geral, os contratos firmados no âmbito de PPP requerem a manutenção da equação econômico-financeira, de modo que poderão ser incluídas obrigações de responsabilidade por variação e custos que, não necessariamente, seriam considerados como imprevisíveis⁶³.

Interessantes perspectivas podem ser verificadas a partir da alocação e mitigação dos riscos nos contratos de PPP, conforme analisa Pedro Dias de Oliveira Netto:

“Partindo de uma perspectiva positiva, o risco seria considerado como uma oportunidade ao concessionário, pois quanto maior o risco que lhe fora atribuído, maior pode ser o potencial de retorno financeiro em detrimento das perdas que não venham a ser materializadas. De outro lado, o risco pode ser visto por um viés negativo, haja vista a sua ocorrência afetar as metas e a performance econômica do empreendimento, sendo mais vantajoso para as partes que mitiguem a probabilidade da ocorrência do dano”⁶⁴.

No entanto, cumpre ressaltar que a Lei de PPP, por si só, não indica exatamente como devem ser partilhados os riscos das operações. Tal determinação compete ao contrato administrativo relevante que deverá considerar as particularidades de cada projeto ao fazê-la, conforme disposto em seus artigos 4º, inciso VI e 5º, inciso III:

“Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 674.

⁶⁴ NETTO, Pedro Dias Oliveira de. *Op. cit.*, p. 67.

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.”

Importante ressaltar que tais regras não são aplicáveis para os casos de fato do príncipe e fato da Administração Pública, em que o desequilíbrio decorre de ato ou fato do Poder Público, seja ele provocado por ato geral não relacionado diretamente com o contrato (fato do príncipe) ou causado por ato praticado pela Administração Pública como parte contratante (fato da Administração)⁶⁵.

Nesse sentido, defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

Nas duas hipóteses é inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com prejuízos provocados pelo contratante. No caso de fato do príncipe. A responsabilidade do Estado encontra fundamento na regra contida no artigo 37, §6 da Constituição, que não pode ser afastada por lei ordinária. No caso de fato da Administração, trata-se de responsabilidade contratual por inadimplemento, não podendo o parceiro privado arcar com os prejuízos, nem mesmo dividi-los com o parceiro público. Trata-se de mera aplicação do princípio geral de direito, consagrado no artigo 186 do Código Civil, segundo o qual aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo”.

Parte da doutrina considera para a distribuição de riscos entre os setores públicos e privados, três importantes critérios. O primeiro consiste no fato de que o risco deverá ser alocado à parte que possa dispor de um menor custo para reduzir as chances de sua materialização. O segundo aborda não a capacidade de prevenção de cada parte, mas sim a sua capacidade de gerenciar as suas consequências negativas. Por fim, o terceiro critério leva em consideração a possibilidade de cada um de transferir a terceiros os custos de prevenção e/ou reparação⁶⁶.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Op. cit.*, p. 156.

⁶⁶ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 80-82 *Apud* NETTO, Pedro Dias de Oliveira. *Op. cit.*, p. 68.

2.3.4. FINANCIAMENTO E GARANTIAS

Observa-se, então, que as PPP podem ser entendidas como uma forma de financiamento, semelhante às demais alternativas de obtenção de recursos pelo Poder Público, tais como o financiamento através de empréstimos concedidos pelos bancos de fomento e a emissão de títulos da dívida pública. Nesta modalidade de concessão, ao invés de realizar uma operação de empréstimo direta com uma instituição financeira, contrata-se uma empresa privada que, via de regra, vai por sua conta realizar similar operação de crédito para dar início às obras e à prestação do serviço público objeto do contrato⁶⁷.

Para fins deste trabalho, entende-se por *financiamento*, todo arranjo jurídico da formação ou captação de recursos financeiros para viabilizar a construção e/ou exploração de determinado empreendimento de infraestrutura, incorporado ao patrimônio da concessionária. Portanto, na perspectiva das concessionárias, é possível classificar as fontes de capital em própria e de terceiros. A título de exemplo, são fontes de capital própria a subscrição de ações e aporte de capital social à SPE e de terceiros, contratação de financiamentos com instituições financeiras e emissão de debêntures (sobretudo aquelas próprias do setor de infraestrutura)⁶⁸.

Por se tratar de contrato de grande dimensão econômico-financeira e de longo prazo de vigência, as PPP dependem da previsão de garantias ao cumprimento das obrigações dos parceiros para alcançarem adequada segurança jurídica. Desse modo, o sistema de garantias da PPP possui a reciprocidade de prestação como característica marcante e que o diferencia dos contratos administrativos em geral. Nas palavras de Fernando Vernalha Guimarães, admite-se

“tanto garantias (i) destinadas a acautelar o parceiro público quanto a eventuais prejuízos causados pelo parceiro privado no âmbito do contrato de parceria; como

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 635.

⁶⁸ VANZELLA, Rafael. Financiamento privado da infraestrutura. In: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (Coord.). *Direito da Infraestrutura*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 311.

aquelas (ii) destinadas a acautelar o parceiro privado em face de eventuais inadimplementos incorridos pelo parceiro público”⁶⁹.

A concessionária, por sua vez, terá a necessidade de constituição de uma sociedade de propósito específico (SPE) incumbida exclusivamente de implementar e gerir o projeto objeto da parceria, o que auxilia tanto na mitigação dos riscos envolvidos, quanto na fiscalização do empreendimento em questão por instituição pública competente, conforme prevê o artigo 9º da Lei de PPP.

A obtenção de receitas pelos serviços a serem prestados faz-se imprescindível para adimplir as dívidas iniciais e tornar o projeto autossustentável do ponto de vista financeiro. Como os investimentos em projetos de infraestrutura demandam valores vultosos, apresentam riscos expressivos e envolvem longos prazos de maturação, surge o *project finance* como uma modalidade específica de financiamento que visa, especificamente, à realização de um projeto ou o oferecimento de determinado serviço, especialmente em infraestrutura, nos moldes que serão aprofundados no capítulo a seguir.

3. PROJECT FINANCE

3.1. CONCEITO E HISTÓRICO INTERNACIONAL E NACIONAL

É certo que o conceito de Project Finance não é amplamente conhecido no Brasil, apesar de ter adquirido significativa popularidade nos últimos anos. Esta modalidade de financiamento, nos moldes em que conhecemos hoje, desenvolveu-se há cerca de quarenta anos na Inglaterra, buscando possibilitar a exploração de petróleo e gás natural nas plataformas do Reino Unido⁷⁰. Ainda que a lógica por trás desse tipo de transação não seja recente, os arranjos financeiros e a capacidade de mitigação dos riscos

⁶⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, pp. 343-344.

⁷⁰ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 88.

envolvidos tornaram-na inovadora e atraente aos agentes econômicos em todo o mundo.

No Brasil, a introdução deste instituto ocorreu apenas na última década no século XX e assim como no exterior, a sua principal área de atuação é o setor de infraestrutura, onde a maior parte dos projetos requer investimentos vultosos, profissionais e tecnologias especializadas e alocação de riscos bem definida. A alternativa trazida viabilizou a alavancagem de recursos para a execução de projetos nos setores de energia, transporte, telecomunicação, saneamento básico, dentre outros, e tem se mostrado bem-sucedida em nosso país.

Apesar de não possuir um conceito normativo no direito brasileiro, José Virgílio Lopes Enei, com assento em Peter K. Nevitt e Frank Fabozzi, define *project finance* como:

“o empréstimo realizado em favor de uma unidade econômica individualizada, pelo qual os mutuantes aceitam a capacidade de geração de caixa e lucros por parte da referida unidade econômica como a fonte principal de pagamento do empréstimo, assim como os ativos alocados àquela unidade econômica como garantia real”⁷¹.

Jonh D. Finnerty, por sua vez, expõe que:

“o *project finance* pode ser definido como a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos vêem o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender ao serviço de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto”⁷².

Adicionalmente, para uma definição ainda mais completa desta modalidade de financiamento, os Princípios do Equador dispõem que:

“Project Finance é uma modalidade de financiamento pela qual o financiador leva em consideração, prioritariamente, as receitas geradas por um único projeto, tanto como fonte de repagamento quanto como garantia à exposição ao risco. Esse tipo de financiamento normalmente é voltado para instalações de grande porte, complexas e custosas – por exemplo, unidades geradoras de energia, indústrias químicas, minas, infraestrutura de transporte, meio ambiente e infraestrutura de telecomunicações. O Project Finance pode ser um financiamento para a construção

⁷¹ NEVITT, Peter K. FABOZZI, Frank. *Project Financing*. 6. ed. EUA: Euromoney Publications PLD, 1995 *Apud* ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 21-22.

⁷² FINNERTY, John D. *Project finance: engenharia financeira baseada em ativos*. Trad. port. Bazán Tecnologia e Linguística, sob a supervisão de Eduardo Fortuna. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p. 2 *Apud* ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 22.

de uma nova unidade, ou o refinanciamento de uma unidade já existente, com ou sem melhoramentos. Em tais operações, o financiador normalmente é repago quase que exclusivamente com os recursos gerados pelos contratos de comercialização dos produtos do projeto, como a eletricidade vendida por uma usina de geração elétrica. O cliente é geralmente uma sociedade de propósito específico (SPE), que não está autorizada a desempenhar qualquer função que não seja a de desenvolver, operar e ser proprietário daquela unidade. Em consequência, o repagamento depende principalmente do fluxo de caixa do projeto, bem como do valor dos ativos do Projeto dados como garantia”⁷³.

O *Project Finance*, portanto, é uma modalidade de financiamento na qual o credor considera as receitas geradas pelo projeto como a principal fonte de recursos para o repagamento da dívida, bem como o valor dos ativos de sua propriedade para a constituição de garantias. A grande vantagem dessa operação é que a captação da maior parte dos recursos não se dá na forma de integralização de capital, mas sim, na capacidade de geração de lucros do próprio projeto. Isto é, utiliza-se da conversão de ativo futuro em ativo de liquidez imediata, antecipando os recursos que servirão para amortizar⁷⁴, a longo prazo, o empréstimo contratado para construção de uma nova unidade ou para refinarciamentar unidade já existente.

Quando comparado ao modelo de financiamento tradicional, também conhecido como *Corporate Finance*, o financiamento de projetos apresenta vantagens e desvantagens, a depender do projeto que se deseja desenvolver. Em regra, apenas projetos que demandam elevado nível de investimento, possuem alto retorno financeiro e detém certo nível de sofisticação, como aqueles envolvidos em empreendimentos de infraestrutura, costumam ser objeto de financiamento através da modalidade de *project finance*⁷⁵.

No âmbito do *Corporate Finance*, a forma de captação de recursos ocorre mediante a integralização de capital por parte dos acionistas ou

⁷³ PRINCÍPIOS DO EQUADOR. *Equator Principles*. Jun. 2013. Disponível em: <https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_portuguese_2013.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

⁷⁴ ARAÚJO, Wagner Frederico Gomes de Araújo. As estatais e as PPPs: o project finance como estratégia de garantia de investimentos em infra-estrutura. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 57, n.2, p. 169-190, abr./jun. 2006. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/195>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

⁷⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 93.

quotistas da SPE ou a contratação de empréstimos com garantias por eles outorgadas, vindo a onerar o seu balanço e demonstrações financeiras. Tais consequências podem comprometer severamente a sua capacidade de contrair nova dívida futura e/ou restringir o seu investimento em outros projetos⁷⁶. Por outro lado, “*o financiamento de projetos apresenta um grau de complexidade muito maior (...) que se traduz em prazos de implementação mais longos e, de modo geral, maiores custos de negociação*”, conforme ensina José Virgílio Lopes Enei, além de estar sujeito a taxas de juros mais elevadas, uma vez que os riscos assumidos pelos financiadores externo tendem a ser maiores⁷⁷.

Pelo exposto, entende-se que o *project finance* é uma modalidade extremamente interessante e eficiente para trazer a preconizada expansão de infraestrutura, amplamente utilizada em diversos países. No Brasil, apesar de a falta de regulamentação específica não impedir a sua utilização, melhorias na legislação brasileira, em termos de regulação e tributação, tornariam tal modalidade ainda mais atrativa aos investidores do referido setor⁷⁸.

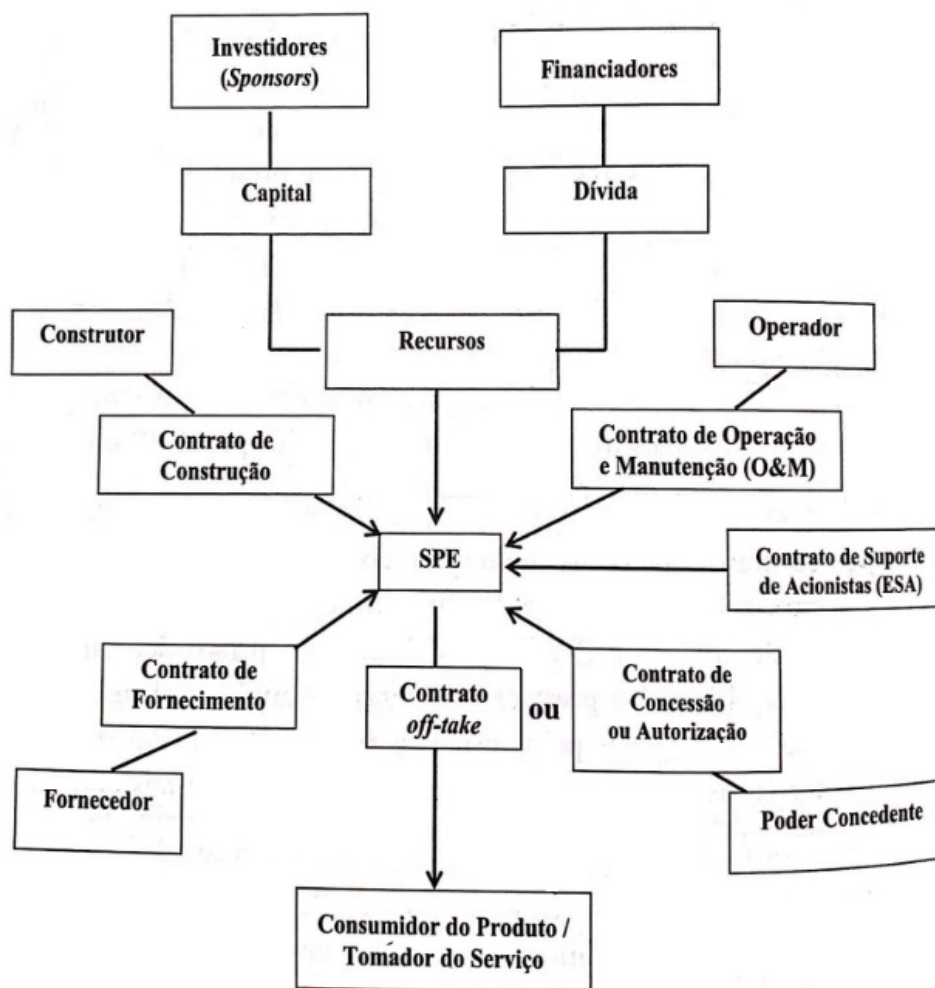
Para melhor compreensão deste instituto, analisemos, em seguida, a estrutura contratual e os principais participantes envolvidos em operações deste tipo.

⁷⁶ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. Breves notas sobre o *project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 69-70.

⁷⁷ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.* pp. 92-93.

⁷⁸ CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Introdução ao Project Finance. In: CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Manual de Project Finance no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 38.

3.2. ESTRUTURA CONTRATUAL E PARTICIPANTES



WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. Breves notas sobre o *project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 68.

Para que seja possível a implementação do *project finance*, é necessária uma estruturação específica que viabilize o arranjo financeiro proposto. Para tanto, ao optar por levantar os recursos necessários para o desenvolvimento de um projeto de infraestrutura, a sociedade empreendedora, agora chamada de patrocinadora ou *sponsor*, deverá constituir uma nova sociedade, por ela controlada, isolando-a de suas demais atividades – é a chamada sociedade de propósito específico (SPE). A SPE, como o próprio nome salienta, não poderá desempenhar função estranha

àquela para qual fora constituída, qual seja, o desenvolvimento e operação de determinado projeto. A criação de uma SPE é uma forma de concentrar as obrigações e direitos decorrentes da operação em questão, afastando ou limitando, conforme o caso, a responsabilidade de seus patrocinadores.

A ideia é conter os riscos e todos os recursos necessários à sua administração no âmbito da SPE, de modo a evitar o envolvimento de bens pessoais e de outras atividades de seus patrocinadores. Ou seja, a SPE não terá qualquer histórico de operações e de crédito, uma vez que se trata de uma sociedade recém constituída tão somente para o desenvolvimento daquele determinado projeto. A decisão de crédito da instituição financeira, portanto, será baseada unicamente na probabilidade de sucesso do empreendimento considerado, isto é, na sua capacidade de geração de receitas que lhe permitam, após o pagamento dos seus custos e despesas operacionais, pagar o financiamento e os juros correspondentes⁷⁹.

Em razão dos altos riscos assumidos pelo mutuante – deveras maior do que num empréstimo convencional -, este acaba por exigir não só uma taxa de juros superior àquela oferecida aos clientes de menor risco de crédito, como também a assunção de uma série de compromissos por parte da SPE de forma a tentar reduzir o risco do negócio e tantos outros que puderem ser mitigados. Dentre eles, há de se falar na obrigação de (i) destinação dos recursos financiados exclusivamente em benefício do projeto, em total conformidade com o plano de investimento inicialmente negociado quando da contratação do empréstimo, (ii) celebração de contratos que transfiram parte dos riscos aos prestadores de serviço, fornecedores, consumidores e outras partes envolvida no projeto e (iii) a submissão da SPE a um esquema de monitoramento e fiscalização por parte do financiador, além das garantias específicas do projeto.

No Brasil, os principais financiadores de projetos são bancos públicos de fomento como o BNDES e o Banco do Nordeste do Brasil, bancos comerciais públicos e privados tais como Caixa Econômica Federal, Banco

⁷⁹ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 65.

do Brasil S.A., Itaú Unibanco S.A., Banco BTG Pactual S.A. e ainda, algumas organizações multilaterais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o Internacional Finance Corporation – IFC⁸⁰.

O BNDES merece destaque como principal instrumento do Governo Federal para o financiamento de longo prazo, pioneiro nos estudos sobre *project finance*. O BNDES dispõe de linhas de financiamento específicas para cada setor – saneamento, tecnologia das telecomunicações, mobilidade urbana, energia, segurança pública, dentre outros, sendo o principal provedor de recursos de longo prazo e detentor de grande *know-how* na matéria. Nos últimos dez anos, o BNDES financiou mais de 500 bilhões de dólares em projetos de desenvolvimento econômico no Brasil⁸¹.

Em termos de estrutura contratual, o *project finance*, como modalidade de financiamento, compreende um padrão complexo de contratos em suas operações. A SPE contrai um financiamento, podendo este ser a curto prazo, para financiar a parte inicial do projeto, ou a longo prazo que, via de regra, é utilizado, no todo em parte, para quitar o primeiro empréstimo contraído – procedimento este que é chamado de *take out*. Independentemente de seu prazo para amortização ou do número de credores, os financiamentos contarão com um pacote de garantias, sobre o qual falaremos em seguida⁸².

Quando determinado projeto envolve mais de um credor e riscos elevados, é comum a celebração de um acordo de credores, de modo a estabelecer, desde logo, os direitos e obrigações de cada um frente à devedora, bem como o compartilhamento das garantias entre eles. A finalidade deste tipo de contrato é, justamente, evitar uma atuação

⁸⁰ MATES, Carol M. Project Finance in Emerging Markets – The Role of the International Finance Corporation. In: *Transmissional Law*, 18, 2004-2005, p. 165. Apud WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. Breves notas sobre o *project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 62.

⁸¹ SORJ, Pablo; MOURA, Bernardo Môcho; e OLIVEIRA FILHO, Antonio Soares de. *Project Finance Panorama*. In: Chambers Global Practice Guide, 2019, p.13.

⁸² WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. Breves notas sobre o *project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, pp. 63-64.

desordenada ou uma competição entre os credores que seria prejudicial tanto a eles, quanto à SPE e ao projeto⁸³.

Apesar de as operações de *project finance* demandarem, em regra, limitada (*limited recourse*) ou inexistente (*non-recourse*) necessidade de prestação de garantia por parte dos *sponsors* da SPE, não é rara a celebração de um contrato em que os acionistas comprometem-se a aportar recursos (*Equity Support Agreement - ESA*), por meio de aporte de capital ou mútuos subordinados ao pagamento do financiamento, em caso de necessidade para a finalização da construção do projeto, a sua operação ou para o repagamento do financiamento contratado. Vale ressaltar que o fato de os *sponsors* celebrarem contrato desta natureza não aproxima o *project finance* ao modelo de financiamento tradicional, anteriormente explicado. Isso porque no âmbito de sua contratação, não há a outorga de garantias “pessoais” do patrocinados, não afetando, portanto, o seu balanço patrimonial e/ou sua capacidade de alavancagem, permitindo a assunção de dívidas adicionais em outros projetos⁸⁴.

É comum também que empréstimos concedidos por bancos públicos sejam garantidos por fiança bancária, prestada por banco comercial privado, de modo que o pacote de garantias, anteriormente mencionado, será outorgado ao fiador, uma vez que será ele o responsável pela amortização do empréstimo em caso de *default* (inadimplemento) pela SPE.

Ainda, quando a SPE for concessionária de serviços públicos, tais como aqueles relacionados a geração, transmissão e distribuição de energia, transportes e saneamento, é comum que se exija a aprovação do poder concedente para a contratação de empréstimos e outorga de garantias. É justamente o que determina o artigo 27 da Lei de Concessões ao dispor que “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da

⁸³ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, pp. 326-329.

⁸⁴ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. NÉBIAS, Diogo. Breves notas sobre o *project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 64.

concessão”, bem como o artigo 28 do referido dispositivo legal ao estabelecer que “*nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço*”⁸⁵.

Por fim, ainda dentro da estrutura contratual envolvida em operações de *project finance*, contratos de construção do projeto (EPC), contratos de operação e manutenção (O&M) e contratos que constituem recebíveis ou direitos creditórios para a SPE, a exemplo de contratos de concessão, nos quais a prestação do serviço público é remunerada através do pagamento de tarifas pelos usuários, são frequentemente celebrados, incluindo como participantes da operação, os fornecedores de equipamentos, os construtores, o poder concedente e os consumidores dos serviços prestados.

3.3. RISCOS, GARANTIAS E ESTRATÉGIAS MITIGADORAS

Pelo exposto, entende-se que o *project finance* constitui uma modalidade de financiamento na qual verifica-se a segregação de riscos e a limitação de responsabilidades. Tais características são profundamente relevantes uma vez que a dimensão e complexidade das obras de infraestrutura envolvem altos riscos de implantação.

Assim, quando tratamos de grandes projetos, devemos pensar também nos riscos inerentes a estruturas de tal magnitude. O sucesso de uma operação está amplamente relacionado à capacidade de seus atores de alocar responsabilidades, gerenciar incertezas e mitigar riscos de forma eficiente. Como bem delimita José Virgílio Lopes Enei,

“sem uma alocação apropriada dos riscos associados ao empreendimento, dificilmente o financiador externo aceitaria financiar uma sociedade de propósito específico, recém-constituída e sem histórico algum de crédito, com garantias limitadas às receitas e bens integrantes do próprio empreendimento. Ao patrocinador restaria então a opção de executar o empreendimento com capital exclusivamente próprio ou por meio de um financiamento convencional por ele

⁸⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 349.

ilimitadamente garantido, não podendo falar, nesses casos, em financiamento de projetos”⁸⁶.

Há diferentes áreas de risco envolvidas em um projeto de infraestrutura, dentre elas, destacam-se os riscos de construção, riscos de operação e riscos financeiros do empreendimento. Os riscos de construção envolvem o atraso ou abandono da obra, escolha de tecnologia ou material equivocadas e os altos riscos ambientais e de engenharia. Existe um desafio técnico e de gestão por trás de cada projeto, uma vez que constituem procedimentos complexos e com baixas margens para erros. Os riscos da operação, por sua vez, estão voltados, sobretudo, à falta de suprimento, escassez de mercado consumidor e ineficiência em gerenciamento e administração do empreendimento. Por fim, os riscos financeiros dizem respeito às taxas de juros, oscilações cambiais e inadimplementos contratuais que podem levar ao pagamento de multas ou encargos moratórios, ou, em última análise, ao vencimento antecipado da dívida.

Além disso, todo empreendimento também está sujeito aos riscos próprios do país, em termos econômicos e políticos. O risco político relaciona-se com a possibilidade de alteração de normas legais e institucionais, como reajustes tarifários e alterações nas alíquotas dos tributos. O risco econômico envolve possíveis mudanças em variáveis econômicas, como a inflação, taxa de juros e critérios de câmbio, bem como a disponibilidade de crédito pelos bancos de fomento. A perspectiva de demanda do produto do empreendimento, estimativa de preços estabelecidos em contratos de longo prazo, estrutura de custos competitiva com outros produtores também são fatores de forte influência.

Por fim, mas não menos relevantes, há também os riscos regulatórios, ambientais e a consequente responsabilidade civil atribuída aos respectivos responsáveis. Os projetos, muitas vezes, dependem de licenças, alvarás e autorizações que podem, por exemplo, embargar a obra do empreendimento ou apresentar obstáculos ao seu funcionamento, conforme cronograma.

⁸⁶ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, pp. 193-194.

Nesse sentido, mostra-se necessária a eficiente alocação e mitigação de tais riscos que pode ser alcançada através de uma rede de contratos coligados, cujas disposições são, na sua maior parte, baseadas em padrões amplamente testados em operações similares. Além disso, os participantes em operações de financiamento deste tipo são, normalmente, entidades dotadas de razoável sofisticação em seu campo de atuação, capazes de tomar decisões fundamentadas e bem assessoradas⁸⁷.

As garantias outorgadas no âmbito dos financiamentos desempenham importantes funções, uma vez que, como já exposto, os credores possuem acesso limitado ou nulo ao patrimônio dos investidores da SPE em questão. Assim, um pacote de garantias apto a satisfazer os direitos dos credores em caso de eventual inadimplemento por parte da devedora mostra-se essencial ao desenvolvimento da operação.

Além disso, a justificativa por trás da exigência dos financiadores quanto à outorga do chamado “pacote de garantias” está baseada também no interesse dos mesmos em garantir (i) o seu envolvimento durante todo o desenvolvimento do projeto; (ii) a prioridade de seu crédito em caso de decretação de procedimento de recuperação judicial ou falimentar; (iii) o controle sobre eventuais disposições de ativos do projeto; bem como (iv) o seu direito de *step-in* (conforme explicado abaixo) no controle do projeto, em casos específicos e pré determinados de *default*, conforme veremos ainda neste item⁸⁸.

Em razão da complexidade do financiamento de projetos, da influência exercida pelo direito estrangeiro e da inadequação de algumas das garantias típicas em face das peculiaridades dos empreendimentos considerados, é comum a utilização de garantias atípicas, ou no mínimo com cláusulas atípicas, incluindo, exemplificadamente, negócio fiduciários (cessão condicional em garantia, usufruto condicional de ações em garantia), patrimônio de afetação, cessão ou penhor tendo por objeto posições

⁸⁷ ENEL, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 195.

⁸⁸ YESCOMBE, E.R. *Principals of Project Finance*. Massachusetts: Elsevier, 2014, pp. 382-383.

contratuais e direitos de crédito propriamente ditos, *step-in rights*, compartilhamento de garantias entre diversos credores, subordinações e prioridades não previstas em lei⁸⁹.

Assim, conforme permitido pela legislação brasileira, as garantias outorgadas podem ser fidejussórias ou reais. Quando tratamos de garantias fidejussórias, podemos falar em fiança ou aval. O fiador ou avalista obriga-se a pagar a dívida em caso de inadimplemento por parte do devedor. No caso das garantias reais, podemos falar em penhor e hipoteca. Aqui, certos ativos específicos são segregados para garantir determinadas obrigações. Por fim, há a possibilidade de outorgar em garantia a propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis. Ou seja, transfere-se a propriedade e posse indireta de determinado bem ao credor, mantendo-se a sua posse direta⁹⁰.

A título de exemplo, as principais garantias consistem na cessão fiduciária dos direitos e créditos (recebíveis) do empreendimento ou dos direitos emergentes de um contrato de concessão ou autorização, alienação fiduciária, penhor ou hipoteca, conforme aplicável, sobre os ativos e equipamentos relacionados ao desenvolvimento e operação do projeto, bem como alienação fiduciária ou penhor sobre as ações ou quotas de emissão da SPE. Os contratos de garantia, apesar de possuírem características e instrumento próprios, constituem contratos acessórios ao contrato de financiamento.

O instituto do *step-in rights*, por sua vez, é um desses instrumentos que viabiliza grandes projetos de infraestrutura sob a ótica dos financiadores, pois busca compatibilizar os seus interesses com o atendimento de necessidades coletivas. Sabe-se que o interesse econômico, privado e individual dos particulares representa uma das faces do denominado interesse público e merece ser devidamente salvaguardado pela ordem jurídica, sem, entretanto, prevalecer em relação aos verdadeiros interesses públicos. O mecanismo de *step-in* encontra-se positivado no ordenamento jurídico

⁸⁹ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 354.

⁹⁰ SORJ, Pablo; MOURA, Bernardo Môcho; e OLIVEIRA FILHO, Antonio Soares de. *Project Finance Panorama*. In: Chambers Global Practice Guide, 2019, p. 15.

brasileiro em dois dispositivos legais: art. 27-A da Lei de Concessões e art. 5-A, inciso II e § 1º, da Lei de PPP⁹¹, confira-se:

“Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços (...)”

“Art. 5º-A. Para fins do inciso I do § 2º do art. 5º, considera-se:

(...)

II - A administração temporária da sociedade de propósito específico, pelos financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes:

(...)

§ 1º A administração temporária autorizada pelo poder concedente não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados.

(...)”

Nesse sentido, conforme lecionam Lucas de Moreaes Cassiano Sant’Anna e Pedro Romualdo Saullo,

“Por meio da administração temporária, os financiadores do projeto poderão assumir poderes tais no âmbito da SPE financiada que, mesmo sem terem quaisquer direitos reais sobre as ações ou quotas sociais, passariam a exercer o controle sobre a empresa, influenciando substancialmente na definição das principais diretrizes estratégicas e na tomada de decisões com vistas à sua reestruturação econômico-financeira. A principal diferença entre a transferência de controle e a administração temporária é que nesta o financiador ou garantidor do projeto passaria a controlar a SPE sem, contudo, assumir responsabilidades pelo pagamento de tributos, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive aqueles assumidos perante o poder concedente ou empregados”⁹².

Importante ressaltar que no que tange à hipótese de excussão das referidas garantias em caso de inadimplemento pela sociedade devedora das obrigações contratuais, é do extremo interesse do(s) credor(es) que isso seja feito de forma a não comprometer a continuidade das atividades relacionadas ao projeto, transferindo a um terceiro a sua operação. A razão de ser disso encontra fundamento no fato de que o empreendimento em

⁹¹ SANT’ANNA, Lucas de Moraes Cassiano; SAULLO, Pedro Romualdo. *Step-in rights* e o regime da administração temporária no âmbito da Lei de Concessões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 41-44, abr./jun. 2015.

⁹² Idem, p. 45.

operação possui valor consideravelmente maior do que o valor de seus ativos alienados de forma isolada.

4. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O *PROJECT FINANCE* NO BRASIL

No cenário brasileiro, o *project finance* surgiu como uma alternativa financeira apenas em meados da década de 1990, período em que a economia passava por um contínuo processo de desestatização que possibilitou a atuação da iniciativa privada em atividades até então geridas exclusivamente pelo Estado. Assim, a mesma insuficiência estatal que contribuiu para o desenvolvimento das parcerias público-privadas – o esgotamento do capital público e a impossibilidade de novos endividamentos – foi também a que abriu as portas para a introdução desta modalidade específica de estruturação financeira.

Pelo exposto até o momento, já é possível identificar uma forte sinergia entre as parcerias público-privadas e o *project finance*, levando, muitas vezes, à confusão entre os dois institutos. Assim, resta esclarecer que são conceitos diferentes, com finalidade e foco distintos, “*o primeiro designando uma espécie de colaboração entre o Estado e a iniciativa privada, e o segundo uma técnica de captação de recursos com limitação de responsabilidade e alocação de riscos*”⁹³.

Nas palavras de Murilo Ruiz Ferro,

“a compatibilidade de institutos aconteceu porque, agora, ao se firmar um contrato de PPP, o Estado pode negociar com a iniciativa privada qual papel deseja efetivamente exercer, contando com as ferramentas do *Project Finance* para viabilizar seus acordos”⁹⁴.

José Virgílio Lopes Enei, por sua vez, afirma que

⁹³ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 411.

⁹⁴ A Relação entre PPPs e Project Finance à Luz do Cenário e do Direito da Infraestrutura no Brasil. In: CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Manual de Project Finance no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 128.

“a PPP, como alternativa aos modelos tradicionais de contratação da iniciativa privada pela administração pública, propõe-se a mitigar os riscos de mercado e de demanda, que são total ou parcialmente assumidos pelo Poder Público, de forma a conferir viabilidade econômica ao projeto e a torná-lo propício à sua execução e financiamento em regime de financiamento de projetos. De outra ótica, pode-se dizer na verdade que a PPP nada mais é do que a aplicação das técnicas e filosofia do financiamento de projetos à interação do setor público com o setor privado no âmbito de projetos de infraestrutura”⁹⁵.

Podemos, então, verificar que a filosofia de um instituto, faz-se presente no outro sob diversos ângulos, dentre os quais:

- (i) preocupação em assegurar um fluxo mínimo de receitas (artigo 4º, inciso VII, da Lei de PPP), principal responsável pela amortização do financiamento contratado;

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

- (ii) constituição de uma SPE (artigo 9º da Lei de PPP), permitindo a separação do patrimônio do restante da cadeia societária, permitindo a contratação de outras dívidas pelo parceiro privado; e

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

- (iii) alocação objetiva de riscos (artigo 4º, VI da Lei de PPP), através de técnicas contratuais e adoção de instrumentos de garantia bastante sofisticados e típicos da modalidade de *project finance*, em favor de ambos os parceiros.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.

Portanto, pode-se concluir que a ideia é que as PPP sirvam de instrumento para o encorajamento de novos investimentos, principalmente

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 412.

em projetos na área de infraestrutura, dentro os quais grande parte poderá ser financiada e estruturada através da modalidade de financiamento de projetos, tendo em vista os benefícios e particularidades já expostos.

O governo brasileiro, em parceria com o setor privado, deve compreender que a eficiência econômica que se almeja a partir das PPP não é alcançada tão somente a partir da transferência da prestação do serviço ao ente privado mas, principalmente, pelo estabelecimento de critérios contratuais coligados específicos, que permitem, no caso concreto, a eficiente mitigação dos risco e a prestação de serviços de qualidade.

Não há dúvidas, portanto, que os institutos da PPP e do *project finance*, já consolidados no cenário brasileiro, se mostram bastante promissores à viabilização de investimentos nos setores de infraestrutura. Isso porque em razão dos vultosos custos e riscos associados a projetos deste tipo, o que é potencialmente agravado em um cenário de crise financeira e instabilidade econômica do país, a parceria entre os setores público e privado, por si só, não é suficiente para viabilizar o empreendimento, carecendo de um arranjo financeiro que o torne atraente e permita sua execução.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas, portanto, de que a deficiência em infraestrutura é vista como problemas reais e atuais a serem enfrentados para o crescimento e desenvolvimento do país. Tal relação é inegável, sobretudo na realidade de países emergentes e em desenvolvimento em que se mostra extremamente importante a promoção do crescimento econômico, bem como a melhoria das condições de vida da sociedade.

Como se sabe, o Brasil sempre dispôs de restrições orçamentárias que prejudicam boa parte do fluxo de investimento públicos no setor de infraestrutura, o que nos trouxe grande obstáculo à expansão dos investimentos estatais nesta área. Assim, a possibilidade de conceder à iniciativa privada, através dos institutos das concessões e/ou das parcerias público-privadas foi a alternativa encontrada para suprir os gargalos em infraestrutura presentes no cenário socioeconômico brasileiro.

Portanto, esse trabalho se propôs a, primeiramente, possibilitar uma reflexão acerca das diferentes atuações do Estado no domínio econômico, trazendo para análise e discussão a relevância da atuação conjunta do capital público e privado no fomento e desenvolvimento da infraestrutura brasileira. Além disso, objetivou-se também a apresentação do *project finance*, como importante modalidade de financiamento, na qual o credor considera as receitas geradas pelo projeto como a principal fonte de recursos para a amortização da dívida, bem como o valor dos ativos de propriedade da devedora para a constituição de garantias.

Dessa forma, pôde-se concluir que a atuação das parcerias público-privadas, sobretudo através do financiamento de projetos, aqui exposto, consiste em uma estratégia relevante de investimentos em infraestrutura no Brasil. Deve-se ter em mente que, na busca pelo desenvolvimento nacional, o direito positivo de um país deve atender com equilíbrio a dois grandes objetivos, dentre tantos outros: de um lado, oferecer instrumentos que propiciem ou incentivem o investimento e o desenvolvimento econômico e,

de outro, buscar justiça distributiva, cuidando sempre para que esse desenvolvimento não ocorra às custas dos menos favorecidos, de classes hipossuficientes e da sociedade de modo geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Wagner Frederico Gomes de Araújo. *As estatais e as PPPs: o project finance como estratégia de garantia de investimentos em infraestrutura*. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 57, n.2, p. 169-190, abr./jun. 2006. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/195>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

BERCOVICI, Gilberto. “A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 142, 1999.

BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura: perspectiva pública*. Quartier Latin: São Paulo, 2014.

CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Manual de Project Finance no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2011.

DRAIBE, Sônia. *Rumos e metamorfoses: Estado e industrialização no Brasil 1930-1960*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FINNERTY, John D. *Project finance: engenharia financeira baseada em ativos*. Trad. port. Bazán Tecnologia e Linguística, sob a supervisão de Eduardo Fortuna. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.

GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org). *A economia brasileira nos anos 90*. 1. ed. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

IANNI, Octávio. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Brasil em Desenvolvimento 2010: Estado, Planejamento e Políticas Públicas*. Brasília: Ipea, 2012, p. 27. Disponível em: <http://www.mestradoprofissional.gov.br/bd/pdf/Livro_BD_sumanalit.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura e Planejamento no Brasil: Coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do desenvolvimento – o caso do setor elétrico*. Brasília: Ipea, 2012, p. 7. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/120911_relatorio_infraestrutura_planejamento.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura Econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Livro 6, Volume I, p. 16. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3210/1/Livro6_InfraestruturaSocial_vol1.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (Coord.). *Direito da Infraestrutura*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael. *Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

MATES, Carol M. *Project Finance in Emerging Markets – The Role of the International Finance Corporation*. In: *Transnational Law*, 18, 2004-2005. MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa, v. 51, n. 204, out./dez. 2014, pp. 269-285. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em: 13 novembro 2019.

NETTO, Pedro Dias de Oliveira. *As Parcerias Público-Privadas e os Novos Desafios do Setor de Infraestrutura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NEVITT, Peter K. FABOZZI, Frank. *Project Financing*. 6. ed. EUA: Euromoney Publications PLD, 1995.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como Acionista Controlador*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PRINCÍPIOS DO EQUADOR. *Equator Principles*. Jun. 2013. Disponível em: https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_portuguese_2013.pdf. Acesso em 13 de novembro de 2019.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano; SAULLO, Pedro Romualdo. *Step-in rights e o regime da administração temporária no âmbito da Lei de Concessões*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 41-44, abr./jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SORJ, Pablo; MOURA, Bernardo Môcho; e OLIVEIRA FILHO, Antonio Soares de. *Project Finance Panorama*. In: Chambers Global Practice Guide, 2019.

TONINELLI, Pier Angelo. *The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World*. New York: Cambridge University Press, 2000.

YESCOMBE, E.R. *Principals of Project Finance*. Massachusetts: Elsevier, 2014.