

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

Mestrado em Direito

RISCOS REGULATÓRIOS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Mariana Quaresma Mendonça Teixeira

Rio de Janeiro

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Mariana Quaresma Mendonça Teixeira

RISCOS REGULATÓRIOS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Marcos Juruena Villela Souto

Rio de Janeiro

2007

BIBLIOTECA/UGF

O(A) autor(a), abaixo assinado, **autoriza ou não** as Bibliotecas da Universidade Gama Filho a reproduzir este trabalho para fins acadêmicos, de acordo com as determinações da legislação sobre direito autoral, no(s) seguintes(s) formato(s)

Autorizado (X) Fotocópia (X) Meio digital
Não autorizado () Fotocópia () Meio digital

Assinatura do(a) autor(a) _____

Atendendo Portaria 13/2006 da CAPES

O(A) autor(a), abaixo assinado, **autoriza ou não** a divulgação no site da CAPES.

(X) Autorizado () Não autorizado

Não sendo autorizado, justifique.

JUSTIFICATIVA:

Assinatura do(a) autor(a): _____

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pela importante e amorosa contribuição em minha formação.

Ao meu marido, pelo amor e compreensão que o fazem tão essencial em todos os momentos.

Às minhas irmãs, pelo companheirismo e cumplicidade.

Ao meu primo Daniel, pelo apoio e a companhia agradável e bem humorada, mesmo nas horas mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço sinceramente ao meu orientador nesta dissertação, o Prof. Marcos Juruena Villela Souto, por me orientar de forma eficiente e atenciosa, com apontamentos sempre relevantes, fazendo com que a distância não se tornasse um obstáculo intransponível na produção deste trabalho. Agradeço pelo exemplo de profissionalismo, do qual me lembrarei em toda a minha caminhada acadêmica.

“Onde há incerteza convém minimizar o risco”.

Kiriakos Vlahos

RESUMO

A instituição das Parcerias Público-Privadas (PPPs) no Brasil por meio da recente Lei Federal nº 11.079/04 e das leis no âmbito estadual, das quais a Lei Mineira nº 14.868/03 foi pioneira e por isso mereceu destaque neste trabalho, trouxe novamente à tona a discussão acerca da necessidade do país de realizar parcerias com o setor privado com vistas à promoção de investimentos públicos em infraestrutura e serviços básicos, fatores imprescindíveis para a implementação de novos investimentos produtivos e para garantir condições que possibilitem o desenvolvimento econômico em bases sustentáveis. Os institutos de parceria, como o são as concessões e as permissões, e a legislação até então existente, falharam ou não foram suficientes neste propósito. As Parcerias Público-Privadas surgem, então, como nova alternativa para viabilizar os investimentos necessários ao país e, para tanto, é preciso atrair o parceiro privado, o que implica na redução dos vários riscos que uma parceria desta natureza e deste porte envolve. Entre esses riscos, está o regulatório, que assume grande importância devido à intromissão da regulação na estrutura de conformação da prestação de serviços públicos em certos setores e tendo em vista sua característica de alteração ao longo do contrato, na busca por reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. A compreensão dos vários tipos de riscos envolvidos em uma Parceria Público-Privada perpassa por conceitos e teorias econômicos e implica a análise das leis que instituem as parcerias. Os riscos econômico-financeiros, técnicos, jurídicos, políticos e de corrupção tratados pela Lei de Concessões não podem figurar apenas como responsabilidade do concessionário, e, diante disso, é mister uma interpretação bem feita da referida Lei. Ao tratar dos eventuais riscos nos contratos de Parceria Público-Privada, as recentes Leis Federal e Mineira de Parcerias trouxeram inovações bem vindas, como a obrigatoriedade, nos contratos de parceria, de cláusulas que estabeleçam objetivamente a distribuição dos riscos entre as partes, evidenciando, assim, a importância de um contrato bem implementado e bem estruturado. O risco regulatório pode advir do fenômeno da captura das agências reguladoras, que se dá, *grosso modo*, quando estas passam a defender os interesses de um dos atores envolvidos na regulação; pode decorrer da ineficiência em regular da própria agência; pode aparecer sob a forma de risco ambiental ou pode advir do conflito de competência entre órgãos responsáveis pela concorrência e agências reguladoras. As Leis de Parcerias Público-Privadas prevêm a ingerência das agências reguladoras no contrato e impõem aos contratantes a tarefa de partilhar os riscos regulatórios e seus possíveis efeitos.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas – Lei Federal nº 11.079/04 – Lei Mineira nº 14.868/03 – Concessões - Riscos – Regulação – Riscos regulatórios.

ABSTRACT

Public-Private Partnerships (PPP) were instituted in Brazil by the recent Federal Law nº 11.079/04 and by State Laws, especially the Law nº 14.868/03 from the State of Minas Gerais, which was a pioneer and therefore was highlighted in the present work. Those Laws brought back to discussion the need for the country to implement partnerships with the private sector, aiming at the promotion of public investments in infrastructure and basic services. These factors are essential for new productive investments and to assure conditions that make economic development on a sustainable basis possible. Partnership institutes, likewise concessions, permissions and the laws that existed then failed or were not enough for this objective. Public-private partnerships appeared as a new alternative to make possible investments necessary to the country. In order to achieve that, it is necessary to attract the private partner and this results in the reduction of various risks that a partnership of such nature and size would involve. Amongst such risks there is the regulatory one that has a great importance due to the intromission of the regulation in the structure of the public services offer in certain areas, having in mind its alteration character during the contract, aiming at re-establishing the economic-financial balance. The understanding of many kinds of risks involved in a public-private partnership passes through economical concepts and theories and results in the analysis of the laws that institute the partnerships. The economical, financial, technical, juridical, political and corruption risks dealt with by the Concession Law are not a mere responsibility of the concessioner, and so it is important that one interprets well the aforementioned law. When dealing with eventual risks in the contracts of public-private partnerships, the recent Federal Law and the State Law of Partnerships brought welcome innovations, such as the obligatoriness, in partnership contracts, of clauses that objectively establish the distribution of the risks between the parties, thus evidencing the importance of a well implemented and structured contract. The regulatory risk can result from the phenomenon of the capture of the regulatory agencies, what happens, in general, when these agencies start to defend the interests of one of the actors involved in the regulation. The risk can result from the inefficiency of the agency itself in regulating or it can appear as the form of an environmental risk or can result from the jurisdiction power conflict between the institutions responsible for concurrence and regulatory agencies. Public-private partnership laws predict the influence of the regulatory agencies on the contract and impose on the contractors the task of sharing regulatory risks and its likely effects.

Key Words: Public-Private Partnership – Federal Law nº 11.079/04 – Law nº 14.868/03 of the State of Minas Gerais – Concessions - Risks – Regulation – Regulatory risks.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 APRESENTAÇÃO PANORÂMICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	18
1.1 Noção	18
1.2 Classificação.....	20
1.2.1 As Concessões	20
1.2.2 As Permissões.....	27
1.2.3 As Parcerias Público-Privadas <i>stricto sensu</i>	28
1.3 Conclusões Parciais.....	44
2 RISCOS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS LATO SENSU: FATORES DE INCERTEZA E DE AUMENTO DE CUSTOS.....	46
2.1 Neo institucionalismo como fundamento para análise dos riscos	46
2.1.1 Teoria dos custos da transação.....	46
2.1.2 Assimetria de informação e incompletude dos contratos.....	47
2.1.3 Relação <i>agent versus principal</i>	49
2.2 Riscos nas Parcerias Público-Privadas lato sensu	51
2.2.1 Riscos econômicos e financeiros	56
2.2.2 Riscos técnicos.....	59
2.2.3 Riscos jurídicos	59
2.2.4 Riscos políticos e de corrupção.....	62
2.3 A busca pela mitigação de riscos nas Parcerias Público-Privadas lato sensu	64
2.4 Conclusões Parciais	69
3 RISCOS REGULATÓRIOS	71
3.1 Noção	71
3.2 Riscos regulatórios decorrentes da ineficiência das agências reguladoras	73
3.3 O risco regulatório da captura	83
3.3.1 A captura do regulador pelo parceiro privado	86
3.3.2 A captura do regulador pelos consumidores	90
3.3.3 A captura do regulador pelo poder político	92
3.4 O risco regulatório ambiental.....	95

3.5 O risco regulatório advindo do conflito de competência entre agências reguladoras e órgãos de proteção da concorrência.....	96
3.6 Aspectos referentes aos riscos regulatórios na Lei de Concessões, na Lei Federal nº 11.079/04 e na Lei Mineira nº 14.868/03.....	99
3.7 A busca pela mitigação dos riscos regulatórios.....	103
3.8 Conclusões Parciais.....	107
CONCLUSÕES	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

INTRODUÇÃO

Provêm do continente europeu, no século XVIII, as origens das raízes da parceria público-privada, quando o Estado absolutista realiza as grandes intervenções de infra-estrutura para o desenvolvimento da indústria e da agricultura. De modo considerado cíclico, as idéias liberais, entre os séculos XVIII e XIX, propunham a diminuição do Estado e a sua retirada da seara econômica, o que ocorreu através de privatizações e cooperações (parcerias), cabendo à Administração Pública uma importante função reguladora.

Mais recentemente, diante do quadro internacional de escassez de recursos verificado desde a crise dos anos 70 e perante a necessidade de levar adiante seus projetos, o Estado se vê obrigado a ampliar o campo de busca de recursos e o faz através de reformas administrativas – racionalização de atividades, enxugamento de seu tamanho e redução do quadro de funcionários públicos – ou tributárias, para aumentar a captação de recursos por meio de aumento de tributos, alíquotas e expansão da base tributária.

De modo importante por suas implicações políticas, jurídicas, administrativas e econômicas, buscou o Estado, sistematicamente, atrair o capital privado para levantar e alocar tais recursos em seus projetos. Surgem, então, no Reino Unido, no início dos anos 90, as iniciativas, os marcos legais e a criação de órgãos governamentais para tratar de investimentos em projetos de infra-estrutura, fundamentados em parcerias público-privadas, para que juntos, Estado e empreendedores capitalistas, pudessem desenvolver projetos de interesse social. A partir daí, as parcerias público-privadas espalharam-se rapidamente por toda a Europa e em vários países de outros continentes.

No cenário econômico brasileiro, diante do programa de privatizações iniciado na década de 90, as parcerias público-privadas se apresentam como um importante instrumento de promoção de investimentos públicos em infra-estrutura e serviços básicos, fatores imprescindíveis para a implementação de novos investimentos produtivos no país, bem como para garantir condições para o desenvolvimento

econômico em bases sustentáveis. O governo deposita enorme esperança na PPP que surge, pois, como a solução para o investimento em infra-estrutura, na retomada do desenvolvimento econômico.

Neste contexto, o êxito do programa brasileiro de parceria público-privada demanda cenários político e econômico estáveis, marcos regulatórios bem definidos, formas jurídicas e institucionais adequadas, garantias para os investidores e rentabilidades compatíveis com o risco transferido para o setor público.

O projeto de lei das PPPs, que trata da parceria entre Estado e o setor privado em áreas consideradas estratégicas e nas quais o retorno econômico não é grande o suficiente para estimular investimentos puramente privados, foi sancionado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 30 de dezembro de 2004, tornando-se a Lei de nº 11.079.

A lógica da instalação de parcerias advém do fato de que tanto o setor público como o privado apresentam características únicas, que resultam para cada um em vantagens específicas relativas a determinados aspectos do serviço ou projeto a ser implementado. Os acordos de parceria mais bem sucedidos aproveitam as qualidades de ambos os setores no estabelecimento de relacionamentos complementares.

Ademais, a participação do setor privado na realização de obras e prestação de serviços públicos, como já visto, é uma tendência mundial, segundo a idéia de redução da presença do Estado na economia, e possibilitando o compartilhamento de riscos entre entidades públicas e privadas, para realização de obras e serviços públicos, mediante financiamento do setor privado. Apresentam-se as parcerias público-privadas como uma imperiosa necessidade social, na medida em que se vive uma fase crônica de ausência de recursos públicos para financiar obras de infra-estrutura, como a construção de ferrovias, rodovias e usinas de geração de energia, e os prejuízos advindos da falta de condições dessas obras abarcam toda a sociedade.

As parcerias público-privadas, percebidas como resposta às demandas, restrições e ambigüidades do contexto de crise pela qual passa o Estado brasileiro, vão ao encontro do movimento de reforma do Estado – um conjunto de ações com o intuito de neutralizar a atual crise, como a viabilização de instrumentos que majorem a eficiência das ações estatais, dentre os quais se tem as permissões, as concessões, a criação de agências reguladoras e, agora, as parcerias público-privadas.

É mister, no entanto, para que se logre êxito ao se adotar esses instrumentos, levar em consideração que a reforma do Estado é um tema amplo, no qual estão envolvidos aspectos políticos, como a governabilidade, e aspectos econômicos e administrativos, que buscam ampliar a governança.

Governabilidade implica relações entre Poderes e partidos, que acordam (ou não) no sentido de possibilitar apoio para aprovação de projetos e, em última instância, governar, donde a democracia é crucial para legitimar as ações do governo na busca pela realização das mudanças necessárias, ou seja, remete ao fato de o governo ter credibilidade diante da população para que suas ações sejam reconhecidas.

Pode-se entender, assim, que a idéia subjacente à governabilidade está na unidade e na consistência das ações do Estado, de forma que se crie um ambiente decorrente das relações entre Poderes e partidos que possibilite um mínimo de previsibilidade em suas ações. A credibilidade do Estado advém de sua capacidade de manter um certo padrão de conduta, no sentido de garantir compromissos anteriormente estabelecidos.

A governança, por sua vez, consiste numa forma de possibilitar a governabilidade: relaciona-se com a capacidade técnica, administrativa e financeira do Estado para implementar as mudanças necessárias ao seu desenvolvimento. Refere-se, pois, à capacidade do governo de implementar as políticas e conseguir alcançar metas coletivas, o que pressupõe a existência de um Estado mais flexível, que descentralize funções e permita a transferência de responsabilidades a

parceiros, sempre, porém, mantendo o controle e a supervisão, donde é crucial a importância das agências reguladoras.

Na Administração Pública, coexistem questões técnicas e políticas, desembocando na interligação entre governabilidade e governança. E instrumentos de provisão de serviços públicos, como o são as concessões, as permissões e as parcerias público-privadas, dependem de aspectos institucionais para que sejam postos em prática. Nesse contexto, o marco regulatório que viabilize esses instrumentos deve prezar por questões de governabilidade e governança, já que a consistência e a unidade das ações do Estado são imprescindíveis para a criação de um ambiente seguro para se investir.

Diante da necessidade de ajuste fiscal, da exigência de baixa inflação, de uma maior responsabilização por políticas irresponsáveis, e tendo que promover investimentos visando ao crescimento econômico, o que perpassa pela existência de infra-estrutura, é tendência mundial que os governos busquem formas de parceria entre os setores público e privado, alternativa para viabilizar investimentos que não podem ser promovidos exclusivamente através de recursos públicos, já que demandam muito capital e longo prazo de maturação.

Assim, as concessões e as parcerias público-privadas são vistas como alternativa para solucionar a crise estatal, na busca por uma reforma do Estado que prima por atingir tanto o cidadão - restaurando e prestigiando a livre concorrência e a liberdade individual, o que implica a privatização, a reforma regulatória, o fomento de instrumentos de parceria com o setor privado – como o próprio Estado, na busca de uma maior eficiência na prestação de serviços públicos e na superação do problema de investimento diante da crise fiscal.

Nesse contexto, a pesquisa proposta terá como objetivo analisar os riscos envolvidos nas parcerias público-privadas, no âmbito das leis federal e mineira, procurando perceber quais as transformações que ocorreram em relação aos institutos jurídicos existentes antes da instituição de tais parcerias. Objetiva-se, mais especificamente, um estudo sistematizado dos riscos regulatórios em parcerias público-privadas, visando verificar se de fato houve, como se pretendeu, com a

instituição das Leis Federal e Mineira de PPP's, uma efetiva alteração no tratamento legal dispensado aos riscos denominados regulatórios, o que seria realmente inovador frente à Lei de Concessões.

Justifica-se a escolha do tema-problema pela necessidade de estudos sobre os riscos em parcerias público-privadas frente às recentes leis nº 11.079/04, no âmbito da União, e nº 14.868/03, no âmbito mineiro, notadamente os riscos regulatórios nessas parcerias e a pretensão dessas leis em garantir-lhes tratamento diferenciado em relação às demais leis de parceria existentes - assunto atual, em pauta, que carece de estudos mais profundos, donde são notáveis a pertinência e a relevância da presente pesquisa.

O estudo da lei mineira em especial é explicado por ter sido essa lei a pioneira no Brasil no âmbito de parceria público-privada, lei publicada em 16 de dezembro de 2003, portanto, mais de um ano antes da publicação da lei federal, o que talvez denote o ressentimento dos entes da federação com a falta de recursos públicos para investimento em infra-estrutura. De qualquer forma, o estudo da lei mineira se dará no intuito de apontar as eventuais diferenças do tratamento dispensado por ambas as leis aos riscos das parcerias, em especial aos regulatórios.

Para uma melhor definição do tema-problema, é preciso esclarecer o âmbito do que aqui se concebe como riscos regulatórios. Não configura risco regulatório qualquer conduta do Estado que proporcione majoração de riscos para o parceiro particular, mas apenas a conduta fruto da regulação, entendida esta como função específica na execução dos contratos de parceria.

Apresenta-se a regulação como um fator de risco para os contratos de parceria, tanto por sua intromissão na estrutura de conformação da prestação de serviços públicos em certos setores, quanto por sua característica de alteração ao longo do contrato, na tentativa de sempre estabelecer o equilíbrio na partilha de riscos.

Em nome de uma regulação eficiente de serviços públicos, é possível, por exemplo, que, com o intuito de possibilitar a competição econômica em um determinado setor, seja reduzida a margem de lucro de um operador dominante, ou mesmo que, em defesa dos usuários de um certo serviço, editem-se regras supervenientes à contratação.

O presente estudo centra-se, pois, na análise desse risco regulatório frente às parcerias público-privadas.

Para tanto, é preciso verificar e aprofundar os conceitos de parcerias, de riscos nessas parcerias, de participação do setor privado na realização de obras e prestação de serviços públicos, a sua evolução no Direito pátrio, e, evidentemente, a análise das Leis Federal e Mineira de parcerias público-privadas e dos principais estudos que tratam sobre o tema.

Urge ainda constatar quais os instrumentos que a ordem jurídica brasileira já contempla como ferramentas jurídicas que viabilizam a abertura à colaboração do setor privado e como são tratados os riscos nesses instrumentos, que representam não apenas o resultado da evolução e modernização dos institutos tradicionais do direito administrativo, como também a absorção de institutos do direito privado publicizado.

Será indispensável, então, verificar e analisar todos esses instrumentos, catalogá-los e compará-los com a parceria público-privada, para que seja possível uma correlação entre tais institutos e especialmente entre o tratamento dispensado aos riscos regulatórios. Assim, poderemos perceber se realmente houve, através da recente instituição da parceria público-privada, a grande inovação prometida: a mitigação de riscos para o parceiro privado.

Reunir todas essas informações, bem como os dados já disponíveis, e organizá-los, é tarefa imprescindível para se analisar os riscos regulatórios das parcerias público-privadas, primando sempre pela crítica de tema tão atual, visando contribuir para a discussão referente aos riscos regulatórios da parceria público-privada no Brasil.

A compreensão dos riscos regulatórios em parcerias público-privadas perante a Lei Federal nº 11.079/04 e a Lei Mineira nº 14.868/03 deve levar em conta a sua inserção em um determinado contexto histórico ou social específico. Para um estudo de um tema da realidade jurídica, deve-se partir do geral para o particular, estudando tanto o contexto amplo quanto as características intrínsecas do objeto. A seguir, deve-se procurar reconstruir a realidade jurídica, nela incorporando as características de ambas as situações – geral e particular.

Nessa seara, imprescindível se faz o recurso a procedimentos empíricos específicos, indispensáveis para o conhecimento da base de dados concretos da qual serão extraídas as relações.

Ao lado dessa perspectiva, não se pode esquecer de que a pesquisa empírica requer a construção e a utilização de indicadores precisos para que não se torne mera divagação sem sentido. Assim, parte relevante da pesquisa consiste em definir e aplicar métodos quantitativos de apuração dos fatos estudados, para que, em um segundo momento, possa se proceder ao exame qualitativo das relações existentes.

Dessa forma, inicialmente, como procedimentos, ter-se-á levantamento bibliográfico acerca do assunto - tema da pesquisa. Após, far-se-á um levantamento de instrumentos jurídicos de abertura à colaboração do setor privado já existentes, e a verificação dos riscos por eles trazidos.

Enfim, com uma visão crítica, pretende-se fazer um estudo sistemático do enunciado, buscando uma análise global do assunto em pauta, os tipos de riscos regulatórios e suas implicações, o que permitirá um posicionamento acerca da possível alteração no tratamento dispensado aos riscos regulatórios trazida pelas Leis – Federal e Mineira – que instituem a parceria público-privada, resultando em provocar uma reflexão a respeito do tema, repita-se, tão atual, e que poderá servir de norte a novas análises e aprofundamentos acerca do assunto proposto.

Para tanto, optou-se pela utilização de um critério didático para a divisão dos capítulos, na busca por uma maior elucidação. Assim, no primeiro capítulo, far-se-á uma apresentação introdutória dos diversos tipos de parcerias existentes entre o setor público e o setor privado, diferenciando-os e procurando demonstrar em que

contexto e com quais objetivos foram instituídas as parcerias público-privadas *stricto sensu* no Brasil, através da Lei Federal nº 11.079/04 e da Lei Mineira nº 14.868/03.

No segundo capítulo, estudam-se os diferentes tipos de riscos nas parcerias como fatores de incerteza e de aumento de custos dos contratos, perpassando-se por conceitos econômicos, a fim de se explicitar o surgimento de determinados tipos de risco inerentes ao comportamento das partes envolvidas no contrato de parceria.

O terceiro capítulo trata da regulação como um dos riscos para os contratos em comento, analisam-se as modalidades do risco regulatório, estudando-as nos contratos de concessão e nos contratos de parceria público-privada *stricto sensu* frente às Leis Federal e Mineira de PPP, destacando-se, enfim, as possíveis formas de se reduzir tal risco.

Em nível de conclusão, pretende-se levar o leitor a uma reflexão acerca dos riscos regulatórios nas parcerias público-privadas, suas implicações, e formas de se mitigar tais riscos, tendo como pano de fundo as recentes Leis federal e mineira das parcerias público-privadas e verificando se estas legislações inovaram frente aos institutos jurídicos até então existentes no sentido do tratamento dispensado aos riscos na parceria, em especial os regulatórios.

1. APRESENTAÇÃO PANORÂMICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

1.1. Noção

A origem da intensificação das relações entre os setores público e privado perpassa pela crise do Estado. A mudança no papel do Estado está relacionada ao fato de que, a partir dessa crise, os governos não foram mais capazes de atender às demandas da sociedade em relação aos serviços públicos e à provisão de infraestrutura. Alia-se a isso a tendência mundial à redução da intervenção da atuação estatal no sistema sócio-econômico.

Assistiu-se, então, ao envolvimento do setor privado nas atividades do Estado, com a prestação de serviços e a provisão de bens públicos por particulares, podendo haver, em troca, a remuneração pré-estipulada e paga pelo poder público ou paga pela exploração do serviço. Assim, surgiram as concessões, que se caracterizam por serem, geralmente, remuneradas pelo usuário quando da utilização do serviço disponibilizado. Atualmente, as parcerias público-privadas são mais uma alternativa para a prestação de serviços públicos, caracterizadas pela remuneração pré-estipulada e paga pelo poder público ou por uma combinação entre o valor pago pelo usuário e pelo Estado.

Parceria pode ser definida como “a reunião de indivíduos para alcançar um objetivo comum; companhia, sociedade” (HOUAISS, 2001, p.132). Na acepção que aqui interessa, o termo “indivíduos” estende-se a entidades ou instituições que se reúnem para um fim de interesse comum.

Quando um dos parceiros configura-se no Estado, não se pode desconsiderar o fato de que algumas funções são a ele inerentes e não podem ser delegadas. Mas, mesmo nas atividades intrínsecas ao Estado, existem tarefas ou parcelas que podem ser delegadas a terceiros, por não corresponderem a ações privativas do Estado.

Di Pietro (2006, p. 40) conceitua parceria como designação de

todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela [na parceria] existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive o lucro.

Derivado da linguagem econômica e jornalística, o conceito de parceria público-privada constitui-se em uma modalidade de colaboração entre o setor privado e o setor público na qual há a participação de entidades não estatais em atividades estatais de cunho econômico, auferindo-se lucros em sua execução.

Conforme se pode inferir do art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.079/04 e do art. 11 da Lei nº 14.868/03 do Estado de Minas Gerais que dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas, as PPPs são contratos administrativos para prestação de serviços públicos a longo prazo, realizados por meio dos arranjos tradicionais de concessão, permissão e subconcessão, donde se pode concluir que as PPPs *stricto sensu* são uma forma de rearranjar os modelos de parceria *lato sensu* existentes entre os setores público e privado.

Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Art. 11. São instrumentos para a realização de parceria público-privada:

- I. a concessão de serviços públicos, precedida ou não de obra pública;
- II. a concessão de obra pública;
- III. a permissão de serviço público;
- IV. a subconcessão;
- V. outros contratos ou ajustes administrativos.

Dessa forma, deve-se considerar que as parcerias público-privadas foram criadas devido às peculiaridades que apresentam em relação aos arranjos tradicionais das concessões e permissões. Logo, convém explicar brevemente os modelos de concessões e permissões, de forma que se demonstrem as inovações trazidas pelo arranjo das parcerias público-privadas, que também possibilitará a celebração de contratos entre a Administração Pública e os particulares.

1.2. Classificação

Inicialmente, considerar-se-á parceria público-privada *lato sensu* toda parceria realizada entre Estado e particular com objetivo de prestação de serviço público, como o são as concessões, as permissões e, agora, as parcerias público-privadas *stricto sensu*, das quais se tratará ao final deste capítulo.

1.2.1. As Concessões

A tendência de se transferir responsabilidades na prestação de serviço ao setor privado é fruto da mudança de concepção a respeito do papel do Estado, que, após a Segunda Guerra Mundial, passou a assumir novas funções, consolidando-se em Estado Social ou do Bem-Estar, com o objetivo de corrigir as distorções criadas pelo liberalismo nos âmbitos econômico e social, bem como proteger as liberdades individuais.

Assim, vislumbrou-se uma ampliação das responsabilidades estatais, seja através da assunção de certas atividades por meio do serviço público - aumentando a quantidade de empresas estatais e fundações para fornecê-lo -, seja através da intervenção em atividades de natureza econômica – por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e empresas sob controle acionário do Estado -, seja ainda através da inserção do Estado em atividades tipicamente reservadas ao setor privado.

No entanto, houve um crescimento acentuado do Estado Social de Direito, tornando-se necessário limitá-lo, devido aos riscos de ineficiência em suas ações, já que existiam vários campos de intervenção estatal, além de excesso de regulações e monopólios a seu favor. Além do mais, convivia-se com a crise decorrente do choque do petróleo em 1973.

Foi preciso, então, mudar a concepção tradicional do Estado Social de Direito, adicionando-se o elemento “democrático”, o que resultou no Estado Democrático de Direito, que prima pela participação cidadã nas ações do Estado. Alguns autores

acrescentam também a noção de Estado Subsidiário, aproveitando-se da idéia do princípio da subsidiariedade para se conceber a necessidade de buscar novas formas de gestão do serviço público e das atividades exercidas pela Administração Pública, apoiada pela iniciativa de reforma do Estado¹.

Primeiramente, delegou-se a execução de serviços públicos a empresas privadas via concessão, o que garantiria ao Estado proporcionar um serviço público essencial sem investir recursos públicos e correr riscos do empreendimento.

As concessões, previstas no art. 175 da Constituição Federal de 1988, foram disciplinadas pela Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão na prestação de serviços públicos, aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que poderão legislar sobre normas específicas para seus respectivos âmbitos.² A Constituição Federal disciplina a matéria da seguinte forma:

Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

A concessão de serviço público, conforme art. 2º, II da Lei nº 8.987/95, implica seja delegada sua prestação pelo poder concedente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo certo. A concessão de serviço público precedida de execução da obra pública referida no inciso III, mesmo artigo, consiste em delegação de construção, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de obra de interesse público à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para

¹ - Ver DI PIETRO, 2006, p.33/39

² - A Lei 9.074/95 estabeleceu, por sua vez, normas para outorga e prorrogação das concessões de serviços públicos.

a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo certo. Ambos os tipos de concessões são delegados através de licitação na modalidade concorrência.

Odete Medauar (2006, p.207-210) caracteriza a concessão como sendo um tipo de contrato administrativo clássico que pode ser conceituado como aquele que a Administração celebra com particulares, devendo reger-se pelas normas pertencentes ao Direito Público.

Mesmo que um contrato de concessão seja um acordo de vontades, deve-se considerar que o fato de se contratar com a Administração implica uma diferença entre as partes contratantes, explicitada pela presença de cláusulas exorbitantes que garantem a supremacia do Estado durante o cumprimento dos contratos, dando-lhe poderes unilaterais, com vistas à proteção do interesse público. A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) prevê quais são os poderes reservados ao poder público. Vejamos.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III – fiscalizar-lhes a execução;
- IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Há de se lembrar que o concessionário - por ter que se submeter a um contrato em que existem, por parte da Administração Pública enquanto poder concedente, prerrogativas necessárias à satisfação do interesse público e restrições que visam à proteção dos direitos individuais - é compensado pelo direito a ele inerente ao equilíbrio econômico-financeiro³.

³ - Ver DI PIETRO, 2006, p. 100.

Neste sentido, os particulares, visando garantir segurança aos investidores do negócio, devem assegurar que a modificação unilateral dos contratos de concessão, se houver, respeitará os direitos do contratado.

As agências reguladoras desempenham papel fundamental na execução do serviço público, pois, embora não sejam diretamente responsáveis pela provisão do serviço, têm a obrigação de zelar pelas regras estabelecidas, setorialmente, para a prestação de serviços públicos por terceiros, de forma a garantir a qualidade do serviço⁴.

Enfim, a concessão é um contrato administrativo, precedido de licitação, entre o poder público – pode concedente – e pessoa jurídica ou consórcio de empresas privadas – concessionária, no qual há transferência da responsabilidade pela provisão do serviço público e execução de atividades de operação e manutenção de infra-estrutura do poder concedente para a concessionária.

À empresa concessionária cabem todos os aspectos de operação, manutenção de infra-estrutura e provisão de serviço público, o que distingue o contrato de concessão dos demais contratos administrativos.

Na concessão, a remuneração da concessionária é, geralmente, baseada em uma tarifa cobrada diretamente do usuário. Exemplo disso são as rodovias que, após serem concedidas, passaram a ter como fonte de remuneração o pedágio⁵. A propriedade do termo está no fato da possibilidade da existência de “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados [...] com vistas a favorecer a modicidade das tarifas” (art. 11 da Lei nº 8.987/95). São atividades, então, paralelas à essencial a ser prestada pelo concessionário, como é exemplo o

⁴ - Ver GIAMBIAGI & ALÉM, 2000, p.401.

⁵ - Conforme Oliveira (2003, p.43-44), a cobrança de pedágios em rodovias objeto de concessão não configura bitributação, vez que não configura o pedágio um tributo, mas preço público ou tarifa, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal e, por isso, não se sujeita à legislação tributária. Além do mais, mesmo que o pedágio fosse considerado um tributo, a bitributação só se configura quando dois tributos incidem sobre a mesma base geradora: no caso do IPVA, a base é a propriedade do veículo; no ICMS sobre combustíveis, a base geradora é a compra do combustível e, no caso do pedágio, é a passagem pela praça de pedágio. Dessa forma, mesmo que fosse considerado tributo, o pedágio não configuraria bitributação. Além disso, não se pode esquecer de que impostos não têm vinculação específica, donde não se pode afirmar que a função do IPVA é a conservação de vias urbanas e rodoviárias.

caso de restaurantes existentes ao longo de rodovias concedidas. Deve-se salientar que essas receitas não são consideradas como lucro além do previsto para a concessão: visando à modicidade da tarifa e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é que o poder concedente possibilita a exploração destas atividades. Além dessas atividades alternativas, é possível que o próprio poder público possa remunerar uma concessionária que opere em uma concessão de rodovia, por meio do pedágio sombra⁶.

Quanto ao aspecto da remuneração nas concessões, cabe observar que, embora o concessionário preste um serviço público, a concessão tem por objetivo o lucro daqueles que exploram esta atividade. Assim, coexistem, no empreendimento, a idéia do interesse público indisponível e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que possibilite a continuidade da prestação do serviço por parte do concessionário.

No que concerne ao interesse público, a concessão, como prestação de serviço público, outorga aos concessionários prerrogativas próprias do poder público, como “promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato” (art. 31, VI da Lei nº 8.987/95) e “captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço” (art. 31, VIII da Lei nº 8.987/95). Além disso, o concessionário deve se submeter aos princípios inerentes à execução dos serviços públicos, principalmente aos da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e igualdade dos usuários.

O princípio da continuidade implica na impossibilidade de interrupção da prestação do serviço, exceto por razões técnicas, de segurança das instalações ou por inadimplemento do usuário, considerando-se o interesse coletivo (art. 6º, § 3º, I e II da Lei nº 8.987/95), sendo condição para a prestação de serviço adequado, ou seja, aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas” (art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95), entendendo-se por atualidade a constante

⁶ - O pedágio sombra refere-se ao pagamento direto que as concessionárias recebem do poder concedente, sem cobrança de pedágio. As concessionárias recebem do poder concedente um pagamento fixo mais um pagamento proporcional ao volume de tráfego.

manutenção na prestação do serviço, além da melhoria da tecnologia e expansão da prestação do serviço (art. 6º, §2º da Lei nº 8.987/95).

Por princípio da mutabilidade entende-se a possibilidade de alteração unilateral, devidamente motivada pelo poder concedente, das cláusulas contratuais, visando ao atendimento do interesse público, não cabendo ao concessionário ou ao usuário opor-se às alterações, já que não há direito adquirido em relação ao regime jurídico vigente no momento de celebração do contrato. No entanto, o art. 9º, §4º da Lei nº 8.987/95 prevê que, caso a alteração unilateral do contrato afete o equilíbrio econômico-financeiro inicial, este deverá ser recomposto, concomitantemente à alteração. Embora a Lei de concessões não estipule um limite para as alterações unilaterais nos contratos, cabe a aplicação do art. 65 da Lei nº 8.666/93, ou Lei de Licitações, que prevê o limiar de 25% do valor inicial, já atualizado, do contrato.

O princípio da igualdade perante o serviço público, por sua vez, remete ao princípio da isonomia previsto na Constituição de 1988, que obriga que a prestação do serviço seja igual para todos os cidadãos que se encontrem na mesma situação, devendo ser justificada qualquer diferença de tratamento.

Os serviços públicos, sob o ponto de vista do Direito Administrativo, são conceituados por Medauar (2006, p. 337/338) como as atividades prestacionais realizadas pela Administração, por meio das quais se propicia algo necessário à vida coletiva, como é o caso do fornecimento de água, energia e transporte. Dessa forma, não se confundem com as atividades-meio, como a cobrança de impostos e os serviços de limpeza e vigilância de repartições. Os serviços públicos submetem-se a normas de Direito Público, ao passo que os serviços privados obedecem às normas pertencentes ao Direito Privado.

No que se refere aos modos de prestação dos serviços públicos, Medauar (2006, p. 342) ensina que podem ser prestados tanto pela Administração Direta – o Estado é titular e prestador dos serviços, executando-os através de órgãos próprios, em seu nome, sob sua responsabilidade, sendo os serviços centralizados – quanto pela Administração Indireta – são os serviços descentralizados, atribuídos por outorga ou delegação. Na outorga, há a criação de entidades pelo Estado (pessoa

jurídica, como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas) para as quais é transferido, por lei e definitivamente, determinado serviço público. A delegação, por sua vez, se dá quando o Estado transfere, por contrato (concessão ou permissão) ou ato administrativo, somente a execução do serviço a pessoas físicas, a jurídicas de Direito Privado ou a jurídicas de Direito Público (por meio de convênio) por prazo determinado.

Diante do exposto, é importante considerar que as concessões, forma de delegação de serviços públicos, são uma transferência da execução do serviço, por meio de lei, mantendo-se, no entanto, a titularidade do serviço com o poder público, donde pode-se afirmar que a Administração possui um poder de direção e controle sobre a prestação dos serviços, devendo prezar pela fiel execução do contrato, aplicando, se necessário, sanções aos concessionários. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1997, p. 39):

O concessionário gere a prestação do serviço, enquanto a administração controla, configurando-se uma verdadeira “política de serviço”, que implica um contínuo e ininterrupto controle de inspeção e intervenção, que se manifesta de diferentes maneiras, como ordens, atos de disposição, organização, direção e planejamento do serviço público, exame dos documentos e livros do concessionários, a fim de comprovar os resultados econômicos de sua exploração, vigilância da prestação material do serviço, fiscalização de certas operações financeiras que pretenda efetuar o concessionário, etc.

Assim, as concessões são uma forma de lidar com o problema da escassez de recursos públicos para promover a manutenção e os investimentos das infra-estruturas dos serviços públicos, ao contar com a participação de particulares em sua prestação. Para tanto, deve haver mecanismos institucionais que incentivem os empreendedores a participar dos investimentos dessa natureza. Com isso, emergem questões acerca das agências reguladoras e dos riscos inerentes às concessões, o que será abordado mais adiante.

1.2.2. As Permissões

Configura-se permissão o “ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por terceiros.” (DI PIETRO, 2006, p. 146). De acordo com a Lei de Concessões, art. 2º, IV e art. 40:

Art. 2º [...]

IV. permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta lei.

Dessa forma, para Medauar (2006, p. 352), as diferenças entre as concessões e a permissão estão no fato de que:

- a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica;
- b) a concessão destina-se a serviços de longa duração, inclusive a propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração.

As permissões são, pois, uma forma precária de prestação de serviço público através de contrato administrativo, entendendo-se “precariedade” nos seguintes termos: em primeiro lugar, significando que o ato é revogável pela Administração Pública, a qualquer tempo, o que é uma característica também dos contratos de concessão; em segundo lugar, no sentido de inexistência de fixação de prazo estabelecido nos contratos de permissão e conseqüente possibilidade de revogação do ato a qualquer momento pela Administração Pública, sem direito à indenização. Os contratos de concessão não são precários nessa segunda acepção, vez que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 57, §3º, proíbe celebração de contrato sem prazo

estabelecido, e a Lei nº 8.987/95 prevê a fixação de prazo no contrato como cláusula essencial. (DI PIETRO, 2006, p. 148)

Quanto ao estabelecido no art. 40 da Lei nº 8.987/95 em referência a ser o contrato de permissão um contrato de adesão, e tendo em vista que todos os contratos administrativos são de adesão, parece que o legislador apenas quis reforçar que a assinatura do permissionário no contrato implica em aceitação às cláusulas contratuais impostas pela Administração, sem tantas garantias como as da concessão.

1.2.3. As Parcerias Público-Privadas *stricto sensu*

A Lei Federal nº 11.079/2004 institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. A Lei nº 14.868/2003 do Estado de Minas Gerais (cuja escolha já foi justificada na Introdução deste estudo) dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas. Apenas para fins didáticos e obedecendo a uma ordem cronológica, será analisada, primeiramente, a Lei Mineira de PPP. Dita o art. 11 da Lei nº 14.868/03:

- Art. 11. São instrumentos para realização de parceria público-privada:
- I. a concessão de serviço público, precedida ou não de obra pública;
 - II. a concessão de obra pública;
 - III. a permissão de serviço público;
 - IV. a subconcessão;
 - V. outros contratos ou ajustes administrativos.

Para a Lei Mineira, pois, parcerias público-privadas são contratos administrativos a serem realizados por meio dos arranjos tradicionais de concessão, permissão e subconcessão. Assim, as parcerias público-privadas *stricto sensu* são uma forma de rearranjar os modelos de parceria entre os setores público e privado, *lato sensu*, existentes.

O art. 12 da Lei Mineira dispõe que os instrumentos para realização de parcerias público-privadas regem-se pela Lei de concessões e permissões e pela Lei

de licitações, além de admitir as funções reguladora, controladora e fiscalizadora do Estado, por meio da presença de agências reguladoras, que devem estimular a competitividade na prestação de serviços (art. 2º, VI e VIII da Lei nº 14.868/03). Por se tratar de prestação de serviços públicos, deve-se considerar que o disposto nos incisos II, III e IV do art. 2º da Lei nº 14.868/03 é comum às diversas modalidades de prestação de serviços públicos, também não configurando aspectos inovadores nesse sentido. Resta saber, assim, o que há de peculiaridade nesse arranjo de PPP, o que ensejou a criação dessa legislação.

Deve-se partir, então, do conceito de PPP, que será extraído da combinação do parágrafo único do art. 1º com o art. 2º da Lei nº 14.868/03. Dita o art.1º, em seu parágrafo único:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. As parcerias público-privadas de que trata esta lei constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhes contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas.

O art. 2º da Lei nº 14.868/03, por sua vez, disciplina o Programa de PPP mineiro, cujas diretrizes são: eficiência na execução das políticas públicas e no emprego dos recursos públicos; qualidade e continuidade na prestação dos serviços; universalização do acesso a bens e serviços essenciais; respeito aos direitos dos usuários e dos agentes privados responsáveis pelo serviço; garantia de sustentabilidade econômica da atividade; estímulo à competitividade na prestação de serviços; responsabilidade fiscal na celebração e execução de contratos; indisponibilidade das funções reguladora, controladora e fiscalizadora do Estado; publicidade e clareza na adoção de procedimentos e decisões; remuneração do contratado vinculada ao seu desempenho; participação popular, mediante consulta pública.

Constata-se que a diretriz acerca da participação popular, mediante consulta pública, é própria da Lei Mineira, não aparecendo como diretriz na Lei Federal de PPP.

Extraída da Lei Mineira, essa definição de parceria público-privada explicita sua natureza contratual, além de destacar que tanto o parceiro público quanto o privado devem colaborar com recursos financeiros.

Assim, pode-se observar que as PPPs não englobam apenas a construção e o gerenciamento de infra-estrutura, mas também a prestação de serviços públicos utilizando-se a infra-estrutura pública. Diferenciam-se, pois, do modelo de concessões e permissões tradicionais ao contemplar mais atividades do que as previstas, tradicionalmente, pelas concessões, conforme disposto no art. 5º, §1º da Lei nº 14.868/03: educação, saúde e assistência social; transportes públicos, saneamento básico; segurança, sistema penitenciário, defesa e justiça; ciência, pesquisa e tecnologia, agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agroindustrialização; outras áreas públicas de interesse social ou econômico. Assim, com a implementação do modelo de parceria público-privada, observa-se uma ampliação das possibilidades de participação nas atividades do Estado.

Verificando ainda o disposto nos incisos do art. 2º da Lei Mineira, as PPPs têm, como aspecto subjacente, a idéia de que deve haver o gerenciamento e/ou manutenção do que foi objeto do contrato, possibilitando maior qualidade e eficiência na prestação do serviço, uma vez que a remuneração do parceiro privado está vinculada ao seu desempenho. Isso minimiza a ocorrência de comportamentos oportunistas do tipo risco moral por parte do parceiro privado que poderia utilizar matérias-primas de qualidade inferior em obras, mas que, devido ao longo prazo do investimento e da prestação do serviço, assim não age, primando pela qualidade em sua construção e execução. Referindo-se ao aspecto da sustentabilidade econômica do projeto de parceria (art. 2º, V da Lei nº 14.868/03) entende-se que a parceria público-privada deve atender tanto às necessidades de retorno financeiro do parceiro como também às exigências do interesse público do objeto do contrato.

Não obstante todo o exposto, as parcerias público-privadas *stricto sensu* não são sinônimos do modelo de *project finance*. Este se refere à “realização de um projeto, a cargo de uma personalidade jurídica constituída especificamente com o fim de oferecer um certo serviço, especialmente na área de infra-estrutura” (GIAMBIAGI e ALÉM, 2000, p.432). Tal modelo origina-se do desejo dos participantes de compartilhar riscos e de evitar a concentração excessiva desses riscos em um só setor. Isso porque os grupos de investidores somam esforços para financiar conjuntamente determinado projeto que, isoladamente, demandaria grandes volumes de capital e representaria maiores riscos para investir. Ademais, os agentes participantes de um *project finance* são solidários entre si na execução do projeto, mas inexistente relação do investidor com os outros negócios que ele, separadamente, possui, o que amplia as garantias do particular. O *project finance* é, então, uma alternativa para a realização de grandes investimentos em um contexto de restrições de financiamento por parte do setor público, referindo-se a empreendimentos que apresentam retorno por si sós, podendo ser aplicados, por exemplo, na exploração de rodovias entregues em concessão. As parcerias público-privadas *stricto sensu*, incluem, assim, dentre outras, em seu rol de aplicação, a modalidade de *project finance*.

A Lei Federal assim conceitua as parcerias público-privadas, em seu art. 2º: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, e explica, em seguida:

§1º. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada pelos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§2º. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indiretamente, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§3º. Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A partir do exposto, pode-se afirmar que, também na Lei Federal, as parcerias público-privadas são nada mais do que espécie do gênero “Parcerias” que o Estado

estabelece com os particulares, donde se justifica a denominação adotada no presente estudo: parcerias público-privadas *stricto sensu*.

Segundo José Cretella Neto (2005, p. 11), a Lei Federal

não inova, propriamente, em nosso ordenamento jurídico, dado que amplia a figura da concessão, o que pode ser saudado como uma evolução do instituto, possibilitando ao Estado criar uma forma de crédito e financiamento de projetos importantes para o Estado, que não poderiam ser realizados por falta de recursos públicos, além de possibilitar transferência de tecnologia.

Como o legislador federal de forma até redundante deixou claro, as parcerias público-privadas são aquelas realizadas por intermédio de contratos administrativos de concessão patrocinada – que configura concessão comum adicionada de contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado - ou de concessão administrativa - cuja usuária direta ou indireta constitui a Administração Pública, e regida pela Lei das PPPs e também pelos arts. 21, 23,25,27 a 39 da Lei nº 8.987/95 e pelo art. 31 da Lei nº 9.074/95 -, restando fora da abrangência das PPPs as concessões comuns, que continuam sendo disciplinadas pela Lei nº 8.987/95.

O parágrafo 4º do art. 2º da Lei nº 11.079/04 impõe restrições de natureza diversa aos contratos de parcerias público-privadas: valor igual ou superior a vinte milhões de reais, prazo de duração igual ou superior a cinco anos e uma condição *ratione materiae*, que estabelece que o contrato não pode ter por objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

O art. 5º da Lei nº 11.079/04, em seu inciso I, dispõe que o contrato de parceria público-privada deverá prever prazo de vigência não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação. O prazo máximo estabelecido de 35 (trinta e cinco) anos é mais uma limitação ao contrato de parceria público-privada, limitação que a Lei Mineira nº 14.868/03 não prevê⁷.

⁷ - A Lei Mineira nº 14.868/03 prevê, no entanto, uma exceção temporal, quando em seu art. 18 dispõe: “O contrato de parceria regido pela legislação geral sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos que não seja remunerado por tarifa cobrada dos usuários e que

Assim, pode-se adicionar ao conceito inicial de PPPs a exigência de contratos de valor relativamente alto, de longo prazo e que não concorram com outros negócios jurídicos, objetos de outras leis, com fins diversos.

A celebração do contrato de parceria público-privada será precedida da escolha do parceiro privado mediante licitação na modalidade concorrência, obedecendo-se ao disposto nos arts. 10 a 13 da Lei nº 11.079/04, sendo o julgamento baseado, conforme dispõe o art. 12, em um dos seguintes critérios:

Art. 12, II [...]

- a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
- b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

O procedimento licitatório, porém, está condicionado, de acordo com o art. 10 da Lei nº 11.079/04, a: a) autorização da autoridade competente, devidamente motivada com a demonstração da conveniência e oportunidade da contratação; b) demonstração de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000; c) submissão da minuta do edital e do contrato a consulta pública mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, com informações acerca da justificativa para contratação, identificação do objeto, prazo do contrato e seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões de interessados; e d) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Depreende-se dos artigos 14 e 15 da Lei nº 11.079/04 que as minutas de edital devem ser elaboradas pelo Ministério e Agência Reguladora nas suas respectivas áreas de competência. A autorização para a contratação compete ao órgão gestor e prescinde de estudo técnico acerca da conveniência e oportunidade da contratação e o cumprimento de disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal.

obrigue o contratado a fazer investimento inicial superior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) não terá prazo inferior a 10 e superior a 30 anos”.

A Lei de parcerias público-privadas nasce atenta aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, já que em seu art. 10, inciso I, b e c, e incisos II a V, dispõe que os estudos técnicos anteriores à abertura da licitação devem demonstrar: a) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais no anexo referido no §1º do art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; b) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos art. 29, 30 e 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal (que se referem aos limites do endividamento e da recondução da dívida aos seus limites) nas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; c) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; d) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei Orçamentária Anual; e) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; f) previsão no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.

Não obstante, por ser o contrato de parceria público-privada *stricto sensu* um contrato de longo prazo, é difícil o cumprimento a rigor da Lei de Responsabilidade Fiscal. As restrições dessa Lei são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 186/187):

Se a Lei nº 11.079 exige, por exemplo, elaboração de estimativa de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada (dando cumprimento ao artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal), isto significa que a cada exercício esse estudo deverá ser repetido; se constatado que a despesa não é compatível com o plano plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou com a Lei Orçamentária Anual, o contrato terá que ser obrigatoriamente rescindido.

Assim, não há como ser a parceria submetida à Lei de Responsabilidade em todo o período de vigência do contrato, pois que impossível fazer estimativas de despesa que cubram todo esse período. Consoante o art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, as estimativas devem ser feitas para o exercício em que a despesa for efetuada e os dois subseqüentes.

No mesmo sentido, José Cretella Neto (2005, p. 89), acerca do art. 10, inciso II da Lei nº 11.079/04:

Ora, por melhor que seja o estudo e a qualidade da empresa encarregada de elaborá-lo, não pode deixar de ser assinalado que a estimativa estipulada pelo inciso II do art. 10 é mera peça de ficção. Com efeito, uma vez que os contratos de PPP podem perdurar por até 35 anos e, se já será difícil estimar o impacto durante os primeiros anos, que dirá de períodos futuros, mais distantes no tempo.

O citado autor faz menção ainda à dificuldade de se assegurar os enquadramentos aos incisos III e IV do art. 10 da Lei nº 11.079/04 durante todo o prazo de duração do contrato de parceria (CRETELLA NETO, 2005, p. 90).

A Lei Mineira de PPP não prevê explicitamente, como o faz a Lei Federal, a imposição dos contratos de parceria à Lei de Responsabilidade Fiscal, mas em seu art. 11, §1º, dispõe que o contrato só poderá ser celebrado se o seu objeto estiver previsto nas leis do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado – PMDI – ou no Plano Plurianual de Ação Governamental – PPAG.

Quanto à contraprestação da Administração Pública, a Lei nº 11.079/04 dispõe, no parágrafo único do art. 6º, que “o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”. A Lei Mineira nº 14.868/03 torna obrigatória essa possibilidade, já que no seu art. 15 dispõe que a remuneração do contratado será vinculada ao seu desempenho na execução do contrato.

Ambas as leis condicionam o pagamento pela Administração Pública ao momento em que for possível utilizar a obra, serviço ou empreendimento, permitindo, no entanto, a Lei Federal, que possa haver o pagamento da contraprestação referente à parcela utilizável do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Não se pode esquecer de que há um limite imposto pela Lei nº 11.079/04 (§3º, VII do art.10) para remuneração do parceiro privado por parte da Administração nas concessões patrocinadas: até 70%, pois que ultrapassado esse limite é preciso autorização legislativa específica.

Merece destaque esse ponto, vez que se deve discutir se o parceiro privado terá recursos suficientes para disponibilizar todo o serviço objeto do contrato ou a partir de qual etapa do projeto será possível disponibilizar a sua utilização. Nas concessões de rodovia, por exemplo, o particular executa obras de “maquiagem”, ou seja, obras que permitem a utilização mínima da rodovia, viabilizando o início da arrecadação. Isso ocorre porque a partir do momento em que se arrecadam recursos é que passa a ser possível realizar os investimentos realmente maiores, como viadutos e pontes. A “maquiagem” implica, então, as etapas iniciais, como a recuperação das vias e a instalação de praças de pedágio, de sinalização mínima e primeiros socorros.

Verificando o rol de atividades passíveis de serem viabilizadas por meio de PPP, percebe-se que nem todas elas apresentam retorno integral: mesmo havendo cobrança de tarifa, esta não é suficiente para cobrir os custos de manutenção, como ocorre nas concessões tradicionais. Cabe então ao setor público remunerá-las.

Tratando-se de remuneração, os incisos I e II do art. 12 da Lei Mineira nº 14.868/03 estipulam de que forma serão adotados os indicadores de metas e resultados a serem atingidos pelo parceiro privado, que deverão ser especificados em contrato e no edital de licitação. Os incisos do art.15, por sua vez, especificam as maneiras pelas quais o parceiro privado pode ser remunerado, sendo que pode haver combinação entre as seguintes formas de pagamento:

Art. 15 [...]

- I. tarifa cobrada dos usuários, nos contratos regidos pela lei federal de concessão e permissão de serviços públicos;
- II. recursos do Tesouro estadual ou de entidade da Administração Indireta estadual;
- III. cessão de créditos do Estado ou de entidade da Administração Indireta estadual, excetuados os relativos a impostos;
- IV. transferência de bens móveis e imóveis, na forma da lei;
- V. títulos da dívida pública, emitidos com observância da legislação aplicável;
- VI. cessão do direito de exploração comercial de bens públicos e outros bens de natureza imaterial, tais como marcas, patentes, bancos de dados;
- VII. outras receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.

No que atine a este último inciso, a Lei Mineira das PPP's prevê, diferentemente da Lei de Concessões, como forma de pagamento ao concessionário, receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados. A Lei de Concessões, por sua vez, em seus artigos 11 e 18, VI, traz como meios de remuneração ao concessionário, além da tarifa, fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, visando a favorecer a modicidade de tarifas.

Os outros mecanismos de pagamento previstos no art. 15 da Lei nº 14.868/03 são formas de se garantir o pagamento das obrigações assumidas pelo Estado, caso o pagamento do parceiro privado não seja efetuado e, dessa forma, possibilitar aos particulares o retorno do capital investido. A modicidade nas tarifas pode ser observada também quando couber ao setor público complementar a remuneração do parceiro privado, diminuindo, diretamente, o custo do serviço para o usuário. No entanto, não se pode esquecer de que os recursos públicos vêm, em última instância, dos mecanismos de financiamento dos gastos públicos. O modelo de parceria público-privada apresenta, segundo a Lei de parcerias, maior eficiência na provisão do serviço público, uma vez que o setor privado não se atém em aspectos de licitação e concursos públicos, de forma que, para ele, os custos da prestação do serviço são menores do que os do Estado.

A Lei Federal nº 11.079/04, por sua vez mais sucintamente, em seu art. 6º, estabelece como modalidades de pagamento da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada as seguintes: ordem bancária, cessão de

créditos não tributáveis, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, além de outros meios admitidos em lei. Como se vê, a lei deixa claro que a relação do art. 6º não é taxativa, podendo a contraprestação da Administração Pública ser feita por quaisquer outros meios legais, tais como os abordados na Lei Mineira ou outros, como dação em pagamento (de bens dominicais) ou compensação de dívidas.

Percebem-se, então, semelhanças entre as Leis nº 14.868/03 e nº 11.079/04 e a Lei nº 8.987/95, mas a inovação trazida pelas parcerias público-privadas, além da ampliação das áreas passíveis de adoção do modelo de PPP, está em uma maior redução dos gastos públicos em infra-estrutura e nos benefícios do compartilhamento de riscos e recompensas entre os setores público e privado. Isso ocorre devido ao fato de que nas concessões, conforme visto, a responsabilidade pelo risco do negócio é, a princípio⁸, do particular. A grande proposta das parcerias público-privadas está, pois, no compartilhamento de riscos entre os parceiros público e privado. Tais riscos devem ser repartidos conforme a capacidade que cada um dos parceiros tem para gerenciar os riscos da atividade a ser executada pelo parceiro privado: cabe à Administração a responsabilização pelas garantias e, ao particular, a execução, o investimento e o financiamento inicial do projeto.

Tanto no âmbito federal quanto no mineiro foram previstos fundos garantidores do pagamento da contraprestação da Administração Pública ao parceiro privado. No âmbito federal, a previsão de referido fundo, denominado *Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas* (FGP), consta da Lei nº 11.079/04, em seus artigos 16 a 20. Tal fundo objetiva prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias celebradas em nível federal, ficando a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais). Na esfera de Minas Gerais, foi publicada, na mesma data da Lei nº 14.868/03, a Lei nº 14.869/03 que cria o Fundo de Parceria Público-Privada do Estado de Minas Gerais, cujo escopo é dar sustentação financeira ao Programa Mineiro de Parceria Público-Privada.

⁸ - Mais à frente se verá que a norma segundo a qual os riscos nos contratos de concessão são do concessionário deve ser interpretada com cautela.

O Fundo é destacado pelas leis em questão como forma de garantia de pagamento do Poder Público. Isso se justifica porque, diferentemente do que ocorre nas concessões comuns, em que o principal remunerador do serviço é o usuário, nas parcerias público-privadas *stricto sensu*, grande parte do pagamento advém do Poder Público, que infelizmente não é visto como bom pagador.

O §1º do art. 16 da Lei Federal dispõe que o Fundo, detentor de direitos e obrigações próprias, terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas. Já o §2º do art. 16 da Lei nº 11.079/2004 prevê que o patrimônio do FGP deve ser formado por bens e direitos dos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos advindos da sua Administração. Parece, pois, que cada uma das pessoas jurídicas deve contribuir com cotas, na medida em que celebrem contratos de parceria público-privadas. Ocorre que autarquias e fundações públicas, por força do princípio da especialidade, são vinculadas aos fins para os quais foram criadas, não podendo, pois, destinar recursos a finalidade diversa, sem autorização legislativa específica, sob pena de configuração de crime de improbidade administrativa⁹.

Quanto à natureza do Fundo – natureza privada – parece-nos que o legislador optou por especificá-la com o objetivo de frisar que eventual execução movida contra o Fundo deve ser gerida não pelo sistema de precatórios, mas pelas regras do direito privado, como uma execução entre particulares. No mesmo sentido, previu que o patrimônio do Fundo é próprio, separado do dos cotistas, e que, quando da aquisição de cotas, todo e qualquer bem a ser integralizado pelos cotistas – União, suas autarquias e fundações públicas – deixa de ser de sua titularidade, passando a pertencer ao fundo, isto é, deixa de ser público e passa a ser privado, destituído dos atributos da impenhorabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Embora o *caput* do art. 17 da Lei nº 11.079/2004 determine que o FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente pela União, o §1º dispõe que o estatuto e o regulamento do Fundo serão aprovados em assembléia dos cotistas. Só se pode compreender essas normas se admitirmos que a competência

da assembléia dos cotistas, que não administra o Fundo, limita-se à aprovação do estatuto e do regulamento do Fundo. Não há como entender, porém, como o Fundo poderá ser criado pela instituição financeira. O FGP tem que ser criado por Lei, uma vez que configura “uma *receita* específica que a *lei* afasta do caixa único e vincula a um fim determinado” (DI PIETRO, 2006, p.176/177, grifo da autora).

O art. 18 da lei federal prevê que as garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP. A lei enumera, no §1º, as modalidades de garantia a serem prestadas pelo FGP, permitindo, no inciso VI, “garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP”. Pela leitura desse inciso e do art. 21 da Lei, parece que é cabível a constituição de um fundo específico dentro do FGP – patrimônio de afetação – que não se comunica com o FGP, não pode ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP, servindo exclusivamente à garantia em virtude da qual for constituído. Na verdade, através dessa garantia, privilegia-se certo credor, o que contraria os princípios da igualdade e da impessoalidade a que deve se submeter a destinação dos recursos orçamentários.¹⁰ Ademais, esse patrimônio de afetação, em caso de dissolução do FGP, ficará a salvo da dissolução e do rateio? Inexistente o FGP, parece óbvio que deixará de ter validade qualquer garantia que for prestada por meio de todo o seu patrimônio¹¹.

Os parágrafos 2º, 4º e 5º do art. 18 da Lei nº 11.079/04 são de grande atratividade ao parceiro privado, na medida em que prevêm: a possibilidade de o FGP contratar seguros para cobrir compromissos das PPPs, a possibilidade de acionamento pelo parceiro privado da garantia a partir do 45º dia do vencimento de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público e a possibilidade de o parceiro privado acionar a garantia referente a débitos constantes de faturas emitidas e ainda

⁹ - Ver DI PIETRO, 2006, p. 177/178.

¹⁰ - Ver DI PIETRO, 2006, p. 178.

¹¹ - Ver MUKAI, 2005, p. 34.

não aceitas pelo parceiro público, uma vez decorridos 90 dias de seu vencimento sem que tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o Fundo de Parcerias Público-Privadas criado pela Lei nº 14.869/2003 é uma entidade contábil sem personalidade jurídica, que tem como objetivo dar sustentação financeira ao Programa de Parcerias Público-Privadas, em que figuram como beneficiárias as empresas parceiras e habilitadas nos termos da lei.

Os recursos do Fundo do Estado de Minas Gerais, que serão depositados em conta especial, em instituição financeira indicada pelo Poder Executivo, provêm das dotações consignadas no orçamento do Estado e os créditos adicionais, dos rendimentos provenientes de depósitos bancários e aplicações financeiras do Fundo, das doações, dos auxílios, das contribuições e dos legados destinados ao Fundo, dos recursos provenientes de operações de crédito internas e externas, dos recursos provenientes da União e de outras receitas destinadas ao Fundo.

A referida Lei Mineira ainda prevê a alocação ao Fundo de ativos de propriedade do Estado, excetuados os de origem tributária, e de bens móveis e imóveis, na forma definida em regulamento, observadas as condições previstas em lei.

Em seu art. 5º, a Lei Mineira dispõe que o Fundo operará a liberação de recursos para os parceiros privados e oferecerá garantias reais que lhes assegurem a continuidade do desembolso pelo Estado dos valores contratados, na forma da lei. No §2º do art. 5º, a lei esclarece que as condições para a liberação e a utilização de recursos do Fundo por parte do beneficiário e para a concessão de garantias serão estabelecidas no contrato de parceria. Para tanto, de toda forma, o beneficiário terá que comprovar a realização dos investimentos necessários ao cumprimento das obrigações no contrato de parceria. É o que reza o §3º do art. 5º.

Fazendo-se uma comparação entre o que dispõe a Lei Federal sobre o FGP e a Lei nº 14.869/03 que instituiu o Fundo de Parceria Público-Privada no âmbito do Estado de Minas Gerais, percebe-se que muito mais adequado é o tratamento que a

Lei Mineira deu ao Fundo. Diferentemente das disposições federais, o Fundo na esfera de Minas Gerais foi criado por *Lei*, teve seus objetivos claramente definidos, bem como a configuração de seus recursos (grifo nosso). Ademais, não há qualquer previsão de patrimônio de afetação dentro do Fundo para privilégio de determinado credor.

No que tange ao processo de escolha dos parceiros e dos projetos a serem implementados na modalidade PPP, em Minas Gerais, a Lei nº 14.868/03, em seu art. 19, prevê o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGPPP –, vinculado à Governadoria do Estado e composto por secretários de Estado, conforme disposto no art. 19, §2º da Lei nº 14.868/03, ao qual cabe a elaboração do Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas e aprovação dos editais, contratos, seus aditamentos e prorrogações. Para tanto, o CGPPP será assessorado pela Unidade de Coordenação de Parcerias Público-Privadas – Unidade PPP – que divulgará conceitos e metodologias próprios dos contratos de parcerias público-privadas (art. 20, II da Lei nº 14.868/03).

A Unidade PPP, conforme o disposto no art. 5º do Decreto Estadual nº 43.702, de 16.12.2003, está vinculada à Subsecretaria de Assuntos Internacionais da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, tendo também por função executar atividades operacionais e de coordenação de parcerias público-privadas, auxiliando na metodologia de elaboração de projetos, contratos e licitação para a escolha dos parceiros privados.

Em Minas Gerais, os projetos elaborados dentro da modelagem da parceria público-privada serão firmados no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo. Entretanto, como forma de evitar que se firmem contratos de forma despadronizada, colocando em risco a credibilidade do programa, cabe à Unidade PPP, dentre outras funções, as seguintes, conforme o Decreto Estadual nº 43.702/2003:

[...]

- I. prestar assessoramento técnico às Unidades Setoriais de PPP;

- II. encaminhar para aprovação do Grupo Coordenador do Fundo de PPP estudo técnico de garantias para cada projeto proposto;
[...]
- X. gerenciar a rede de Parcerias Público-Privadas no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo.

Dessa forma, um projeto de parceria público-privada parte do interesse da Administração estadual mineira em viabilizá-lo, devendo ser enviado ao CGPPP para aprovação e inclusão no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas. A elaboração do projeto, do edital e do contrato e os aspectos financeiros da licitação devem ter apoio técnico da Unidade PPP. O CGPPP deve aprovar o projeto para que, posteriormente, elabore-se o edital e ao final sejam os empreendimentos em PPP iniciados pelos parceiros.

Similarmente à Lei Mineira, a Lei nº 11.079/04, em seu capítulo VI – Disposições aplicáveis à União – prevê a criação de um órgão gestor de parcerias público-privadas federais, que foi instituído pelo decreto nº 5.385, de 04/03/2005, Comitê Gestor de Parceria Público-Privada – CGP - composto por membros do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República – ao qual compete, entre outras funções, a aprovação do Plano de Parcerias Público-Privadas (PLP), seu acompanhamento e avaliação de sua execução, o estabelecimento dos procedimentos para celebração dos contratos de parceria e a aprovação de suas alterações, a autorização da abertura de procedimentos licitatórios e aprovação dos instrumentos convocatórios e de contratos e suas alterações, o estabelecimento de modelos de editais de licitação e de contratos de parceria, bem como os requisitos técnicos necessários a sua aprovação. O CGP será assessorado pela Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas, CTP, que proporá os procedimentos para celebração dos contratos de parceria e analisará eventuais alterações.

A função de orientar órgãos ou entes públicos que pretendam celebrar contratos de parceria público-privada em âmbito federal cabe à Secretaria-Executiva do CGP e da CTP, que é composta pela Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a que cabe também:

Art. 12 [...]

Parágrafo único [...]

V. recepcionar, instruir e encaminhar à CTP os processos de autorização para a abertura de procedimentos licitatórios e de aprovação das minutas de editais e de contratos;

VI. elaborar minutas de relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada, a serem apreciados pela CTP e aprovados pelo CGP;

VIII. orientar os órgãos ou entes públicos que pretendam celebrar contratos de parceria público-privada.

Assim, para que um projeto de parceria público-privada no âmbito federal seja colocado em prática é necessário o apoio técnico e administrativo da Comissão Técnica – CTP – para elaboração do projeto, das minutas dos editais e dos contratos e para a aprovação pelo CGP e conseqüente inclusão no Plano de Parcerias Público-Privada – PLP. O CGP deve aprovar o projeto, por unanimidade, para que seja elaborado o edital e seja autorizado o início dos empreendimentos em PPP.

A despeito do controle dos contratos de parceria público-privada, não trazem as Leis Federal e Mineira de PPP's normas gerais, o que remete à aplicação das formas de controle previstas para os contratos de concessão de serviços públicos na Lei nº8.987/95. Não obstante, especificamente para a União, a Lei nº 11.079/04 traz algumas regras (art. 14, §4º e §6º, art.15).

O conteúdo disciplinado pelas Leis Federal e Mineira sobre a repartição de riscos entre as partes, com vistas à busca constante pelo equilíbrio do contrato, e sobre a questão da arbitragem, será assunto a ser tratado apenas no próximo capítulo, a fim de se evitar a prolixidade do presente estudo.

1.3. Conclusões Parciais

Pretendeu-se, neste capítulo, uma apresentação introdutória e apenas para os fins deste estudo, dos tipos de parcerias existentes entre o Estado e o particular, visando ao melhor entendimento não apenas do que vem a ser a parceria público-privada *stricto sensu*, mas de uma justificação da necessidade de sua implantação no Brasil e em que contexto histórico e jurídico isso acontece.

A parceria público-privada *stricto sensu* nasceu da necessidade de se implementar um instrumento no Brasil para possibilitar investimentos em infraestrutura imprescindíveis no moderno Estado brasileiro que perpassa por um momento de limitações orçamentárias, o que inibe o crescimento econômico do país.

A legislação até então existente referente aos contratos administrativos firmados entre a Administração e os particulares, como a Lei de Licitação e de Concessões, mostrou-se insuficiente para atender à especificidade e à natureza de empreendimentos de parceria público privada *stricto sensu*. Para tanto, foram promulgadas a Lei Federal nº 11.079/04 e as Leis Estaduais - em especial a Lei Mineira, de nº 14.868/03, pioneira no país nesse assunto - que regulamentam o instrumento de PPP.

Tendo essas legislações como pano de fundo, passa-se à análise dos riscos decorrentes de tais parcerias.

2. RISCOS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS *LATO SENSU*: FATORES DE INCERTEZA E DE AUMENTO DE CUSTOS

Antes de se adentrar no estudo do risco propriamente dito e sua tipificação, necessário se faz, na medida em que o foco deste trabalho é a discussão dos riscos regulatórios nas parcerias, abordar conceitos e teorias econômicas, como a teoria dos custos de transação, a relação *agent x principal*, os comportamentos oportunistas que desembocam no Dilema da Ação Coletiva.

A partir do desenvolvimento desses conceitos, será possível uma melhor compreensão da maneira pela qual pode o risco regulatório ocorrer nos arranjos como os das concessões e o das parcerias público-privadas *stricto sensu* e de que maneira o marco regulatório dessas parcerias pode reduzir a ocorrência deste risco.

2.1. Neo Institucionalismo como fundamento para análise dos riscos

A análise do risco em contratos de concessão e de parceria público-privada está embasada em conceitos de neo institucionalismo. As teorias dos custos de transação, do oportunismo e dos custos de agência decorrentes de relações *agent versus principal* servem de aparato para se observar quais são os riscos inerentes ao comportamento do Estado após a participação dos particulares nestes empreendimentos.

2.1.1 Teoria dos custos da transação

Trazida inicialmente por Coase (1937), a teoria dos custos de transação é uma tentativa de se fazer compreender a razão da existência das firmas, isto é, o que leva as empresas a se verticalizarem, em vez de adquirirem os bens de que necessitam diretamente no mercado. Em suma, as empresas não recorrem ao mercado porque os custos disto são altos, tornando mais conveniente à empresa se verticalizar, assumir as tarefas que o mercado poderia desempenhar, o que implica em menos custos para as organizações.

Assim, os custos de transação são “os custos que os agentes enfrentam toda vez que recorrem ao mercado” (FIANI, 2002, p.269), ou seja, são os custos de estipular cláusulas contratuais, negociar e garantir o cumprimento desses contratos, além de obter informações no mercado. Esses custos existem devido à racionalidade limitada dos agentes, ao ambiente complexo e incerto do mercado e à existência de especificidade de ativos.

No que pertine à racionalidade limitada dos agentes, Simon (1982) considera a limitação da capacidade mental dos indivíduos, o que impossibilita a estipulação de contratos completos, já que há custos não apenas para obter informações, mas também para estipular os contratos com todas as cláusulas possíveis, remetendo aos custos de transação ao se estipular contratos. Com isso, os contratos firmados entre os agentes são incompletos por natureza, dada a ineficiência para se elaborar contratos que contemplem todas as situações possíveis durante seu cumprimento.

A limitação da racionalidade humana, por sua vez, é considerada um elemento importante quando se está inserido em um ambiente de complexidade e incerteza, uma vez que os agentes não podem especificar o que poderá – ou não – ser feito em determinada circunstância. Em ambientes simples, entretanto, a limitação da racionalidade não impede os agentes de decidir, pois as restrições da racionalidade dos agentes não são atingidas. A combinação de racionalidade limitada e incerteza gera a assimetria de informação, ou seja, a diferença de informação entre os agentes envolvidos em uma transação, que firmam contrato entre si (FIANI, 2002, p. 269/270).

2.1.2. Assimetria de informações e incompletude dos contratos

A assimetria de informação, juntamente com a incompletude dos contratos, possibilita o surgimento de comportamentos oportunistas de uma das partes da transação. O oportunismo consiste no fato de que os agentes, ao observarem

lacunas nos contratos, passarão a agir de forma que obtenham vantagens em relação à outra parte do contrato.¹²

O oportunismo pode ocorrer antes ou depois de se firmar o contrato. O oportunismo *ex-ante* ou seleção adversa é aquele em que uma das partes que irá firmar o contrato constitui-se em uma amostra não aleatória, ou seja, essa parte sabe, de antemão, que não possui condições de cumprir o contrato¹³. O oportunismo pós-contratual ou *ex-post* pode-se apresentar sob a forma de risco moral (*moral hazard*) ou de refém (*hold up*). O risco moral consiste no fato de que, após a assinatura do contrato, o agente altera seu comportamento, pois a outra parte não é capaz de monitorar perfeitamente o cumprimento do contrato¹⁴.

O oportunismo pós contratual do tipo refém ocorre quando o contrato refere-se a ativos especializados¹⁵, pois, ao investir nesse tipo de ativo, compradores e vendedores passam a se relacionar de forma exclusiva ou quase exclusiva, já que existe apenas um produtor e um único consumidor. Essa especificidade é que origina, então, o problema do refém, pois, após uma das partes investir em um ativo especializado, a outra pode ameaçá-la ao querer encerrar a relação; com isso, pode haver barganha da parte ameaçadora para obter maiores vantagens no contrato.¹⁶ Logo, o oportunismo está essencialmente associado à manipulação de assimetrias de informação entre os agentes, além da incompletude dos contratos.

¹² - VER FIANI, 2002, p.270.

¹³ - São exemplos os que ocorrem com as seguradoras de carros, pois as pessoas com maiores probabilidades de terem seus carros roubados é que fazem o seguro, constituindo-se, então, em seleção adversa (PRZEWORSKY, 1998).

¹⁴ - O oportunismo pós-contratual do tipo risco moral ocorre, por exemplo, após a realização do contrato de seguro de um carro: o proprietário do veículo, sabendo que está protegido pelo seguro, passa a ser mais displicente quanto aos cuidados que deve ter com o seu carro.

¹⁵ - São ativos especializados os que possuem utilidade apenas se conjugados com outros, ou seja, são depreciados ou deixam de existir fora de lugares específicos. Isso ocorre, a título de exemplo, com uma estrada de ferro implantada exclusivamente para escoar a produção de uma mina de carvão: caso a produção da mina não seja escoada por essa estrada, perde o seu valor e sua utilidade tal estrada.

¹⁶ - VER FIANI, 2002; p.271.

2.1.3. Relação *agent versus principal*

Além do oportunismo, a assimetria de informações pode fazer com que os agentes tenham acesso a informações diferentes, levando ao estabelecimento de relações do tipo *agent versus principal* – ou agente *versus* mandatário, nas quais o agente age em nome do mandatário, porém é também permeado por interesses próprios. Isso ocorre devido à assimetria de informações entre os mandatários e os agentes:

os *agents* sabem o que os motiva, têm conhecimento privilegiado sobre suas capacidades e podem ter a chance de observar coisas que os *principals* não podem ver. Executam inclusive algumas ações que, pelo menos em parte, são feitas sem o conhecimento do *principal* (PRZEWORSKY, 1998, p.45).

Dessa forma, as relações entre *agents* e *principals* devem ser estruturadas o suficiente para permitir que a economia funcione bem; essas relações ocorrem, segundo Przeworsky (1998, p. 46), entre o Estado e os agentes econômicos privados, entre políticos e burocratas e entre cidadãos e Estado.

No entanto, não se pode deixar de mencionar que passarão a existir custos de gerenciamento dos contratos – custos de agência (NISKANEN, 1971) – ao se firmar contratos entre o Estado e o setor privado. Em se tratando de empreendimentos que envolvam o setor privado e o Estado, deve haver benefícios para os agentes privados que visarem ao interesse público e punições caso o contrário ocorra. Porém, os particulares, ao firmarem contratos com o Estado, não têm certeza de que, se agirem bem, serão recompensados, dado o risco moral proveniente da ação do Estado.

A questão configura-se, então, como um Dilema de Ação Coletiva, que, conforme Elster (1994, p, 151), existe nas relações sociais e ocorre quando os indivíduos agem conjuntamente, necessitando de cooperação entre si para que haja uma ação coletiva. Para executar essa ação, os participantes têm a possibilidade de escolher se desejam empenhar-se ou não para empreender determinada tarefa. Os indivíduos têm

[...] um problema de ação coletiva se for o melhor para todos se alguns o fizerem do que se ninguém o fizer, mas melhor para cada um não fazê-lo.
[...] Cooperar é agir contra o próprio auto-interesse de um modo que beneficie a todos se alguns, possivelmente todos, agirem daquela forma (ELSTER, p. 151)

Assim, não cooperar é mais racional do que cooperar, dado que haverá maiores benefícios aos que recebem as recompensas das ações dos outros indivíduos. Exemplo disso está no fato de que, para viabilizar uma concessão em uma rodovia, o particular deve realizar investimentos, os quais são feitos a partir do momento em que o Estado garante ao particular que cooperará com ele, ou seja, irá reajustar tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não criará rotas de fuga, por exemplo. Com base nisso, o particular investe em um ativo especializado – uma estrada. Entretanto, em um segundo momento, é mais benéfico para o Estado não cooperar com o particular, dado que ele terá retornos positivos junto à população por não ter aumentado o valor do pedágio, ou então, por ter criado uma rota de fuga. Dessa forma, o Dilema da Ação Coletiva consiste em demonstrar, inicialmente, que se deseja cooperar com a outra parte, para que, em um segundo momento, adote-se comportamento diverso daquele demonstrado inicialmente, algo mais benéfico e racional para aquele que não coopera, já que terá benefícios diante da ação do outro. Isso não se restringe à ação do Estado, alcançando, também, o particular.

Logo, o problema do Dilema da Ação Coletiva está no fato de se cooperar ou não com a outra parte em um segundo momento, já que, em se tratando de uma relação *agent versus principal*, a tendência é que ocorra um comportamento oportunista do tipo pós-contratual, ou seja, após o investimento em um ativo especializado, impossibilitando o retorno do capital investido pelo particular, em se tratando do oportunismo por parte do Estado, caso a ser tratado no caso de parcerias público-privadas.

Por tudo isso, é relevante a discussão do papel que as instituições têm como forma de se reduzir os riscos da parceria e serem garantidoras dos compromissos firmados pelo Estado, por um lado e, por outro, de criar mecanismos que fiscalizem as ações do particular, já que se estabelece uma relação *agent versus principal*. O

problema está, justamente, em se pensar a longo prazo, de forma que os compromissos hoje firmados não sejam mantidos, posteriormente, devido à falta de credibilidade institucional dos governos, ao se priorizar políticas de curto prazo e que visem à reeleição.

2.2. Riscos nas Parcerias Público-Privadas *lato sensu*

Inicialmente, convém diferenciar risco de incerteza. Em ambas situações, o resultado futuro não é predizível com certeza. Mas, no caso dos riscos, as probabilidades dos variados resultados futuros são conhecidas, matematicamente ou de acordo com as experiências passadas. No entanto, na incerteza, as probabilidades dos diversos resultados futuros são meras suposições. Em um empreendimento, existem tanto riscos como incertezas. As chances de encontrar um terreno menos adequado à construção pretendida e, pois, com custos mais elevados, por exemplo, constitui um risco, já que a experiência passada informa a probabilidade de ocorrência deste evento em um caso concreto.

Riscos implicam custos em um empreendimento. Logo, quanto menores eles forem, mais eficientes e menos onerosos serão os empreendimentos. Já as incertezas, pela sua natureza imprevisível, podem vir a inviabilizar um investimento, mesmo que este se apresente aparentemente rentável. Neste sentido, o arranjo institucional das concessões e o das parcerias público-privadas pode ser analisado quanto a sua capacidade de restringir a ocorrência de incertezas e a de reduzir os riscos.

As empresas privadas, ao investirem, deparam-se com a escassez de recursos próprios para viabilizarem seus empreendimentos. Logo, recorrem a fontes de financiamento das mais diversas: acionistas, bancos e linhas internacionais de crédito. Além disso, antes de investir em qualquer tipo de negócio, os empresários realizam uma análise de investimento, ou seja, avaliam o custo de oportunidade para se aplicar o capital¹⁷. Uma vez decididos a investir, eles passam a considerar, além

¹⁷ - Essa análise consiste na avaliação de duas situações: o fluxo de caixa do projeto com base em uma modelamento que muitas vezes é difícil pelos fatores de incerteza e a simulação do mesmo

do retorno planejado, os riscos desse projeto. Assim, a partir do momento em que observarem que as cláusulas contratuais e a legislação permitem a proteção e a segurança contra comportamentos oportunistas por parte do Estado, a partir de quando eles analisarem os riscos e incertezas do empreendimento, eles passarão ou não a investir e entrarão ou não no negócio.

A Lei de Concessões – Lei nº 8.987/95 – em seu art. 2º, II, estabelece que na concessão de serviços públicos, o particular assume o contrato “por sua conta e risco”.

Diante disso, grande parte da doutrina tradicional¹⁸ tem afirmado que o concessionário deve assumir os riscos do empreendimento, muito embora também esta doutrina tradicional defina, como comutativo o contrato de concessão. Ora, por contrato comutativo entende-se aquele em que há justa equivalência das prestações a que cada um dos lados está submetido. Assim, faz-se impossível, por sua própria definição, um contrato de concessão em que os riscos sejam suportados apenas pelo particular.

Some-se a isso o fato de que, por ser o contrato de concessão regido pelo princípio da modicidade de tarifa, é impensável que se possam transferir todos os riscos do empreendimento ao particular, pois que, assim sendo, a contraprestação da administração pública teria um alto custo: maiores riscos, maiores custos.

Em último lugar, embora essa mesma doutrina tradicional¹⁹ admita teoricamente a transferência de todos os riscos ao concessionário, também reconhece que há garantia do particular quanto a determinados riscos do empreendimento, os denominados riscos extraordinários, que seriam assumidos pela Administração Pública.

Os riscos ordinários, como o próprio nome diz, são aqueles comuns a todo empresário, devido à flutuação do mercado. Os riscos extraordinários, por sua vez,

investimento em um fundo que possua uma rentabilidade atraente. Se a primeira situação apresentar resultados inferiores aos levantados na segunda situação, o investidor optará por não investir.

¹⁸ - Ver DI PIETRO, 2002, p.278; MELLO, 2003, p.643.

¹⁹ - Ver DI PIETRO, 2002, p.278; MELLO, 2003, p.643.

são aqueles imprevisíveis, inevitáveis e que não podem ser imputados ao particular, motivo pelo qual, diante deles, a Administração Pública, o concedente, teria o dever de recompor o equilíbrio econômico e financeiro da proposta contratada. Assim, o concessionário está garantido contra os riscos das áleas extraordinárias, como por exemplo: fatores imprevisíveis que geram sua oneração excessiva (teoria da imprevisão), modificação contratual unilateral pela administração pública contratante, fatos do príncipe e da administração²⁰.

Pelo exposto, deve-se interpretar com cuidado a expressão “por conta e risco” a que se refere o inciso II, art. 2º da Lei de Concessões, não apenas visualizando as hipóteses simplistas de teoria das áleas ordinária e extraordinária.

A concessão de serviço público é um contrato complexo, cujo negócio é de longo prazo, podendo, pois, perpassar por mudanças tecnológicas, por exemplo, que tragam impactos econômicos no contrato de concessão. Além disso, como já dito, a concessão deve ser atrativa aos investidores privados, pois, no mundo moderno de hoje, há inúmeras possibilidades de investimento, o que implica no oferecimento de garantias ao parceiro privado. Ora, a teoria das áleas ordinária e extraordinária apenas oferece solução aos prejuízos já existentes, não se preocupando em oferecer soluções que impeçam os prejuízos. Ademais, as soluções apresentadas muitas vezes criam novos problemas, insegurança, como no caso de se impor à administração o pagamento de uma indenização em função de um desequilíbrio gerado por uma álea extraordinária e a administração não ter como suportar o pagamento imediato do prejuízo (PEREZ, 2006; p.112/118).

Por tudo isso, ultimamente tem havido, por parte da doutrina e por parte mesmo dos legisladores, uma tendência em atenuar os riscos assumidos pelo concessionário²¹.

Neste sentido, é a parceria público-privada uma inovação. A Lei Federal nº 11.079/04 prevê regra explícita de repartição de riscos entre a administração e o contratado (art. 4º, VI e art. 5º, III), além de possibilidade de oferecimento de amplas

²⁰ - DI PIETRO, 2003, p.98

²¹ - Ver PEREZ, 2006, P.126/127

garantias ao parceiro privado (art. 8º). A Lei Mineira nº 14.868/2003, incluindo a concessão de serviço público como uma das formas de parceria público-privada, estabelece a atenuação expressa dos riscos do concessionário (art. 14, V).

É evidente que o sucesso das parcerias público-privadas depende da atração que possa despertar no investidor privado, sem a participação do qual os esforços despendidos dificilmente produzirão qualquer resultado prático. Essa atração será menor ou maior em função do resultado da equação *remuneração versus risco*, ou seja, da forma como o grau de risco envolvido em cada projeto possa ser percebido pelo investidor privado e que esse risco não venha a amesquinhar o retorno do investimento previsto pelo parceiro privado.

Um dos princípios da parceria público-privada é, pois, que os riscos devem ser repartidos de acordo com a capacidade do parceiro de gerenciá-los, de modo que, ao final, seja possível se conseguir o melhor resultado para o projeto, em termos de prazo, custo e qualidade.

De toda forma, por estar envolto em aspectos discutíveis, sobre os quais não há consenso doutrinário e jurisprudencial, como o são a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias e a expressão “por sua conta e risco” da Lei nº 8.987/95, o contrato de concessão deve ser criteriosamente planejado de forma a estudar a sua viabilidade econômica, identificar os seus problemas, os seus riscos, de modo a reparti-los razoável e racionalmente.

As parcerias público-privadas, por sua vez, já nascem amparadas por uma legislação mais atenta a estes aspectos, o que certamente contribui para a solidez dos contratos de parceria e para atração dos investidores. Embora saibamos que nesse campo não há operação sem riscos e que estes são inerentes à natureza de cada projeto, é possível não eliminá-los, o que seria uma tarefa inglória, mas mitigá-los, aumentando o interesse tanto do parceiro privado, por óbvio, como do parceiro público, já que a convivência com um grau de risco elevado se constitui em ameaça à implementação das parcerias e ao adimplemento do projeto, seja quanto à sua conclusão, seja quanto à sua operacionalização ao longo da vida do contrato de parceria.

Tratando-se de concessões, Oliveira (2001, p. 42/43) enumera dois tipos de fontes de risco: os decorrentes de assimetria de informação e os riscos externos ao contrato, análise que estenderemos às parcerias público-privadas.

A assimetria de informação gera problemas de informação escondida e de ação escondida que, conseqüentemente, levam ao comportamento oportunista das partes contratuais. Os primeiros derivam de comportamentos oportunistas pré-contratuais, ao passo que os segundos desembocam no oportunismo pós-contratual ou seleção adversa (OLIVEIRA, 2001, p. 43/44). Além disso, essa assimetria de informações implica custos de agência, que consistem, para o Estado, no custo de gerenciar o cumprimento dos contratos por parte do particular, tarefa considerada difícil por se tratar de uma relação *agent versus principal*.

Os riscos externos, por sua vez, podem ser endógenos ou exógenos. Os exógenos são aqueles que não podem ser controlados por nenhuma das partes do contrato, pois a origem desses riscos não é atribuída à ação direta dos agentes envolvidos no contrato; ao alocá-los em uma das partes, não há alteração sobre a sua magnitude. Além disso, o critério econômico para sua alocação está em atribuí-los à parte com melhores condições de defender-se dele, por meio, por exemplo, de seguros. Os riscos exógenos compreendem os seguintes riscos, conforme Oliveira (2001, p.45-47): riscos econômicos, riscos de força maior, risco financeiro de variações de taxas de juros, risco financeiro de variações cambiais e risco político.

Já os endógenos consistem nos riscos

[...] que podem ser reduzidos pela identificação e atribuição de seu controle às partes que possuem o incentivo adequado para diminuir ao máximo sua exposição a eles. [...] alocando cada parcela de risco à parte que melhor puder controlá-la²² (OLIVEIRA, 2001, p. 45-47).

²² - Por exemplo: se em um contrato de concessão de rodovias, couber ao concessionário a responsabilidade por obras de proteção contra deslizamento de barreiras, ele também será responsável pela reparação da rodovia se ocorrer deslizamento. Essa é uma forma de se incentivar a concessionária a esforçar-se pela manutenção da rodovia (OLIVEIRA, 2001, p.44).

Assim, pode-se avaliar se os arranjos institucionais possibilitam a redução dos riscos do projeto, ao contemplar as obrigações de cada uma das partes, de forma que haja um equilíbrio, tanto de obrigações quanto de garantias. Os riscos endógenos contemplam os riscos de construção, os financeiros ligados à financiabilidade *ex ante* e insolvência e os riscos regulatórios.

Passa-se agora a uma classificação dos riscos, cujo objetivo é apenas o de rotular os riscos segundo sua ligação predominante a fatores de ordem econômica, financeira, técnica, jurídica, política, não sendo auto-explicativa, já que cada um desses rótulos encobre uma série de áleas sob sua formulação genérica. Além disso, uma divisão de riscos entre as partes contratuais deve ser feita caso a caso, segundo o perfil e as particularidades de cada concessão.

2.2.1. Riscos econômicos e financeiros

Os riscos econômicos-financeiros podem ser subdivididos. Há os relacionados à *teoria da imprevisibilidade*, em que o risco se expressa por meio de eventualidades supervenientes à contratação que sejam imprevisíveis e que possam implicar a perda de capital, total ou substancial, o que altera o equilíbrio econômico do contrato, de que são exemplos as alterações das condições gerais do mercado – relacionadas ao fenômeno de fundo político, como guerras, conflitos sociais, ataques terroristas -, as alterações imprevisíveis dos preços no mercado dos insumos necessários à prestação do serviço – aumento no preço dos combustíveis em concessões de transporte coletivo, por exemplo.

Existe ainda o risco econômico-financeiro de competição, presente nas concessões de serviços competitivos, como as telecomunicações, que ocorre, por exemplo, quando as margens do prestador sofrem grandes quedas em função da concorrência.

O risco referente à modelagem econômico-financeira do empreendimento também é englobado pelo risco econômico-financeiro. Por mais bem planejado que seja um contrato de concessão, sempre há questões que deixarão de ser

abordadas, principalmente se nos lembrarmos de que os contratos são de longo prazo. Assim, por exemplo, é o risco, não inerente à teoria da imprevisão, da demanda dos usuários de um serviço: embora o projeto possa ter cumprido as especificações e os prazos planejados, há o risco de não haver demanda suficiente pelo serviço prestado para gerar o fluxo de caixa necessário para que a concessão se mantenha. Com isso, pode ocorrer nas concessões de rodovias, por exemplo, alteração do volume e da composição do tráfego de veículos. Por outro lado, pode ocorrer um aumento no volume do tráfego, ocasionando uma exigência de maiores investimentos que os inicialmente previstos.

Há ainda o risco relacionado à escolha do modelo da tarifa. O modelo escolhido pode por vezes influenciar o comportamento de ambos os parceiros no curso do contrato. Assim, se se optou pela tarifa do “custo do serviço”, por exemplo, o concessionário pode não primar pela eficiência de sua operação, posto que tem garantia de uma compensação pelos maiores custos que vier a suportar em sua atividade, vez que há transferência aos usuários dos custos excessivos porventura existentes.

O risco comercial, ou risco advindo do próprio comércio, também deve ser levado em consideração. Tarifas muito altas ou serviço de baixa qualidade podem fazer com que o negócio enfrente problemas de demanda, como uma concessão exclusiva de linha de ônibus que onere muito o passageiro e faça com que ele escolha outro meio de transporte.

Por fim, os riscos de financiamento. Tendo em vista que a concessão atualmente está muitas vezes vinculada à idéia de um projeto financeiro que visa a garantir seja alcançado o objetivo do empreendimento, é essencial que as garantias contratuais e o desempenho econômico dos concessionários sejam capazes de permanentemente angariar a confiança e o fluxo constante de recursos por parte do financiador. O risco financeiro de variações de taxa de juros pode ocorrer se as taxas de juros que financiam os projetos forem flutuantes ou se os prazos das dívidas contratadas forem menores do que o período de duração do contrato de concessão; o aumento da taxa de juros prejudicaria a capacidade de os concessionários honrarem os compromissos firmados. O risco financeiro de

variações cambiais tem lugar quando o fluxo de receitas está definido em uma moeda diferente da do fluxo de despesas, o que altera, caso haja uma mudança na taxa de câmbio que onere o fluxo de despesas, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Os riscos financeiros inerentes à financiabilidade *ex-ante* e insolvência implicam, segundo Oliveira (2001, p. 48/49), a preocupação do poder concedente em obter dos financiadores um comprometimento formal sobre a exeqüibilidade financeira do projeto – financiabilidade *ex-ante*. Isso porque os contratos de concessão alocam como risco do concessionário a obtenção e a estruturação dos financiamentos dos projetos, além das renegociações e reestruturações de dívidas para garantir a manutenção dos contratos. Dessa forma, a exeqüibilidade financeira do projeto é fundamental para sua continuação, e a existência de um fluxo de caixa adequado é fator preponderante para que haja financiamento, por meio de credores e acionistas²³, já que estes estão interessados no retorno do que foi investido.

Os fornecedores de crédito, antes de decidirem por sua concessão, analisam se o projeto pode ser concluído no prazo e com as especificações previstas, se o projeto será, na prática, conforme o planejado, e se o que se previu para receitas futuras e custos de construção é adequado. Uma possibilidade para se prevenir a

²³ - É importante salientar que existe uma heterogeneidade do custo do capital em relação a fontes de financiamento e momentos diferentes de tempo. Isso se dá porque os mercados financeiros são incompletos e imperfeitos, fazendo com que alguns agentes tenham acesso a crédito mais barato do que outros. Além disso, as diferentes fontes de capital e diferentes empreendimentos implicam custos e riscos diferentes entre si. A razão disso está no fato de que nenhum projeto tem a garantia de retorno total, daí os investidores preferirem negócios de menor risco e aceitem participar de empreendimentos mais arriscados apenas se a remuneração oferecida for maior. Considerando as diferentes fontes de financiamento, como, por exemplo, acionistas e terceiros (bancos e organizações financeiras), observa-se uma diferença dos custos de capital dependendo da fonte de financiamento, uma vez que os bancos e organizações financeiras têm a remuneração prefixada contratualmente e arcam apenas com o risco de inadimplência, ao passo que a remuneração do capital dos acionistas depende dos resultados do negócio, e, com isso, arcam com todos os riscos do negócio. Por isso, o custo do capital dos acionistas ser mais elevado do que o de terceiros. Além disso, as percepções a respeito do risco podem mudar com o tempo, principalmente no que se refere ao risco político e, em última instância, ao risco regulatório. Entretanto, não é possível financiar 100% do projeto por meio de capitais de terceiros, pois a empresa se endivida mais, aumentam os custos do capital, uma vez que aumenta o risco de insolvência financeira (compromissos quebrados ou honrados com dificuldade) e o risco de agência (o bem-estar do credor – a remuneração do empréstimo concedido – passa a depender das ações dos empresários; não havendo restrições, a tendência é que os proprietários tomem decisões que lhe beneficiem. Ocorrem, então, comportamentos oportunistas do tipo risco moral: para baixos graus de endividamento, os proprietários arcam com os custos. Porém, à medida que aumenta o endividamento, os credores é que passam a ser onerados com esses custos (OLIVEIRA, 2001, p.27-35).

insolvência é a criação de um fundo de reservas para garantir a continuidade do serviço da dívida durante determinado período de tempo, sendo que a remuneração dos acionistas está sujeita à constituição deste fundo.

2.2.2. Riscos técnicos

O risco técnico ou risco de projeto/ planejamento ou ainda risco de construção relaciona-se com a verificação, no curso do contrato, de que há uma falha técnica do projeto da obra, dando conta de que o planejamento não possa ser alcançado ou possa ser alcançado somente com aumento no custo do capital, podendo gerar, inclusive, uma alteração no equilíbrio financeiro do contrato.

Como lembra Perez (2006, p.158), na maioria das vezes, as incertezas no curso da execução das obras advêm não de erro no projeto (negligência de quem o elaborou), mas de alguma falha escusável diante da parcialidade das projeções e estimativas que foram realizadas.

Há também o risco de construção referente ao componente técnico, que se relaciona com a adoção de tecnologias inovadoras nos projetos, de forma que se atendam aos requisitos previstos nos contratos. O surgimento de novas tecnologias pode afetar uma concessão, até mesmo a ponto de inviabilizá-la, dado o custo alto para se modernizar equipamentos, o que acarretaria uma diferenciação no valor da tarifa ou nos eventuais subsídios do parceiro privado, comprometendo o retorno dos investimentos ou o projeto financeiro da parceria.

2.2.3. Riscos jurídicos

São os riscos jurídicos aqueles relacionados ao sistema jurídico brasileiro, ou simplesmente porque os contratantes estejam vinculados à lei quando assumem um contrato, ou devido ao modo legal de se controlar, regular ou questionar o contrato celebrado, ou mesmo pelos princípios jurídicos sobre os quais se fundamenta a prestação de serviço público.

O denominado *fato do príncipe* configura um risco jurídico. É a prerrogativa da Administração Pública de praticar atos normativos ou eivados de generalidade que interfere, de forma indireta, no custo do contrato, alterando seu equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, é o conjunto de medidas de natureza administrativa que, não obstante alheias ao contrato, exercem sobre ele influência. É exemplo do fato do príncipe o aumento de tributos incidentes sobre serviços que estejam de alguma forma relacionados ao contrato, o que reduz o retorno financeiro esperado pelo parceiro privado. Como nos ensina Di Pietro (2002, p. 264/265), fato do príncipe abrange “as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado.” Tal teoria aplica-se tão somente no caso de a autoridade responsável pelo fato do príncipe ser a mesma esfera do governo em que se celebrou o contrato; se a autoridade for de outra esfera, deve ser aplicada a teoria da imprevisão.

Não fosse o caráter específico da regulação na execução dos contratos de parceria, poderia o risco regulatório ser abrangido pela teoria do *fato do príncipe*, já que se relaciona a uma ação da Administração que indiretamente afeta o equilíbrio contratual da parceria.

O risco normativo, nas parcerias público-privadas *stricto sensu*, como lembra Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida (GARCIA(org.), 2006, p. 255), é agravado por ter sido o marco regulatório recentemente implantado, donde houve pouco tempo para interpretação e aplicação da legislação. De fato, é de crucial importância a estabilidade do marco regulatório para que os investidores e parceiros possam planejar suas ações com certa segurança.

O *fato da administração* implica ações unilaterais, por parte do poder concedente como parte contratual, que alterem diretamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou impossibilite sua execução. Distingue-se do fato do príncipe por ser praticado pela autoridade enquanto parte do contrato, com este se relacionando diretamente.

O risco regulatório está ligado à necessidade de uma regulação do mercado de serviços públicos que surgiu à medida que diversos desses serviços, que anteriormente eram monopólio natural do ponto de vista econômico, passaram a ser prestados em regime de mercado, em que é subjacente a idéia de competição econômica.

Assim, a regulação econômica, enquanto atividade estatal e visando ao interesse público, objetiva a prevenção ou correção de eventuais falhas ou desvios que todos os mercados tendem a apresentar.

Para a regulação econômica de um determinado serviço público, é imprescindível que haja mecanismos que funcionem como barreira à criação de monopólios, cartéis ou trustes – estruturas que minam a competição, deformando a lógica da oferta e da procura e prejudicando o consumidor, de forma geral.

Também é função da regulação, por exemplo, a criação de regras que permitam regular o compartilhamento de infra-estruturas essenciais à realização de um serviço público, a fim de possibilitar novos competidores num certo mercado, que, sem essa atuação do órgão regulador, não poderiam, por escassez de recursos financeiros, subsistir.

Configura-se, assim, a regulação um risco, na medida em que, primando pela competição e mercado, provoca mudança estrutural na conformação da prestação de serviços públicos em alguns setores e também porque, visando à eliminação de eventuais distorções no equilíbrio econômico do contrato, tende a alterar-se durante o curso do contrato de parceria.

Porque é o foco do presente trabalho, tratar-se-á do risco regulatório mais profundamente um pouco mais adiante, onde se incluirá o risco ambiental como um dos aspectos da regulação econômica.

Tendo em vista que há de se exercer o controle das parcerias, na tentativa de se garantir boa fé e eficiência na conduta do Poder Público, e na medida em que a execução desse controle cabe a vários atores que podem representar interesses

diversos, tem espaço a discussão dos riscos advindos da situação de instabilidade gerada pela execução do controle das parcerias.

Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida (GARCIA (org.), 2006, p.259), com propriedade, afirma que há o controle interno das parcerias público-privadas *stricto sensu*, na esfera do Ministério, há o controle das agências reguladoras, há ainda o exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, além do Judicial e do que tange matérias que podem ser suscitadas pelo Ministério Público. Tantos órgãos responsáveis por controlar as parcerias, em tantos e diferentes momentos, que as partes contraentes podem se sentir à revelia de tais órgãos, receosas de que as possíveis discussões sempre possam voltar à tona, até que o Judiciário resolva a questão.

Por fim, tem-se o risco judicial em dois âmbitos. Em primeiro lugar, surge da possibilidade de acionamento da Justiça para questionar validade jurídica do contrato de parceria ou de parte deste. A decisão da Justiça pode implicar em prejuízo considerável a um dos parceiros ou a ambos, desvirtuando o equilíbrio do contrato.

Em segundo lugar e no âmbito da má prestação jurisdicional do Estado, o que no Brasil assume o caráter de lentidão da Justiça, é flagrante a possibilidade de grande insegurança no contrato de parceria.

2.2.4. Riscos políticos e de corrupção

Pode-se denominar risco político o que se relaciona com as ações do governo em geral, de autoridades políticas, não específicas para a parceria, mas que podem interferir no desenvolvimento do projeto, comprometendo o seu equilíbrio econômico-financeiro. Desse modo, esse risco engloba as ações de autoridades políticas – que não seja o poder concedente – que não possuem relação direta com o contrato, mas que nele repercutem: não se interfere, inicialmente, no desenvolvimento do programa de concessões, mas essas ações incidem, de forma indireta, nos resultados econômicos do empreendimento. A pressão dos movimentos

sociais, a eventual prevalência de interesses políticos paroquiais no Legislativo ou no Executivo são fatores que representam risco político para a estabilidade dos contratos de concessão. Conforme Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida (GARCIA (org.), 2006, p.253):

A verdade é que contratos longos como as concessões comuns, patrocinadas e administrativas não podem sofrer abrupta mudança de orientação a cada quatro anos, quando há alternância no poder. A idéia de ato jurídico perfeito como instrumento concretizador do princípio da segurança jurídica deve prevalecer.

Observe-se o caso das concessões de rodovias no Estado do Paraná, citado por Perez (2006, p.168/169), onde se implementou, a partir de 1998, um programa de concessão de rodovias ao qual a população resistiu, devido ao pagamento de pedágio. Como se passava por um momento de pleito eleitoral, o governador do Estado determinou, unilateralmente, a redução de 50%(cinquenta por cento) do valor dos pedágios, o que só não acarretou a inviabilidade do contrato, porque, com o passar do tempo, foi sendo restabelecido o patamar original das tarifas. Certamente, no entanto, houve alterações contratuais importando em redução de investimentos. Ainda no mesmo Estado, em 2003, a eleição para o governo estadual importou em novas medidas, como a autorização legislativa para encampação das concessionárias, a decretação de utilidade pública das ações das empresas concessionárias para fim de desapropriação e a revisão dos contratos de concessão visando à nova alteração de tarifas.

O risco político advém, pois, da prevalência do jogo político sobre o interesse público, sobre os princípios contratuais, sobre a busca por eficiência.

O denominado risco de corrupção²⁴, de que são exemplos práticas de agentes públicos visando a contratos ou concessões públicas em desacordo com a lei e com os princípios que norteiam a Administração Pública, notadamente o da legalidade, o da moralidade e o da impessoalidade, também merece ser frisado,

²⁴ -Ver BRAGA (org.), 2006, p.263.

especialmente no Brasil, onde infelizmente a corrupção parece estar presente em vários segmentos governamentais.

2.3. A busca pela mitigação de riscos nas Parcerias Público-Privadas *lato sensu*

Como já se afirmou anteriormente, é impossível eliminar os riscos em contratos de parcerias público-privadas *lato sensu*, como em todo negócio. No entanto, é possível – e esse é o objetivo – que sejam eles reduzidos, mitigados, em benefício de ambos os parceiros.

A primeira observação que se faz – e talvez a mais importante – é a de que o contrato, tanto de concessão, quanto o de parceria *stricto sensu*, deve ser o instrumento apto a proceder à repartição dos riscos entre as partes, estabelecendo, de antemão, de forma clara e precisa, quais os eventuais riscos deverão ser suportados por cada uma das partes.

Dividindo-se previamente os riscos, cada parte não se surpreenderá pelo risco que lhe couber assumir e poderá se prevenir para enfrentar as eventualidades tanto em termos de fixação do valor da tarifa ou do preço, quanto em termos de organização da prestação do serviço em seus diferentes aspectos.

Assim, por exemplo, um novo regulamento sobre as condições da execução do serviço não seria motivo de contenda com o concessionário, pois que já previsto no contrato a quem caberiam os eventuais riscos regulatórios.

A lei das parcerias público-privadas – Lei nº 11.079/04 – não foi insensível a este aspecto fundamental. Em seus artigos 4º, VI e 5º, III deferiu ao contrato a tarefa de precisa divisão dos riscos entre as partes, especificando, inclusive, a repartição dos riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Também a Lei Mineira de Parceria Público-Privada – Lei nº 14.868/03 - reservou papel de importância ímpar aos contratos. Em seu art. 14, V, dispõe que o contratado deve sujeitar-se aos riscos do empreendimento, salvo nos casos expressos previstos *no contrato* e no edital de licitação. Além disso, seu art. 17 possibilita que o edital e o *contrato* estabeleçam, para a eventual inadimplência das obrigações pecuniárias pelo Estado, certas sanções.

Essa previsão legal de constar no contrato a divisão dos riscos vai ao encontro da certeza de que não há contratos-padrão. Obedecendo-se aos limites estabelecidos em lei, cada contrato há de convir, apenas e tão somente, à operação a que se refira. Cada contrato conterà aspectos próprios que deverão ser levados em consideração pelas partes. Para tanto, e isso parece suficiente, um dos pressupostos da Lei é que haja uma repartição objetiva de riscos entre as partes.

Dizer que deve haver uma repartição objetiva de riscos não significa que a divisão se dê sempre em termos simples e absolutos, do tipo que estabelece que o risco tal cabe ao parceiro privado, o outro cabe ao parceiro público. Como observa Marcos Augusto Perez (2006, p. 172):

delegações que necessitam de maior apoio financeiro da administração, por força das características econômicas do empreendimento, geralmente exigem modelagem complexa, de modo a estabelecer-se riscos proporcionalmente compartilhados, ou compartilhados em razão de metas.

A completa e clara delimitação do regime de remuneração do concessionário é aspecto que deve estar contido no contrato de parceria, pois se se descreve detalhadamente todas as fontes e formas de remuneração exploráveis pelo concessionário, torna-se difícil um aproveitamento de lacuna contratual para se praticar um regime de remuneração do concessionário que acabe por se tornar incompatível com a natureza do modelo de concessão adotado. Optando-se corretamente por uma das formas de remuneração possíveis, que atente às especificidades de cada concessão e descrevendo-a minuciosamente no contrato, o efeito de riscos supervenientes será mitigado.

Outra questão que deve vir regulada no instrumento contratual visando à redução de riscos é a que se refere ao detalhamento das regras de modificação do contrato, caso seja necessário. É conveniente que, diante de uma situação que abale a estrutura econômico-financeira do contrato, exista uma forma nele regulada de encontrar uma solução para o problema. A prorrogação de prazo da concessão, a criação de fundos de reequilíbrio das tarifas, quando previstos no contrato, são exemplos de instrumentos que podem contribuir para se restabelecer o equilíbrio contratual.

Quando no contrato de parceria cabe à administração pública assumir determinado grau de solidariedade econômico-financeira para garantir a viabilidade do contrato, surge a inadimplência da administração como um fator de possível desestabilização da concessão, diante dos riscos políticos ou econômico-financeiros, como o comportamento arbitrário dos governantes ou as dificuldades econômicas dos orçamentos públicos. Com o objetivo de reduzir esse risco, tem lugar a criação de fundos, para a reserva das receitas orçamentárias destinadas a custear os serviços, associada à instituição de garantias reais ou à criação de fidúcia para a gestão desses fundos, ou até mesmo a exigência do financiador de que a administração pública avalize o financiamento.

Neste sentido, a Lei Federal de Parcerias Público-Privadas, em seu art. 8º, estabelece amplas garantias das obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública em contratos de parceria. Além disso, prevê, em seu art. 16, a criação do fundo garantidor de parcerias público-privadas, para a União, visando “prestar garantias de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata essa lei”.

Em Minas Gerais foi publicada, na mesma data da publicação da Lei de Parcerias Públicas-Privadas, a Lei nº 14.869/03, que cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas, entidade contábil, sem personalidade jurídica, cujo escopo é o de dar sustentação financeira ao programa de parcerias.

A fixação de metas quanto aos ganhos de produtividade também deve estar detalhada no contrato, através de planos que possam ser revistos periodicamente, a

partir da constatação do cumprimento ou não das metas fixadas. Com isso, o concessionário fica ciente do dever de eficiência a ser perseguido, evitando os conflitos quanto eventuais riscos comerciais, tarifários e tecnológicos.

Quanto aos riscos normativos, a participação de segmentos da sociedade e do Estado através de consultas e audiências públicas pode auxiliar para a sua redução.

Na busca pela minoração dos riscos políticos, é imprescindível a criação de agências reguladoras independentes, que tenham dirigentes estáveis, autonomia orçamentária e não fiquem, pois, à mercê dos governantes.

Para se reduzir o risco de corrupção, é preciso definir o mais precisamente possível os direitos e deveres dos contraentes, pois que, diminuindo-se a margem de arbítrio do gestor, as chances de corrupção são automaticamente mitigadas.

Quanto ao risco de projeto, o contrato de garantia, conforme relata Oliveira (2001, p. 47/78), é uma forma de lidar com o risco de sua não conclusão, pois envolve a obrigação de concluí-lo ou repagar a dívida assumida: o valor de um projeto inacabado é muito baixo, fazendo com que o projeto, por si só, não possa servir como garantia única aos credores. Logo, a garantia é concedida não apenas pela construtora, mas também, por exemplo, por fornecedores de equipamentos, já que o projeto é realizado em conjunto.

Na Lei das Parcerias Público-Privadas há, no inciso VIII do art. 5º, regra estabelecendo a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os riscos envolvidos.

Por fim, é importante que o contrato de parceria tenha como cláusula a arbitragem, visando solucionar possíveis conflitos entre os parceiros, o que reduz sobremaneira os riscos judiciais do contrato, posto que possibilita uma solução mais célere do que a que traria o Poder Judiciário. Além disso, quanto maior for o custo de arbitragem, mais incentivados se sentirão os parceiros em negociar um acordo antes de recorrer a essa alternativa.

A adoção da arbitragem nos contratos de concessão encontra respaldo legal no art. 54 da Lei nº 8.666/93 e no art. 23, XV da Lei nº 8.987/95. De forma geral, a arbitragem é regulada pela Lei nº 9.307/96. A Lei de Parceria Público-Privada Federal prevê, em seu art. 11, III, a possibilidade de que o instrumento contratual da parceria contenha

o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9307, de 23.9.1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

A Lei Mineira de Parcerias Público-Privadas – Lei nº 14.868/03 – também prevê, em seu art. 13, possibilidade de constar no contrato “mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem”.

Não obstante estes aspectos positivos, a própria arbitragem pode ser vista como um risco, na medida em que não está pacificada a aplicabilidade da arbitragem aos contratos administrativos, a partir da exploração do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que regula, de forma geral, a arbitragem no Brasil. Questiona-se que isso não seria possível, com o argumento de que a arbitragem foi criada para reger contratos no âmbito do Direito Privado e, pois, não pode ser utilizada em questões que envolvam o Poder Público, por estarem em jogo direitos públicos indisponíveis.

No entanto, certamente, como ocorre com outros contratos administrativos, os de parcerias contém regras de cunho privado, motivo pelo qual parece-nos plausível o entendimento²⁵ de que a arbitragem é possível desde que a lei autorize tal possibilidade e desde que a arbitragem se atenha a assuntos relativos ao interesse privado. Ora, tanto a Lei nº 8.987/95, quanto a Lei nº 11.079/04 e a Lei Mineira nº 14.868/03 admitem a utilização da arbitragem. Nesse caso, então, a arbitragem poderá ser utilizada apenas quando se tratar de questões em que o Poder Público não abrirá mão de bens e interesses públicos, indisponíveis, ou seja, a aplicação da arbitragem será possível apenas sobre questões referentes ao interesse privado, como questões técnicas ou econômicas.

²⁵ - Ver MUKAI (org), 2005, p.20/21.

José Cretella Neto (2005, p. 102/103) sustenta a posição de que a previsão da arbitragem na Lei nº11.079/04 é desnecessária, pois que sua ausência não impediria o emprego da arbitragem nos contratos de parceria, entendendo ainda que o inciso III do art. 11, que faculta a inclusão de cláusula de arbitragem no edital, não procede, vez que

cláusula prevendo a arbitragem ou qualquer outro método de solução de litígios que subtraia do Judiciário a competência para dirimi-los somente poderia ser incluída *a posteriori*, jamais no edital. As partes, durante a negociação, poderiam fazê-lo, pois inexistente a arbitragem *obrigatória*, a não ser que os contratantes, de comum acordo, a ela se obriguem previamente (grifos do autor).

Certo é que a arbitragem coaduna com os princípios das parcerias público-privadas de se promover uma maior estabilidade contratual, prezando-se pela cooperação entre os parceiros e uma partilha efetiva de riscos, sem que haja maior espaço ao exercício unilateral das prerrogativas estatais.

2.4. Conclusões Parciais

Ao longo deste capítulo, pretendeu-se uma reflexão acerca dos riscos envolvidos nos contratos de parceria *lato sensu* e de possíveis medidas tomadas pelas partes a fim de que tais riscos possam ser mitigados.

Através dessa reflexão, vislumbrou-se que os riscos no contrato de concessão, tratados pela Lei nº 8.987/95, não podem ser apenas de responsabilidade do concessionário, como pretendem alguns, ao interpretar a expressão “por sua conta e risco”, extraída do art. 2º, II da referida Lei.

Mais do que isso, verificou-se que a teoria das áleas ordinária e extraordinária configura-se obsoleta na resolução dos problemas referentes à superveniência dos fatos desestabilizadores dos contratos de concessão.

Ao mesmo tempo, constatou-se que as leis federal e mineira de parcerias público-privadas *stricto sensu* trazem inovações muito bem vindas na questão dos tratamentos dos eventuais riscos no contrato.

Por fim, após uma classificação dos riscos nos contratos ora em questão, foi possível visualizar algumas alternativas para a diminuição desses riscos, especialmente a inclusão, nos contratos, de cláusulas responsáveis pelo detalhamento de regras sobre os possíveis riscos, a quem cabe suportá-los, como resolvê-los; enfim, evidenciou-se a importância ímpar de um contrato bem implementado, bem estruturado pelas partes.

3. RISCOS REGULATÓRIOS

3.1. Noção

Como já visto, diante da escassez de recursos orçamentários para realização de investimentos necessários ao país e da crise fiscal, e tendo em vista a nova perspectiva mundial dos Estados frente à globalização e suas implicações, promoveu-se no Brasil, a partir da década de 90, o início do processo de “desestatização”, que implica a transferência ao setor privado de várias atividades anteriormente exercidas pelo Estado. Com isso, surgiu o Estado Regulador, focado em executar bem aquelas funções que sejam substanciais a sua existência, como é o caso da função de regular, transferindo-se as demais funções à iniciativa privada, que tem condições de cumpri-las mais eficazmente. Assume neste contexto de privatizações²⁶ importância crucial a regulação.²⁷

A regulação pode ser vista sob três prismas. Primeiramente, temos a regulação que promove a criação do mercado onde outrora havia o monopólio²⁸. Com um mercado já existente, assume a regulação outra função: a de instaurar – e manter - a competição, tornando possível a livre concorrência na área privada e atentando-se para o interesse público no caso de atividades econômicas a ele atinentes²⁹. Sob o terceiro prisma, há a regulação referente à prestação dos

²⁶ - Entenda-se o termo privatizações em sentido amplo, que contempla a reforma regulatória, o fomento e instrumentos de parceria com o setor privado. Ver a respeito DI PIETRO, 2006, p. 26

²⁷ - “Regulação” se distingue de “regulamentação”. A regulação é um conceito econômico, adstrito a critérios técnicos e referente a um interesse coletivo, independente de previsão na lei e por isso capaz de ser detalhado sem que o legislador tenha exigido tal providência; a regulamentação, conceito jurídico, de natureza constitucional e relativo ao interesse público geral, decorre da função do Presidente da República de expedir decretos visando à fiel execução das leis. Ver a esse respeito SOUTO, 2005, p. 26/28 e p. 46. Ver também DI PIETRO, 2006, p.206/207.

²⁸ - Nos dizeres de Marcos Juruena Villela Souto, “por meio da regulação vai se procurar, inicialmente, substituir o mercado, por meio de escolhas públicas (tornando a competição como um parâmetro virtual ou mediante a comparação com outros sistemas em que segmentos em desenvolvimento já estejam operando em regime competitivo)” (SOUTO, 2005, p.3).

²⁹ Exemplo disso é a regulação que objetiva evitar a verticalização das empresas, ou seja, tornar mais viável economicamente às empresas recorrerem ao mercado para adquirirem os bens de que necessitam ao invés de assumirem para si a tarefa de produção de tais bens. Acerca do caso de regulação para a competição em atividades econômicas em que há o interesse público, é preciso que haja um direcionamento da regulação neste sentido. Ver sobre o assunto JUSTEN FILHO, 2002, p. 30.

serviços públicos e à proteção ambiental (regulação social), que deve primar pela universalização, eficiência, qualidade, práticas honestas, preço justo dos serviços e segurança.

Quando referente à prestação dos serviços públicos, a regulação precisa aliar a função de equilibrar a competição com os pressupostos de continuidade e generalidade do serviço público. Deve sempre ser preservado o objetivo de equilibrar os interesses do Poder Público e do fornecedor, como a viabilidade econômica de sua atividade comercial, harmonizando-os com os interesses do consumidor, como por exemplo, preço e qualidade, como forma de perpetuar o atendimento aos interesses da sociedade.³⁰

A regulação pode configurar um risco para os contratos de parceria público-privada *lato sensu* diante, muitas vezes, da incerteza de em que parâmetros ela se dará. Daí, os riscos regulatórios.

É consequência da regulação, por vezes, a mudança estrutural na conformação da prestação de serviços públicos, em busca da instauração da competição e do mercado, por exemplo, o que configura um risco regulatório nos contratos de parceria.

Ademais, a regulação, primando por eliminar distorções econômicas supervenientes à celebração do contrato, pode alterar-se ao longo do contrato, o que, por óbvio, é um risco aos parceiros, que desejam estabilidade no ambiente regulatório.

Por fim, é preciso destacar que a tarefa de “regular” é complexa, tendo em vista a mutabilidade dos anseios da sociedade, o surgimento de novas e espontâneas instituições sociais, a repercussão que a regulação pode gerar fora do âmbito para o qual foi planejada. Dessa forma, é preciso pensar a regulação, conforme nos ensina Aragão (2002, p.8), “de acordo com o princípio da permanente correção de erros (*trial and error*)”, o que significa que o Estado deve agir procurando sempre vislumbrar as consequências dos seus atos, para que seja

possível contornar os efeitos porventura inesperados ou corrigir as falhas existentes, antes que essas impliquem em danos maiores, por vezes irreparáveis.

3.2. Riscos regulatórios decorrentes da ineficiência das agências reguladoras

Antes de tratarmos dos riscos da “captura”, do risco ambiental, do risco advindo do conflito de competência entre agências e órgãos especializados na defesa da concorrência, é importante abordarmos os riscos decorrentes da ineficiência das agências reguladoras, de que são exemplos a falta de método para regular, a incerteza na elaboração e manutenção de marcos regulatórios, a ausência de reguladores preparados – tudo isso são fatores que aumentam a incerteza dos atores envolvidos na regulação e, conseqüentemente, elevam o custo do contrato de parceria público-privada³¹.

Para tanto, é importante frisar a independência das agências reguladoras como elemento essencial, mormente quando nos lembramos de que o surgimento de tais entidades marca uma nova etapa da regulação estatal que desvincula o prestador do serviço público do ente encarregado de regulá-la.³²

Resumidamente, pode-se dizer que são funções econômicas das agências reguladoras: zelar pelo cumprimento dos contratos de parceria *lato sensu*, fomentar a competitividade no setor por elas regulado, induzir à universalização de serviços, aplicar a legislação referente à fixação de tarifas, arbitrar conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários.

³⁰ - Ver SOUTO, 2005, p. 38/40.

³¹ - O Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, atento à necessidade de treinamento das agências reguladoras, institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, cuja finalidade, conforme seu art. 1º, é contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.

³² - Anteriormente aos processos de privatização, de transferência dos ativos estatais, a regulação era feita pelo próprio ente estatal responsável pela produção destas utilidades públicas, de forma precária, sob o ponto de vista do gestor do serviço, atendendo primordialmente a seus próprios interesses e não aos interesses ou às necessidades dos usuários dos serviços.

No que tange às funções políticas das agências, é preponderante a função de contornar a tendência ao desvio burocrático e de associar procedimentos administrativos para reduzir as disfunções do modelo, bem como a função de reduzir o problema da incerteza decorrente da alternância no poder.

Tidas como autarquias especiais e, pois, com maior autonomia do que as autarquias comuns principalmente quanto à composição de sua direção, à captação e gestão de recursos sem a ingerência de terceiros e ao caráter final das suas decisões, que não podem ser apreciadas por outros órgãos ou entidades da Administração Pública, as agências reguladoras são criadas por leis esparsas, descentralizadoras de uma função executiva, de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo.

Destaca-se aqui a especificidade técnica requerida pela função regulatória como fonte de legitimidade para as agências reguladoras, na medida em que não é detida nem pelos legisladores, nem pelos tribunais, nem pelos burocratas tradicionais.

Estruturalmente, as agências reguladoras são compostas de Colegiado Diretor, Secretaria Executiva, Câmaras Técnicas especializadas e uma Ouvidoria. Os dirigentes das agências reguladoras têm estabilidade e mandato fixo desvinculado dos mandatos políticos; são escolhidos, pelo chefe do Poder Executivo, por sua reputação ilibada, qualificação e conhecimento técnico-profissional na área objeto da regulação e nomeados pelo Poder Legislativo; sujeitam-se à “quarentena” - período de quatro meses durante o qual não podem exercer atividades ou prestar serviços no setor regulado pela respectiva agência - tudo isso com vistas à independência das agências reguladoras³³.

Frise-se, quanto à independência gerencial das agências reguladoras, que têm elas autonomia para nomeação e exoneração de servidores do seu quadro de apoio administrativo³⁴.

³³ - Vide Lei nº 9.986, de 18/07/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e Lei nº 10.871, de 20/05/2004 que trata da criação de carreiras e organização de cargos efetivos das agências reguladoras.

³⁴ - Ver SOUTO, 2005, p.254/258.

A independência financeira/orçamentária das agências reguladoras provém da cobrança de taxa dos regulados, para intervenção no domínio econômico sem que os recursos passem inicialmente pelos cofres do governo, não havendo, pois, dependência dos recursos orçamentários do Tesouro³⁵.

Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 245) assim conceitua as agências reguladoras:

(...) entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade inerente à função de intervir na liberdade privada por meio de ponderação entre interesses em tensão, tendo, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir autonomia em relação ao poder central, da espécie de autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada.

Enfim, visando à não interferência dos vários atores no processo de regulação, as agências reguladoras foram estruturadas como autarquias especiais, com autonomia político-administrativa e econômico-financeira para atuarem de maneira *independente*. Desenhadas neste formato, as agências ficam, ao menos teoricamente, livres de ingerências externas inadequadas, tanto em relação a decisões político-administrativas, quanto em relação à sua capacidade financeira.

Sem subordinarem-se hierarquicamente aos órgãos do Poder Executivo, o controle desse Poder sobre as agências reguladoras restringe-se à escolha de seus

³⁵ - Registre-se que, ainda que as receitas advindas das taxas de regulação devam ser naturalmente vinculadas à execução de determinadas despesas, para cobrir os custos necessários à atividade regulatória, o esforço pela obtenção de superávits primários tem sido causa de elevados contingenciamentos. Nas palavras de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, “no caso do Governo Federal, basta notar que grande parcela dos recursos disponíveis em caixa – e que, portanto, produzem superávit primário, uma vez que o regime atualmente aplicável é o de caixa, e não o de competência – deriva de receitas vinculadas que têm sido sistematicamente entesouradas” (RIBEIRO, 2007, p. 224). O PL nº 2.760/03, apenso ao PL nº 3.337/04, em plena tramitação no Congresso Nacional, propõe, entre outras regras, a de evitar a aplicação do recorrente contingenciamento na liberação de recursos para as agências (vide art. 5º do referido PL). Leonardo Picciani, relator do substitutivo do PL nº 3.337/04, porém, ao se manifestar sobre a questão, mantém a possibilidade de contingenciamento de verbas das agências, considerando difícil hierarquizar os méritos de todas as ações do Estado, incluindo as agências, para que seja possível retirar do contingenciamento os recursos das agências. Ressalta, porém, que deve haver discussões sobre o contingenciamento de recursos, no sentido de revisão sobre a legislação que regula as finanças públicas do Brasil.

dirigentes³⁶, sendo que as suas decisões não podem ser revistas ou modificadas por nenhum agente político³⁷.

Tratando-se da capacidade econômica, a fiscalização das atividades das agências reguladoras ocorrerá caso haja utilização de dinheiro público, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

A par de não haver, no Brasil, uma única lei que cuide das agências reguladoras³⁸, tendo sido essas criadas por leis esparsas, a definição legal da competência das agências baseia-se em princípios genéricos e conceitos jurídicos não determinados (mas determináveis – por estudos técnicos, pelo Poder Judiciário), traduzindo-se numa ampliação de sua discricionariedade.

Nessa discricionariedade, assume importância a autonomia normativa, com vistas à capacitação pelas agências reguladoras de sua atividade. E é justamente sobre essa autonomia normativa que paira o aspecto mais controvertido das agências reguladoras.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 211/213) entende que as agências com previsão constitucional – Anatel e ANP – são as únicas que detêm função normativa, pois que tratadas pela Constituição como órgãos reguladores, e tal função normativa deve-se limitar às matérias referentes aos respectivos contratos de concessão. As demais, criadas por lei, só podem estabelecer normas afetas à

³⁶ - A escolha dos dirigentes, evidentemente, sujeita-se ao crivo político. Entretanto, o mandato dos dirigentes, que é fixo, não coincide com o do chefe do Executivo, propiciando, assim, a tomada de decisões por parte dos dirigentes sem que estes tenham o receio de serem exonerados. Além disso, o fato de o chefe do Executivo não ter escolhido os dirigentes, faz com que ele, ao final de seu mandato, preocupe-se em nomear outro dirigente que limite mais as ações imediatistas dos sucessores.

³⁷ - Os Projetos de Leis PL 2.633/03 e PL 3.337/04, em tramitação no Congresso Nacional, propõem alterações visando a garantir um controle maior das agências. O PL 2.633/03 pretende incluir a participação da Câmara dos Deputados e do Ministério das Comunicações na competência da ANATEL para regulamentar os serviços de telecomunicações. O PL 3.337/04, com o substitutivo do relator Leonardo Picciani, de caráter mais amplo, propõe mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas por parte das agências, como a consulta pública, apresentação de relatórios anuais ao Ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional (visando a um controle efetivo do Congresso Nacional sobre as agências, com o auxílio do Tribunal de Contas da União), obrigatoriedade do contrato de gestão entre o Ministério e a Agência, criação de Ouvidorias em todas as agências.

³⁸ - Ver ARAGÃO (org.), 2002, p. 136/137. O Projeto de Lei nº 3.337/04 dispõe sobre a uniformização de todas as agências reguladoras, em especial quanto aos aspectos da gestão e da organização, com preocupação pela definição de suas competências e funções.

produção de efeitos internos, dirigidos à própria agência ou relacionadas às normas que se contêm no edital de licitações, sempre com fundamento em leis e regulamentos prévios.

Com a devida vênia, parece-nos que a opinião de Di Pietro fundamenta-se em uma concepção liberal do poder regulamentar que não mais encontra respaldo na realidade sócio-econômica brasileira³⁹.

Ademais, o próprio texto do art. 174 da Constituição Federal que prevê função normativa e reguladora para o Estado em relação à atividade econômica dá amparo à criação de outras agências (não apenas as previstas constitucionalmente) com funções de editar normas para modificar direitos e obrigações dentro de padrões estabelecidos nas leis que as instituíram.

Posto isso e não obstante opiniões divergentes na doutrina⁴⁰, as agências reguladoras são detentoras, sim, da função normativa e de forma alguma usurpam a função de legislar do Poder Legislativo, mas apenas auxiliam a atuação normativa do Estado, editando normas que especifiquem as leis, que possibilitem o planejamento e a intervenção dos setores por elas regulados, a fim de se almejar os objetivos da regulação propriamente dita.

Enfim, os aspectos acima abordados acerca das agências reguladoras – autonomia, estabilidade do quadro de dirigentes, especialidade e grande conhecimento técnico, além do fato de que é o sujeito regulado que custeia as atividades da agência – tudo serve de alicerce para possibilitar e garantir a independência e a neutralidade das agências em relação aos três atores principais de uma parceria público-privada, quais sejam, os consumidores, o Estado e o parceiro privado.

³⁹ - Lembre-se da diferenciação entre regulação e regulamentação. Ver nota nº 27.

⁴⁰ - Sobre tais opiniões divergentes, ver as analisadas por SOUTO, 2005, p. 246/248 e ARAGÃO (org.), 2002, p. 3/42, p. 125/143.

Como se vê, uma regulação eficiente favorece a diminuição do custo de capital nos contratos de parceria, à medida que, quanto menor o risco advindo da regulação, melhor será o preço do contrato.

Os agentes econômicos, para sentirem-se seguros ao contratar, necessitam saber de antemão qual a entidade responsável pela regulação, qual a política regulatória a ser utilizada, a que tipo de regulação será submetido o contrato, ainda que cientes de que a regulação está sempre sujeita a mudanças ao longo do contrato.

Uma agência reguladora fortalecida e atenta à área sob o seu controle favorece, pois, a diminuição do custo do capital da parceria, com importantes reflexos nas tarifas finais e na própria disponibilidade e acesso aos serviços.

Na busca pela eficiência e por minorar os riscos de sua regulação, a agência deve primar pela publicidade e motivação de seus atos e decisões, com prévia participação dos atores envolvidos e demais interessados, que devem ter conhecimento dos seguintes itens das agências: suas características centrais, interesses que devem proteger, as suas funções e seus poderes, o método utilizado para regular, os mecanismos de controle da atividade regulatória.

No que tange às características centrais da agência, é essencial sua capacidade de arbitramento dos interesses envolvidos na atividade regulatória, o que implica no profundo conhecimento do setor regulado e no alto grau de especialização. Junte-se a isso o fato da imprescindibilidade de as ações da agência serem pautadas por uma política pública clara, bem definida, com os objetivos governamentais que se espera do setor. É através dessa política que a agência será capaz de estabelecer os parâmetros para sua atuação, bem como os limites a que está sujeita. Registre-se que referida política pública não é definida pelas agências, mas pelo governo, com o auxílio técnico das agências⁴¹.

⁴¹ - O Projeto de Lei das Agências PL nº 3.337/2004, em plena discussão no Congresso Nacional, objetiva estabelecer clara fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica, cabendo aos órgãos da administração direta o planejamento e a formulação de políticas setoriais e às agências reguladoras a regulamentação e a fiscalização das atividades reguladas, com

Considerando a necessidade de as agências reguladoras lidarem com os três atores envolvidos na atividade regulatória, atores cada vez mais articulados, são características importantes da agência a transparência de suas ações e do procedimento regulatório e a garantia do livre direito de defesa dos interessados, o que se traduz na publicidade e motivação de suas ações e decisões, no respeito às normas estabelecidas, na detenção do conhecimento técnico do setor. Apenas assim, há de se dar credibilidade às agências reguladoras⁴².

Se configura interesse da agência exercer a atividade regulatória levando em consideração os três atores envolvidos, corolário disso é exercer a mediação entre os interesses de tais atores, lembrando-se sempre de tutelar os interesses dos segmentos hipossuficientes, na busca pela neutralização da situação de hipossuficiência⁴³. Além disso, deve ser interesse da agência a implementação da política pública vigente no setor, compatibilizando-a com os interesses dos atores envolvidos na regulação.

Tendo em vista a própria natureza da atividade regulatória, a agência reguladora detém as funções normativa, executiva e judicante, e, portanto, não se amolda à clássica tripartição de Poderes.

A agência possui função normativa, na medida em que tem o poder de editar normas, sob a forma de instruções, circulares, resoluções, que particularizem,

implementação da política setorial. Destaca-se que, em referência ao setor elétrico, a delimitação de competências da ANEEL e do Poder Executivo foi resolvida pela Lei nº 10.848, de 15/03/2004.

⁴² - O substitutivo do Relator do Projeto de Lei nº 3.337/04, Deputado Leonardo Picciani, acrescenta ao referido PL um art. (art. 5º do substitutivo) com vistas ao fortalecimento da transparência e do livre direito de defesa dos interessados, que propõe que as reuniões deliberativas das agências sejam públicas, assim como seus registros, que haja divulgação prévia da pauta das reuniões deliberativas, com antecedência de ao menos 3 dias úteis, determinando que não possa haver deliberação de matéria para a qual não tenha havido essa publicidade, excetuando-se os casos de análise de processos considerados sigilosos. O PL nº 3.337/04 prevê, em seu art. 4º, a necessidade de consulta pública para toda decisão da agência, o que o seu substitutivo considerou, com razão, inadequado, frente à perda de agilidade gerencial da agência, considerando que a consulta pública é primordial apenas para as propostas de alterações de atos normativos e para as decisões referentes aos pedidos de revisão de tarifas. Além disso e ainda primando pela transparência das ações da agência, o substitutivo do PL estabelece que as agências devem se posicionar frente às críticas e sugestões do público e disponibilizá-las em suas sedes e na internet, até três dias úteis antes da reunião deliberativa na qual o assunto será tratado.

⁴³ - Neste sentido, o PL 3.337/04 já citado prevê, em seu art. 4º, §5º, o direito das associações de defesa do consumidor indicarem até três representantes especializados para acompanhar os processos de consulta pública, custeados, dentro das disponibilidades orçamentárias, pela própria Agência.

através de conhecimentos técnicos e da interpretação da realidade, as disposições legais do setor regulado.

Detém a agência também função executiva, que nos dizeres de Marcos Juruena Villela Souto (2005, p.61):

se desenvolve, basicamente, por meio de atos de consentimento de ingresso no mercado (mediante licenças, autorizações, permissões) ou de adjudicação do objeto de contratos administrativos de concessões e permissões de serviços públicos, de uso de bens públicos ou do exercício de atividades econômicas relacionadas a bens ou serviços públicos, ou ainda, por meio de atos de fiscalização da correta execução da atividade consentida ou contratada, nos limites estabelecidos na moldura regulatória (que envolve a Constituição, lei, normas do órgão regulador e atos de consentimento ou de adjudicação). Cite-se principalmente, a tarefa de aprovar reajustes e revisões de tarifas e preços.

Assim, a função executiva da regulação pressupõe uma ação do Estado - como poder concedente -, ou do órgão regulador - quando a este é atribuída a devida competência pelo poder concedente -, seja no sentido de autorizar a entrada de empresas no mercado ou de contratar com o parceiro privado, seja no sentido de fiscalizar a atuação das empresas e parceiro privado no mercado para assegurar a aplicação das regras editadas, tendo inclusive o poder de reprimir as infrações a tais regras, tudo com o fito de satisfazer os interesses da sociedade.

E, além disso, há a função chamada judicante, que, *grosso modo*, consiste na capacidade de resolver ou dirimir os conflitos porventura existentes entre os interesses do Estado, o das empresas envolvidas e o da sociedade (como usuária do serviço), de forma que se prime não apenas por imparcialidade ou equidade, mas por uma solução que, baseada em critérios técnicos e não apenas jurídicos, seja o mais harmoniosa, rápida, coerente e não onerosa possível. Assim, vislumbram-se como caminhos para se encontrar essa solução: a conciliação e a mediação, que visam a um acordo entre as partes, e a arbitragem⁴⁴. O ato administrativo de que resulta a regulação judicante pode, por óbvio, ser apreciado pelo Judiciário.

⁴⁴ - Ver a respeito SOUTO, 2005, p.62-70.

Assim, a função judicante acaba por influenciar a função normativa da regulação, na proporção em que, com a experiência adquirida para dirimir os conflitos, é possível verificar mudanças necessárias nas normas anteriormente estabelecidas.

Quanto ao método da atividade regulatória, as ações das agências devem observar os pressupostos da procedimentalidade - que consiste no cumprimento de regras de procedimento administrativo claras e codificadas -, da participação de todos os segmentos envolvidos na regulação, através de ouvidorias e de conselhos consultivos, e na obrigatoriedade de realização de consultas públicas, audiências abertas, foros setoriais e demais mecanismos que garantam a participação de todos os interesses envolvidos na regulação.

O pressuposto da participação deve levar em conta o da transparência, significando que toda a comunicação entre a agência e os demais atores da atividade regulatória deve ocorrer explicitamente, com publicidade ampla.

Por último, o pressuposto da especialidade, que jamais pode ser esquecido, pois que garante que a agência não se submeta às informações que possam ser dadas pelos operadores da atividade regulada. A agência deve desenvolver um conhecimento regulatório próprio e deve contar com agentes qualificados. Para tanto, é importante a contratação de consultorias externas que lhe agreguem *know-how*, e a realização de convênios com instituições de ensino e pesquisa para formação de novos agentes reguladores (SUNDFELD (org.), 2006, p. 96/97).

O controle das agências reguladoras também é um aspecto importante quando se fala em riscos regulatórios, pois um controle eficiente faz com que a agência cumpra suas funções eficazmente e mantenha-se equidistante em relação a todos os atores envolvidos na atividade regulatória. O controle da atividade regulatória deve ser permanentemente exercido pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e por instâncias da sociedade criadas para esse fim, tais como conselhos de usuários, conselhos consultivos e organizações sociais⁴⁵. Cabe aos órgãos já

⁴⁵ - O Projeto de Lei PL nº 2.633/2003 propõe a inclusão da participação da Câmara dos Deputados e do Ministério das Comunicações na celebração e gerenciamento de concessão para controlar,

existentes, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, o controle da aplicação dos recursos das agências reguladoras, bem como a fiscalização de obediência às regras próprias do regime de Direito Público a que estão adstritos. O controle judicial de todos os atos das agências, por óbvio, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, também é imperativo.

Se as agências reguladoras atentarem a todos os itens aqui abordados, a possibilidade de risco regulatório será, com certeza, mitigada, e os investidores se sentirão seguros para investir no país.

No entanto, há de se lembrar que é inerente à função regulatória provocar, quando necessário, mudança estrutural na conformação da prestação de serviços públicos em alguns setores, na busca pela criação de mercado e existência (ou subsistência) de competição.

Ora, a regulação interfere, mesmo que indiretamente, na modelagem econômica da parceria. O número de barreiras de entrada, por exemplo, pode aumentar ou diminuir o risco dos parceiros privados, pois significa maior ou menor número de entraves à abertura dos serviços públicos à iniciativa privada e à competição. A liberdade de formação de preços e de investimento, quando ampla, aumenta o risco dos parceiros privados. O acesso não restrito às infra-estruturas essenciais para a prestação do serviço implica risco maior para o parceiro privado instalado, mas também significa redução do risco para os parceiros privados entrantes, se admitida a competição.

O fato de a regulação primar pelo equilíbrio econômico-financeiro ao longo do contrato de parceria traz a possibilidade de alteração na própria regulação, para se atingir esse fim. Em contratos de parceria público-privada, cujos prazos são longos, é praticamente certo que precise a regulação alterar-se por motivos de

acompanhar e proceder à revisão das tarifas dos serviços públicos de telecomunicações prestados. No mesmo sentido, o PL nº 3.337/04, com o substitutivo do relator Leonardo Picciani (art. 10), prevê o controle externo das agências reguladoras pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, verificando-se a compatibilidade das ações adotadas pela agência com a política definida para o setor regulado.

modernização técnica ou para assegurar a competição ou mesmo para garantir a universalidade dos serviços públicos.

Assim, por mais que o regulador sinalize uma diretriz de atuação clara e estável, que possa ser percebida pelos regulados, permitindo-lhes a criação de sua própria política de atuação, o risco regulatório, embora mitigado, não é extirpado.

Há se lembrar, no entanto, de que todos os campos negociais estão sujeitos à superveniência de normas públicas ou de alteração das mesmas, em nome da defesa do consumidor. São exemplos dessas normas: a proibição de uso de substâncias ou métodos de produção nocivos à saúde, outrora permitidos, ou a estipulação de que determinados comportamentos prejudicam a competição.

3.3. O risco regulatório da captura

O fenômeno da captura ocorre, *grosso modo*, quando o regulador se deixa influenciar por um dos três atores da parceria e passa a defender seus interesses como se fossem os da coletividade. Havendo a captura do regulador por qualquer dos três atores, desvirtua-se a parceria. Daí a importância da neutralidade, que é representada pela equidistância entre o regulador e os demais envolvidos na parceria.

As agências reguladoras possuem tarefas complexas, uma vez que a regulação assume, com frequência, “a natureza de um processo de formação de coalizão, por negociação, envolvendo consumidores, firmas e agências reguladoras” (ABRANCHES, 1999, p. 35). Isso possibilita a ocorrência de captura do órgão regulador por qualquer das partes envolvidas e o conseqüente conluio entre a agência reguladora e uma das partes (Estado, particular ou consumidores), de forma que a imparcialidade inerente à atividade reguladora deixe de ocorrer. Nota-se uma tensão e possível ambigüidade no papel da agência reguladora, já que deve atender aos interesses da sociedade e assegurar direitos inerentes dos regulados aos contratos de parceria, aspecto do qual deriva a possibilidade de existirem desvios

tanto em favor de grupos de pressão, quanto em favor dos regulados, ou até mesmo em favor do parceiro público.

Levando-se em consideração serviços ou atividades de relevância coletiva, teremos necessariamente três envolvidos: o produtor da utilidade pública, o seu consumidor e o Poder Público (que será o titular da rede necessária a essa produção ou do monopólio de sua exploração). Cada um desses envolvidos possui interesses distintos, por vezes contrários. Daí a necessidade de a agência reguladora manter certa autonomia em relação a todos eles.

Giovani R. Loss (ARAGÃO (org.),2006, p. 143/172), em artigo em que trata da Teoria da Regulação no Brasil⁴⁶, analisa, dentre outras, a Teoria da Falha Regulatória e a Teoria Econômica da Regulação, nas quais a questão da captura assume importância. Tão somente com objetivo de explicitar a questão da captura, faremos breve exposição de alguns aspectos dessas teorias.

A Teoria da Falha Regulatória embasa-se na idéia de que o desenvolvimento da regulação leva à deturpação de seus fundamentos de interesse público, idéia que é corroborada por estudos que demonstram a tendência das agências reguladoras a favorecer interesses dos regulados, por meio da regulação. Isso ocorreria através dos “modelos de influência”, em suas três modalidades: o instrumental – a deturpação do interesse público se daria por fatores pessoais, como troca de profissionais entre as empresas reguladas e as agências e o relacionamento entre os profissionais dessas empresas e os das agências -, o estrutural, em que tem lugar a influência dos regulados (como doadores de recursos para campanhas eleitorais) na determinação das indicações dos cargos mais elevados das agências - e o da captura (ARAGÃO (org.), 2006, p.150/151).

A teoria da captura utiliza-se de elementos das modalidades acima descritas para afirmar que as agências são capturadas pelos entes regulados, aplicando-se uma regulamentação mais favorável aos interesses dos regulados e, em consequência, desfavorável à sociedade.

⁴⁶ - Artigo intitulado “Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências” (ARAGÃO (org.),2006, p. 143/172)

Giovani R. Loss (ARAGÃO (org.),2006, p.152) observa que

A Teoria da Captura ganhou diferentes formas. Uma dessas formas foi conferida pelos neo-marxistas, podendo ser resumida no seguinte silogismo: as grandes corporações no capitalismo controlam as instituições da sociedade e entre essas instituições a regulação. Os cientistas políticos também são responsáveis por uma interessante versão da Teoria da Captura, centrando-se em evidências da importância de grupos de interesses nos processos administrativos e legislativos. O paradigma dos estudos da captura, contudo, é o modelo de ciclo de vida das agências, criado por Marver Bernstein.

O citado autor explica que o modelo de ciclo de vida das agências constitui-se na identificação de quatro etapas de vida das agências: a gestação, em que as agências iriam surgir em um período de luta entre grupos de interesses diversos e teriam a função de composição entre esses interesses, e a regulação se caracterizaria por ser de curto prazo; a juventude, período caracterizado por uma posição agressiva das agências (decorrente da falta de experiência e de mão-de-obra qualificada, bem como da falta de objetividade na regulação), que testariam seu poder de polícia, conflitando com os experientes regulados, perdendo o suporte público e político; a maturidade, período em que as agências exerceriam a função de mediadoras da regulação, com redução do poder de polícia e aproximando-se das empresas reguladas, “passando apenas à afirmação de precedentes criados, usualmente favoráveis às reguladas” (ARAGÃO, 2006, p.152); a velhice, em que a postura das agências seria passiva e burocrática, como protetoras dos interesses das empresas reguladas.

As agências se tornariam dependentes das empresas reguladas em relação à mão-de-obra especializada, vez que teriam problemas de manutenção de receitas governamentais e também não conseguiriam acompanhar as alterações tecnológicas e econômicas das empresas. Tudo isso levaria as agências a crises e escândalos, o que causaria o retorno do ciclo ao seu início (ARAGÃO (org.), 2006, p. 153).

Por sua vez, a Teoria Econômica da Regulação, internacionalmente conhecida, admite a captura das agências não apenas pelas empresas reguladas,

mas por quaisquer grupos de interesses, observando que nenhum grupo de interesse captura com exclusividade a agência reguladora. “Os grupos seriam beneficiados desde que tivessem características apropriadas para recompensar o regulador; assim, uma vez que os consumidores pudessem oferecer votos, ou mesmo dinheiro, em troca de favorecimento, estes também poderiam ser beneficiados” (ARAGÃO, (org.) 2006, p. 155/156).

Muito embora esse modelo de captura não se adapte completamente à realidade brasileira atual, por intermédio de sua análise é possível afirmar que, para se evitar a captura das agências reguladoras pelo parceiro privado, deve-se atentar para os seguintes aspectos:

necessidade de se garantir a autonomia do órgão regulador, a importância de se assegurar bom treinamento e condições de trabalho à mão-de-obra das agências; e a preocupação com a criação de precedentes regulatórios contrários ao interesse público (ARAGÃO (org.), 2006, p. 153).

Assim, uma vez visto que se deve considerar a Teoria Econômica da Regulação, já que há possibilidade de ocorrência da captura pelos entes regulados, trataremos dessa captura por parte do parceiro privado.

3.3.1. A captura do regulador pelo parceiro privado

A captura do regulador pelo parceiro privado, mesmo que parcial, pode advir da forte assimetria de natureza técnica, econômica ou informacional. É a captura descrita por Floriano Azevedo Marques Neto como a captura “por insuficiência de meios”, que denota a impossibilidade de ação da agência reguladora por falta de recursos materiais, logísticos, financeiros e principalmente humanos (SUNDFELD (org.), 2006, p. 89).

O forte poder econômico aliado à experiência e ao conhecimento técnico dos atores regulados são instrumentos usados para a captura, uma vez que o agente regulador (e também as empresas concorrentes, por uma questão de estratégia no

processo concorrencial) não detém as informações técnicas detalhadas sobre as atividades econômico-financeiras e operacionais dos regulados (etapas de produção, estrutura de custos, capacidade financeira, etc.). Isso dificulta sobremaneira a ação do agente regulador, que, muitas vezes, acaba por tomar decisões levando em consideração o conjunto de informações fornecidas pelos regulados, que, por sua vez, forçarão uma regulação a eles mais favorável. O acesso à informação, é, pois, muito importante para a regulação, já que é por meio dela que os órgãos reguladores vão tomar decisões que visem estimular a firma regulada a operar de forma eficiente⁴⁷.

Quando a inferioridade da agência reguladora é gritante em relação aos atores regulados, a sua capacidade de comunicabilidade com estes é menor, uma vez que carece a agência de quadros detentores de conhecimento e capacidade técnica. Tal situação afeta o exercício da autoridade da agência, posto que lhe faltam os meios materiais para tanto. De acordo com Floriano Azevedo Marques Neto, o contraponto a essa situação

depende diretamente da percepção da importância da atividade regulatória e do provimento de meios suficientes para tal exercício. Depende também da criação de carreiras diferenciadas que ensejem, em cada setor, o pagamento de salários compatíveis com aqueles praticados no mercado específico. Por fim, depende da criação de instrumentos que façam a própria atividade da agência gerar os recursos necessários para seu pleno financiamento (mediante taxas pelo exercício do poder de polícia, preços

⁴⁷ - “Uma ilustração desse tipo de problema pode ser encontrada na indústria elétrica. O setor brasileiro foi tradicionalmente regulado pelo sistema de tarifação pelo custo de serviço. Porém, esse esquema não incentivava a eficiência das firmas. Seguindo exemplos internacionais, o esquema de tarifação é, hoje, baseado no *prince-cap*. Esse mecanismo é considerado mais “leve” (menos oneroso), pois o regulador não precisa dispor de tantas informações, uma vez que o reajuste tarifário se daria segundo a evolução dos preços descontado da expectativa de ganhos de eficiência da empresa por parte do regulador. Entretanto, no caso das privatizações ocorridas no setor elétrico brasileiro, há uma cláusula no contrato de concessão garantindo o equilíbrio econômico-financeiro das empresas. Portanto, a necessidade do conhecimento da estrutura de custo das empresas ainda persiste, fazendo com que o processo regulatório tenha um custo elevado. Também está estabelecido, nos contratos de concessão, que as firmas reguladas devem disponibilizar qualquer tipo de informação de que o regulador necessite, em qualquer momento que este deseje. Contudo, mesmo a presença dessa cláusula não vai eliminar a assimetria de informações entre regulador e firma regulada, pois mesmo que o regulador tenha acesso a todas as informações contábeis, estas não refletem necessariamente as demais ações a serem tomadas pelas empresas” **Assimetria de informações e problemas regulatórios.**

Disponível em> http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/Nota_Tecnica_ANP_009_2000.pdf > Acesso em: 16.06.2007

públicos específicos, etc), garantindo, por outro lado, alguma autonomia na gestão destes recursos” (SUNDFELD (org.), 2006, p.89).⁴⁸

Na realidade, é muito difícil que o regulador conheça todas as atividades dos regulados. Então, às vezes, por ter a função de fazer os regulados cumprirem objetivos sociais, distintos de seus próprios objetivos, sem ter o controle e conhecimentos plenos de suas atividades, as ações do agente regulador podem acarretar efeitos distintos daqueles esperados⁴⁹.

Quando se trata do exercício de função pública, surge ainda, conforme Floriano Azevedo Marques Neto, o grave risco da concussão, que traz à tona o problema da corrupção. A fim de se evitar tal risco, devem as agências reguladoras contar com dirigentes e funcionários íntegros, honrados, honestos. Também é importante o estabelecimento pela própria agência de mecanismos efetivos e permanentes de controle, nos quais, inclusive, tenha a sociedade participação ativa (SUNFELD (org.), 2006, p.89).

Ainda pelo forte poder econômico e de influência dos atores regulados e pelo constante canal de comunicação entre o regulador e os regulados, existe o risco da captura do regulador por contaminação de interesses, que ocorre quando a agência reguladora passa a perseguir os interesses dos regulados como se fossem os interesses gerais da coletividade, o que, por vezes, significa a aceitação dos problemas dos regulados como impedimentos da implementação dos objetivos eleitos para o setor. Nas palavras de Floriano Azevedo Marques Neto (SUNDFELD (org.), 2006, p. 89), “a providência de cautela que se pode adotar neste sentido aponta para a radicalização da transparência e publicidade da atividade regulatória, combinada com o envolvimento cada vez maior da sociedade”. Deve-se, pois, primar pela realização de audiências públicas e decisões tecnicamente motivadas.

Em relação às agências reguladoras de âmbito nacional, existe ainda a captura na esfera judicial. Ocorre quando a agência alega interesse jurídico nas

⁴⁸ - Floriano Azevedo Marques Neto (SUNDFELD (org.), 2006, p. 89) cita como exemplo disso a “impossibilidade de intervenção em uma concessão por falta de meios suficientes para o órgão regulador realizar ou contratar um levantamento confiável e independente de indicadores de qualidade nos serviços prestados para justificar o ato interventivo”.

⁴⁹ - Sobre esse assunto, visitar o site www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas. Acesso em:16.06.07

demandas judiciais que envolvem fatos relevantes relacionados ao seu setor. Nas palavras de Paulo Calmon Nogueira da Gama (R. CEJ, Brasília, n.26, p.64, jul./set.2004):

na seara processual, não é raro nos depararmos com agências – em demonstrações explícitas de captura – que buscam sofregamente intervir, sem a devida base legal, nas mais diversas causas judiciais em que são demandados os agentes exploradores da atividade sob sua regulação.

As agências reguladoras consideram-se juridicamente interessadas e tentam ingressar nos processos em tramitação em que figura como parte o regulado. Uma vez admitido o ingresso, as agências assumem naturalmente comportamento favorável ao regulado e transporta-se a lide para o foro federal.

A mudança de foro das ações manejadas pelos consumidores e por seus substitutos processuais é causa de transtornos e dificuldades, como a mitigação da facilitação do acesso do consumidor ao Judiciário, bem com a vantagem legal do ajuizamento do foro de seu domicílio⁵⁰.

Ademais, quando se transporta indevidamente para o foro federal uma lide, subvertem-se as regras e os princípios processuais e as condições legais de intervenção litisconsorcial ou de terceiros no âmbito do processo civil.

Há de se lembrar ainda que as agências, estranhamente, não demonstram interesse em intervir em todas as ações em que o regulado figure como parte, mas apenas naquelas ações mais relevantes para sua área de atuação, como as de cunho coletivo e de efeito *erga omnes*. Evidencia-se, assim, uma política seletiva por parte das agências⁵¹.

⁵⁰ - Ver Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VII e art. 101, I

⁵¹ - O PL nº 3337/04 e seu substitutivo propõem a criação de uma Ouvidoria em todas as agências reguladoras para acompanhar o processo interno de apuração das denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados (ver art. 15 do Substitutivo).

Ora, as agências reguladoras somente terão legitimidade para intervir nas causas cujas decisões possam invadir sua esfera de direito material ou interesse prático direto, o que não se caracteriza pela mera avaliação do Poder Judiciário sobre a legalidade ou aplicabilidade a casos concretos de alguns de seus atos administrativos de normatização ou de situações sujeitas à sua ação fiscal⁵².

As agências reguladoras não podem invocar a possibilidade de intervir nas ações judiciais dos regulados apenas porque regulam determinado setor. Se assim não se entender, restará à Justiça estadual cível somente processar e julgar as causas referentes aos temas ainda não submetidos a um órgão de regulação.

3.3.2. A captura do regulador pelos consumidores

É certo que os consumidores, via de regra, constituem o ator mais vulnerável na relação tripartida da atividade regulatória e o menos aparelhado na defesa de seus interesses legítimos. Na busca por neutralizar essa hipossuficiência, a agência deve assegurar a transparência de suas ações, procedendo a julgamentos em sessões públicas e a deliberação colegiada, motivada e publicada. Assim, garante-se a participação efetiva dos consumidores na defesa de seus interesses⁵³. É óbvio, no entanto, que as agências não podem pautar suas ações levando em conta apenas os interesses do consumidor. Nas palavras de Floriano Azevedo Marques Neto (SUNDFELD (org.), 2006, p.85), não pode a atividade regulatória “se traduzir num populismo regulatório”.

Detentores do direito de voto, os consumidores, quando bem organizados e representados por associações sólidas, grupos de pressão e até mesmo por

⁵² - Ver art. 6º CPC.

⁵³ - Ver nota de rodapé nº 42 do presente trabalho acerca do PL nº 3.337/04 e seu substitutivo que destacam normas para assegurar o livre direito de defesa dos consumidores.

instituições oficiais, conseguem se manifestar contra determinadas ações das agências reguladoras, mantendo-se a equidistância da agência a todos os atores da atividade regulatória. Lado outro, podem tentar capturar a agência, retirar-lhe a autoridade, pressionando-a a atender apenas aos interesses dos consumidores ou mesmo de apenas parte destes, como privilegiar algumas regiões, alguns serviços, voltar-se a soluções paliativas, apenas em curto prazo, ignorar aspectos de qualidade não explícita, prender-se a um simbolismo de escasso valor social, ceder apenas para manter seu poder institucional. Marcos Juruena Vilella Souto (2005, p. 261) cita a decisão de regulador estatal que impediu, durante a crise de energia, em nítida defesa dos interesses do consumidor, em um ato de populismo regulatório, o fechamento de estações, a redução de serviços e horários de atendimento pelas concessionárias, como forma de economia de energia.

Ademais, caso o regulador se deixe capturar pelos consumidores do serviço público a ser prestado, estará privilegiando o consumidor efetivo, em detrimento daquele indivíduo que não vai usufruir o serviço, denominado consumidor potencial. Floriano Azevedo Marques Neto (SUNDFELD (org.), 2006, p.86), explica-nos as diferenças entre um e outro consumidor e as conseqüências de se privilegiar o consumidor efetivo:

Existe, de um lado, o *consumidor efetivo* do serviço, ou seja, aquele que tem acesso à utilidade pública e que se equipara à definição tradicional de consumidor. Os direitos deste consumidor são os clássicos direitos inerentes à relação de consumo, tal como a qualidade do serviço, a responsabilidade do fornecedor ou a justeza do preço, traduzida, aqui, em modicidade tarifária. Porém, em sede de serviços essenciais, há uma outra categoria de consumidor que podemos divisar. Trata-se do *consumidor potencial* da utilidade pública, aquele que, por razões econômicas, geográficas ou sociais, não tem acesso ao serviço essencial, em que pese a este ser, por definição, fruível por todo e qualquer um. No caso do consumidor excluído da fruição do serviço (que, sendo essencial, deve ser estendido a todos, pois que o caracteriza o traço da universalização) o principal direito a ser pelejado é o acesso ao serviço. Somente após dele dispor é que passarão a integrar sua pauta de interesses a qualidade ou os custos. A distinção entre estas duas categorias coloca-se como extremamente relevante na discussão em torno da noção de *preço justo* pelo serviço (modicidade tarifária). Quando a expansão da rede de suporte à prestação de um serviço essencial é financiada internamente pelos próprios recursos gerados com a prestação (sem investimentos externos, sem subsídios estatais), postular uma tarifa módica pode significar impedir a expansão do número de indivíduos com acesso ao serviço, pois que significa a redução da capacidade de investimento do prestador. Neste sentido, pode-se ter uma oposição de

interesses entre os consumidores efetivos e os consumidores potenciais. E o risco, aqui, é que esta oposição seja, desafortunadamente, arbitrada em favor dos primeiros, via de regra mais articulados e mobilizados (grifos do autor).

De maneira similar, se as agências reguladoras atrelam seus interesses aos dos consumidores, pode ocorrer a quebra de parte dos exploradores da atividade regulada, e a conseqüente oligopolização ou monopolização do mercado específico, o que acaba por gerar prejuízos aos próprios consumidores.

Por fim, o exagero na defesa dos interesses dos consumidores por parte do regulador pode ser prejudicial ao Poder Público e, pois, a toda coletividade, como ocorre quando o regulador cede a pressões de grupos específicos de consumidores, criando pleitos indenizatórios dos prestadores dos serviços que, via equilíbrio econômico-financeiro, acarretarão gastos públicos (SUNDFELD (org.), 2006, p.87).

3.3.3. A captura do regulador pelo poder político

A captura do regulador pelo poder político traduz-se na defesa, por parte do regulador, dos interesses do bloco do poder, ou seja, ocorre quando a atividade regulatória se deixa influenciar pelo poder político e suas freqüentes alterações, o que acaba por desvirtuar a agência, pela perda de sua independência. Exemplo disso ocorre quando o Poder Público, através de lei ou ato de império, delimita a competência ou autonomia do órgão regulador ou mesmo o escopo de sua ação de modo que não haja interferência na esfera de outro órgão.

Floriano Azevedo Marques Neto (SUNDFELD (org.), 2006, p.90) conceitua a captura pelo poder político como o “atrelamento da atividade regulatória aos interesses conjunturais do bloco do poder, às vicissitudes eleitorais”. E ainda ressalta que tal captura “é extremamente perigosa, porque leva à inviabilização da agência em função de um rápido processo de deslegitimação, primeiro perante os operadores e, a médio prazo, perante os próprios usuários”

É inegável que a base e os marcos dos órgãos reguladores – as leis e o próprio sistema regulatório - sejam traçados no âmbito governamental, em que os Poderes Executivo e Legislativo estão envolvidos. Entretanto, uma vez estabelecidos tais marcos, os órgãos reguladores devem se desenvolver com independência no que tange ao poder político. Ou se tornarão meras adjacências do núcleo estratégico estatal.

Neste sentido, a especialidade e a especificidade das agências reguladoras são essenciais, posto que, de certa maneira, incapacitam o poder político de interferir na atividade regulatória.

A captura política pode ocorrer quando, por meio de leis ou atos de império, a independência ou a autonomia das agências é diminuída ou lhes são retiradas competências. Exemplo disso foi a pressão sobre a ANEEL na época do apagão, quando se editou a Medida Provisória nº 2.189-3, de 28/06/2001, atribuindo à Câmara de Gestão da Crise de Energia uma função técnica, que deveria ter sido resolvida pela ANEEL mediante ponderação de interesses, já que as companhias elétricas queriam vender energia, os consumidores queriam comprá-la, mas o bem era escasso (SOUTO, 2005, p. 260/261).

Cabe, aqui, destacar a posição do autor Floriano Azevedo Marques Neto (SUNDFELD (org.), 2006, p. 87), para quem o provimento dos postos-chave do órgão regulador deve se pautar por critérios técnicos – e não políticos – devendo a indicação dos dirigentes envolver o Poder Legislativo, mediante sabatina e aprovação dos nomes pela instância parlamentar, não podendo ser ato exclusivo do Chefe do Executivo. Apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter se manifestado no sentido de que a legislação não pode introduzir outra forma de provimento dos cargos de direção da Administração diferente da estabelecida constitucionalmente, cuja competência é do Chefe do Executivo, para o referido autor, nada impede ou torna ilegal que a indicação do Chefe do Executivo seja referendada pelo Parlamento.

Com razão o renomado autor. O envolvimento do Parlamento no provimento de cargos de direção das agências reguladoras com certeza torna o processo de

indicação dos nomes mais complexo, merecedor de maior atenção e seriedade diante dos parlamentares e da sociedade, dificultando que o provimento dos cargos de direção das agências reguladoras faça parte de um jogo político, o que, de certa forma, minora o risco de captura do regulador pelo poder político. Neste diapasão, recomenda-se que as agências estejam vinculadas não ao Executivo, mas ao Parlamento, prestando contas a comissões específicas do Legislativo⁵⁴.

Entretanto, há de se destacar que quando se envolve o Poder Legislativo na escolha dos dirigentes das agências reguladoras, o processo de indicação técnica do Poder Executivo tende a ser dificultado pela aprovação do Legislativo, que condiciona a aprovação da indicação a critérios políticos, nem sempre ligados à melhor técnica. Neste sentido, pois, a captura política pode ocorrer por parte do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Também há o risco da captura política por meio do contingenciamento de verbas das agências reguladoras, o que limita a autonomia financeira/ administrativa das agências. É o Poder Executivo em nítida intervenção nas agências. Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida (2006, p.255) expõe a tensão que causa o contingenciamento orçamentário⁵⁵

na relação Poder Concedente-Agência Reguladora, já que, em princípio, requer 'barganha cotidiana' para a liberação orçamentária. Se eventual decisão tomada pela agência for considerada indesejável, o Poder Central pode contingenciar recursos, até como forma de apagar seu poder político, o que prejudicará, enfim, o trato das necessidades rotineiras da Entidade, como a fiscalização e até mesmo a realização de licitação de programas considerados inadiáveis, sob o ponto de vista regulatório.

Na busca por se evitar o risco político, assumem importância os mecanismos legais de reforço à independência das agências. Não deve haver lugar para as influências políticas nas agências, mas apenas para as decisões de cunho técnico. Na atual conjuntura do país, em que as verbas estatais são insuficientes para contornar os problemas de infra-estrutura a contento, é preciso contar com o capital do investidor a fim de que se coloquem em prática parcerias público-privadas *stricto*

⁵⁴ - Ver nota nº 45 desta dissertação.

sensu. Para atrair este investidor é necessário que ele se sinta seguro para investir. E aqui a independência das agências frente ao poder político conta muito.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a regulação deve ser independente e “na medida certa” para que seja eficiente. Se o interesse dos consumidores, do Poder Público, dos regulados, se sobrepõe um a outro, o papel do regulador falha, pois a regulação não será mais submetida ao aspecto técnico. O excesso de regulação, por sua vez, pode levar à inoperância tanto da agência, que deve fiscalizar a ação dos concessionários, quanto do próprio concessionário, que deve agir segundo os padrões definidos em regulamento.

3.4. O risco regulatório ambiental

Diante da conscientização cada vez maior por parte da sociedade, do Governo e de algumas empresas de que o ambiente deve ser preservado, e do conseqüente aumento no número de legislações que defendem esse interesse, tem havido uma crescente dificuldade na obtenção de licenças ambientais, notadamente em projetos de infra-estrutura de grande porte. É o denominado risco ambiental.

Como o Direito Ambiental é uma das faces mais importantes da regulação econômica, configura o risco ambiental uma das modalidades de risco regulatório. Atualmente o risco ambiental é inerente a todo contrato de concessão, a todo contrato de parceria e mesmo a toda atividade econômica, pois que não há como escapar das superveniências referentes à progressiva regulação ambiental e às obrigações e restrições ligadas a essa. O importante é saber lidar com referido risco⁵⁶.

⁵⁵ - Acerca do contingenciamento na liberação de recursos para as agências, ver nota de rodapé nº35 do presente trabalho.

⁵⁶ - O Substitutivo do PL 3.337/04, em tramitação no Congresso Nacional, assegura, quando da realização da consulta pública, às associações constituídas há pelo menos 3 anos que tenham por finalidade a defesa do meio ambiente ou a defesa dos recursos hídricos, o direito de receber apoio técnico de até três especialistas com notórios conhecimentos na matéria objeto da consulta pública (mediante contratação de universidades) que acompanharão o processo e darão assessoramento qualificado às entidades e seus associados (Ver art. 6º, § 6º e 7º do referido Substitutivo).

Há também o risco ambiental decorrente do possível conflito de competências entre os vários órgãos ambientais responsáveis em tese pela outorga para as permissões e licenciamentos ambientais (BRAGA (org.), p.264).

O risco ambiental no sentido de responsabilidade por prejuízo ao meio ambiente, preocupação constante por parte do Governo e de grupos de cidadãos, deve, pelas regras do Direito brasileiro, ser compartilhado por todos os partícipes do contrato⁵⁷.

É importante observar que como o ambiente é interesse da coletividade, o parceiro público deve estar sempre atento a essa questão. Nas palavras de Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida (2006, p. 264):

Ainda que seja uma espécie de risco geralmente suportada pelo particular, o parceiro público tem o dever de tomar as providências necessárias à sua diminuição. No âmbito federal, por exemplo, o Ministro do Planejamento anunciou que, sob o ponto de vista político, um dos critérios que está norteando as escolhas das primeiras parcerias público-privadas, na área de transportes, é o estágio em que se encontra o pedido de licenciamento ambiental. Uma solução para a redução do risco é apenas instaurar o procedimento licitatório quando os órgãos ambientais já tiverem aprovado o empreendimento.

Mais à frente se verá como a Lei de Concessão e as Leis de Parceria Público-Privada federal e mineira lidam com o risco regulatório ambiental.

3.5. O risco regulatório advindo do conflito de competência entre agências reguladoras e órgãos de proteção da concorrência

Quando se trata de exercer a regulação no campo dos serviços públicos e se busca a defesa da concorrência, as agências reguladoras têm que lidar com a existência de órgãos nacionais especificamente criados para investigar, reprimir e prevenir atos lesivos à concorrência – Conselho Administrativo de Defesa

⁵⁷ - A responsabilidade solidária está prevista no art. 3º, IV da Lei nº 6.938/81 e no art. 3º da Lei nº 9.605/98.

Econômica (CADE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculadas as duas últimas, respectivamente, aos Ministérios da Justiça e da Fazenda.

Havendo indefinição e imprecisão nos contornos de competência destes entes, percebe-se a possibilidade de conflito de competência entre as agências reguladoras, de um lado, e os órgãos de defesa da concorrência, de outro⁵⁸. Isso se traduz em mais um tipo de risco regulatório.

A doutrina ainda diverge acerca do órgão competente em matéria de defesa da concorrência nos serviços públicos. Para Flávio Amaral Garcia (ARAGÃO (org.), 2002, p. 246/255), o CADE foi criado para ser o ente responsável pela defesa da concorrência e não pode aproveitar-se do fato de agora existir concorrência em alguns serviços públicos para ultrapassar os limites constitucionais de sua atuação - o campo das atividades econômicas -, adentrando no setor de serviços públicos, mesmo que apenas nos serviços que apresentem um cunho econômico, eis que a dimensão concorrencial dos serviços públicos não os transforma em atividade econômica. A competência para defesa de concorrência no âmbito dos serviços públicos é das agências reguladoras, criadas justamente para estimular e proteger a concorrência no segmento específico que lhes cabe regular. Todavia, pondera o autor que

Isto não quer dizer que a própria *lei* criadora da agência não possa, de antemão, resolver qualquer conflito, conferindo ao CADE competência para atuar naquele determinado serviço público. Foi o que ocorreu com a ANATEL que, no artigo 7º, §1º e 2º da Lei nº 9.472, de 16/7/1997, explicitou que os atos que possam visar a qualquer forma de concentração econômica serão submetidos ao CADE por meio do órgão regulador. O artigo 19 do mesmo diploma legal arrola as competências da ANATEL, conferindo à agência a prerrogativa de exercer o controle, prevenção e repressão das

⁵⁸ - O PL nº 3.337/07, com o substitutivo do relator Leonardo Picciani, prevê que o contrato de gestão e desempenho deve perseguir metas de desempenho administrativo e operacional que se referem aos aspectos organizacionais da agência e às ações relacionadas à promoção da cooperação com os órgãos de defesa do consumidor, além da promoção da qualidade dos serviços prestados pela agência e do fomento à pesquisa no setor regulado (vide art. 13 e seus parágrafos do substitutivo). O art. 18 do substitutivo trata da interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, fixando prazo de 30 dias para que as agências forneçam a esses órgãos os pareceres que lhe tenham sido solicitados para subsidiar a análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos. No §4º está prevista a solicitação, pelas agências, de pareceres dos órgãos de defesa da concorrência sobre minutas de normas e regulamentos.

infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao CADE (ARAGÃO (org.), 2002, p. 249/250).

Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo (SUNDFELD (org.), 2006, p.179), o CADE pode, sim, ser responsável pela defesa da concorrência quando se tratar de serviços públicos, observando-se dois aspectos. Em primeiro lugar, é preciso assegurar uma aplicação uniforme e sistêmica do Direito e das políticas concorrenciais em todo o país - ou teremos agências aplicando-os por sua conta, tornando fragmentária e incoerente a política de concorrência. Ademais, as agências, dotadas de grande especificidade e tecnicidade, devem tratar de questões que envolvam essas suas características. Em segundo lugar, registre-se que a transferência de poderes exclusivos às agências pode ocasionar a captura pelos interesses regulados, à medida que o contato permanente com os agentes econômicos atuantes no setor propicia uma identificação entre os interesses dessas empresas e os das agências.

De qualquer forma, é imprescindível que haja coerência e harmonia nas decisões dos entes responsáveis por regular para que possa haver a confiança do administrado e dos parceiros privados. A título de exemplo, não se pode admitir que o CADE interfira em questões de concorrência em uma agência e não interfira em outra, ambas em semelhantes situações (e sem que tenham as leis criadoras das agências conferido competência ao CADE para atuação nos respectivos serviços públicos). É preciso que haja coerência no sistema como um todo, na atuação dos diversos órgãos da Administração e não apenas em um ente administrativo⁵⁹.

No que tange ao conflito de competência, é pertinente o exemplo da controvérsia instaurada entre o Banco Central, a Advocacia Geral da União e o CADE em relação à competência para aprovação de operações de aquisição de controle de instituições financeiras, que configura, em última análise, um risco regulatório. Tanto o Banco Central quanto a Advocacia Geral da União consideraram o CADE incompetente, mas este teimou em se declarar competente, o que acarretou em aplicações de multa e inúmeras ações judiciais (SCHREIBER, 2005, p. 152)

⁵⁹ - Ver nota anterior.

No afã de se evitar este tipo de risco regulatório é preciso que a lei estabeleça de forma inequívoca as competências das agências reguladoras e seus limites de atuação.

De toda forma, não obstante seja o primeiro passo na busca pela minimização do risco regulatório em questão o delineamento das competências das agências pelas leis que as instituem, é a partir do exercício das respectivas prerrogativas pelas agências e pelos órgãos de defesa da concorrência, com aplicação da legislação, que se sedimentarão tais competências.

3.6. Aspectos referentes aos riscos regulatórios na Lei de Concessões, na Lei Federal nº 11.079/04 e na Lei Mineira nº 14.868/03

Conforme entendimento já exposto no item 2.2 do presente trabalho, a interpretação da expressão “por sua conta e risco” constante do art. 2º, II da Lei de Concessões – Lei nº 8.987/95 deve ser cautelosa, pois que não se deve impor ao concessionário todos os riscos inerentes ao empreendimento, mas, sim e apenas, os riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, indicar. Essa interpretação vai ao encontro da tendência de atenuação dos riscos do concessionário, o que pode ser exemplificado pelas Leis federal e estaduais sobre as parcerias público-privadas e, mais recentemente pela Lei nº 11.196, de 21/11/2005, que alterou a Lei nº 8.987/95 para incluir duas novas regras de atenuação do risco financeiro, nas concessões⁶⁰.

Deste modo, o próprio contrato de concessão deve estabelecer com clareza e precisão a quem caberá responder pelos riscos regulatórios. Assim, após a edição de um regulamento que altere as condições de execução do serviço, evita-se a contenda entre concessionário e poder concedente acerca de quem irá responder pelo risco regulatório. Ademais, se as partes sabem de antemão quais os riscos lhes cabe suportar, é certo que se não de prevenir para enfrentá-los.

⁶⁰ - Ver art. 119 que, alterando o art. 27 da Lei nº 8.987/95, estabeleceu o direito de as instituições financeiras assumirem o controle da concessionária para promoção de sua reestruturação financeira. Ver também art. 120 que, ao alterar o art. 28 da Lei de Concessões, possibilitou, nas concessões em geral, a cessão, “em caráter fiduciário” dos créditos operacionais futuros do concessionário.

Marcos Augusto Perez (2006, p. 172) afirma que em setores em que tem lugar a competição no mercado e em que são constantes as inovações tecnológicas, o poder concedente não deve assumir, entre outros, os riscos regulatórios, sob pena de intervir de maneira equivocada na dinâmica do mercado, tornando os prestadores menos eficientes e favorecendo alguns em detrimento dos outros.

No que diz respeito aos riscos regulatórios nas Parcerias Público-Privadas *stricto sensu* é preciso reconhecer que representa a Lei Federal nº 11.079/04 uma inovação frente à Lei de Concessões, já que há na Lei de PPPs clara demonstração de que o legislador, desta vez, se preocupou com as formalidades contratuais, dentre as quais estão a importância da descrição dos riscos e de sua divisão entre as partes, bem como de algumas fórmulas para a solução de situações controvertidas.

Assim, em seu art. 4º, VI, a Lei nº 11.079/04 estabelece a “repartição objetiva de riscos entre as partes”, o que representa uma diretriz na contratação de concessões patrocinadas ou administrativas. Exige-se a repartição de riscos de forma a reduzir tanto quanto possível o âmbito das dúvidas sobre o assunto, clamando por projetos bem modelados e por contratos bem escritos. Em seu art. 5º, III, estabelece a obrigatoriedade de cláusula contratual que disponha sobre “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Além disso, explicitou as regras relativas ao planejamento técnico e prévio da concessão, em seu art. 10, I a VII.

Desta feita, há de estar previsto explicitamente no contrato de Parceria Público-Privada a que parte cabe suportar os custos provenientes dos riscos regulatórios. A supracitada observação de Marcos Augusto Perez acerca dos setores em que há ou pode haver competição e nos quais a inovação tecnológica é incessante também é pertinente nas parcerias público-privadas *stricto sensu*.

Embora a divisão dos riscos tenha de vir expressa nos contratos de parceria público-privada, é de se constatar que há contratos complexos, como os que

necessitam de um grande apoio financeiro da administração, cuja repartição de riscos ocorre de forma compartilhada ou em razão de metas a ser atingidas.

A Lei Mineira nº 14.868/03, por sua vez, em seu art. 14, V, estabelece como obrigação do contratado na parceria público-privada sua sujeição aos riscos do empreendimento, salvo nos casos expressos previstos no contrato e no edital de licitação. Daí depreende-se a importância do contrato na parceria público-privada. É ele que deve estabelecer a repartição dos riscos entre as partes, inclusive os regulatórios.

Foi acertada a decisão dos legisladores federal e mineiro acerca de remeter ao contrato de parceria público-privada a tarefa de repartição de todos os riscos entre as partes. Na área de PPPs, como nos projetos em geral, não há se falar em padronização de contratos, pois, dentro dos limites previstos em lei, cada contrato há de convir, apenas e tão somente, à operação a que se refira. No contrato em questão, a Lei prevê que conste no contrato a repartição explícita dos riscos entre as partes. E isso parece ser suficiente.

Em relação à repartição de riscos, vale transcrever as palavras de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2007, p.106):

... a expressão 'repartição de riscos' não implica compartilhamento de riscos, no sentido de que um mesmo risco tenha que ser dividido entre as partes. Ou seja, é perfeitamente possível que um determinado risco seja alocado inteiramente a uma das partes. Também é possível seu compartilhamento, em qualquer proporção. A Lei de PPP não faz qualquer menção pelo compartilhamento de riscos, até porque se trata de questão eminentemente de eficiência econômica e não axiológica.

No que se refere especificamente ao risco ambiental, que, como visto, é uma espécie de risco regulatório, no caso das parcerias público-privadas, o legislador federal buscou mitigar de antemão esse risco ao determinar que a abertura do procedimento licitatório para a outorga de concessão no âmbito das parcerias estará condicionada, dentre outros requisitos, a que o projeto conte com licença ambiental prévia expedida pelo órgão competente ou, em sendo o caso, que sejam conhecidas

as diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento⁶¹. Desse modo, cabe ao parceiro privado seguir as diretrizes para o licenciamento, ciente *a priori* das dificuldades que poderá encontrar.

A exigência de licença prévia para a realização da licitação visa evitar a paralisação posterior de projetos por dificuldades no cumprimento das exigências ambientais necessárias à sua implementação. Desta feita, a Administração Pública se vê obrigada a realizar planejamento sobre como lidar com os impactos futuros do negócio antes mesmo de lançar a licitação (RIBEIRO, 2007, p. 267).

Além disso, a Lei nº 11.079/04 inova também ao estabelecer a possibilidade de substituir, para efeito de realização da licitação, a licença prévia ambiental “pelas diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento” (art. 10, VII da Lei nº 11.079/04).

Merece aplausos a disposição legal dessa faculdade. Tendo em vista que quanto maior a possibilidade de produção de ganhos de eficiência, maior a abrangência das responsabilidades transferidas pelo contrato ao parceiro privado, é elemento importante à geração de eficiência em parcerias a transferência ao parceiro privado da obrigação de desenvolver o projeto básico de engenharia, em conjunto com a realização da obra. Levando-se em consideração que a licitação da parceria pode ser feita utilizando-se “elementos” do projeto básico de engenharia, não faz lógica a exigência de licença ambiental prévia, já que é condição para obtenção dessa licença o desenvolvimento do projeto básico de engenharia. Corolário disso é que, uma vez exigida a licença ambiental prévia como requisito para realizar-se a licitação, perder-se-ia a possibilidade de realizar licitação baseada em “elementos” do projeto básico, possibilidade crucial para aumentar a geração de eficiência. Por isso foi relevante que a Lei federal de PPP dispusesse essa faculdade de utilização, no processo licitatório, das diretrizes para o licenciamento ambiental (RIBEIRO, 2007, p. 268/269)

Não se pode esquecer, porém, de que, muitas vezes, o risco ambiental não pode ser medido por antecipação, já que, ao longo do empreendimento, podem

⁶¹ - Ver art. 10, VII da Lei nº 11.079/04.

surgir fatores não previstos, como a descoberta, no local da obra, de sítios arqueológicos e paleontológicos de grande impacto ambiental⁶². Esses fatores podem causar alterações no prazo para conclusão do empreendimento. Questões como essa devem ser reguladas nos instrumentos contratuais respectivos. A tarefa das partes será regulamentar, no contrato, o que possa vir a surgir, estabelecendo qual parceiro deverá suportar – e em que medida - os efeitos decorrentes do risco ambiental.

É levando em conta fatores inesperados como o descrito acima que se afirma que devem constar no contrato as regras para modificação desse instrumento, caso seja necessário. É preciso que o próprio contrato preveja uma solução para possíveis problemas. Uma prorrogação de prazo, por exemplo, resolveria a contento o problema exposto no parágrafo anterior.

3.7. A busca pela mitigação dos riscos regulatórios

Muito embora a Lei de Concessões não estabeleça, expressamente, a necessidade da divisão dos riscos entre as partes, tendo inclusive utilizado a infeliz expressão “por sua conta e risco” (art. 2º, II), e também muito embora não tenha deferido ao contrato a devida importância neste aspecto, a partir de uma visão sistemática da Lei nº 8.987/95, pode-se – e deve-se – defender a divisão dos riscos, inclusive os regulatórios, entre as partes e a importância de se estabelecê-la no contrato.

Isso é possível a partir do exposto pela Lei de Concessões acerca da necessidade de se conferir o maior grau de estabilidade possível à relação contratual que será firmada ao cabo dos amplos estudos prévios à realização da concessão. Ademais, e conforme Marcos Augusto Perez (2006, p. 145), pela leitura atenta das cláusulas essenciais do contrato de concessão enumeradas pela Lei nº 8.987/95, evidencia-se “a necessidade de a administração velar pela melhor

⁶² - “Não é desconhecida a história da construção de um gasoduto no centro-oeste brasileiro que teve a sua implementação retardada pela descoberta de cavernas de morcegos. Até que se encontrasse uma solução que, a um só tempo, preservasse o habitat da espécie e fosse compatível com o traçado do gasoduto, a obra sofreu um atraso considerável.” (PINTO, 2005.)

descrição dos riscos inerentes à atividade concedida, de sua divisão entre as partes e dos modos de solução das controvérsias eventualmente surgidas”.

Diferentemente da Lei de Concessões, as Leis de parcerias público-privadas, tanto no âmbito federal quanto no âmbito mineiro, atentas à necessidade de atração do investidor e da demonstração da viabilidade econômico-financeira de projetos dessa natureza, expressamente estabeleceram a divisão dos riscos entre as partes, entre os quais estão os riscos regulatórios.

Essa difícil e complexa tarefa da divisão dos riscos, entretanto, não foi estabelecida de antemão pelas referidas leis, mas foi deferida ao respectivo contrato de parceria público-privada. Evidenciou-se, assim, que os legisladores, ao deferirem ao contrato a solução dessas questões, levaram em consideração que cada contrato possui aspectos próprios que o diferem substancialmente de outros, não havendo como padronizá-los.

Assim, a divisão dos riscos regulatórios, como a de todos os outros, cabe aos contratantes, o que significa dizer que é muito importante que os parceiros dediquem tempo, muito trabalho e criatividade ao estabelecerem os parâmetros que hão de reger a atuação das agências reguladoras.

Se o contrato distribui de forma eficaz os riscos entre as partes, atribuindo a cada qual a obrigação de assumir as conseqüências de determinadas ocorrências futuras, os contratantes sentem-se incentivados a adotar providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas, e até mesmo evitar as conseqüências dos riscos que lhes cabem suportar, através da contratação de seguros, por exemplo.

Aliás, os contratos de seguro (de garantia, de risco de engenharia, de risco operacional, o seguro de transporte de materiais e equipamentos, etc.) assumem importância ímpar em projetos como os de PPPs, que têm prazo longo e passam por vários tipos de governos. O seguro privado eleva a nota de risco de crédito desses projetos, atraindo investimento direto e também financiamento mais barato, além de reduzir a dependência do setor de infra-estrutura do fundo garantidor das PPPs. O custo destes contratos de seguro é alto, já que os riscos das seguradoras são

complexos nos projetos de PPPs por envolver empresas e órgãos de diferentes setores, inclusive do público, e requerer profundo conhecimento da nova legislação⁶³.

Na tarefa de compartilhamento de riscos, é preciso encontrar o mais eficiente sistema de alocar tais riscos entre as partes, isto é, “(...) a partição de riscos que maximiza para elas a utilidade da contratação” (RIBEIRO, 2007, p.117). Para tanto, deve-se atribuir a cada contratante os riscos que melhor podem gerenciar, já que

(...) quanto melhor a capacidade de gerenciamento de um risco por uma dada parte (por exemplo, quanto mais ela puder reduzir a probabilidade de ocorrência de um evento gravoso, ou quão maior for sua capacidade de suportar as conseqüências desse tipo de evento), menor o valor a ser cobrado por ela para assumi-lo (RIBEIRO, 2007, p.117)

O planejamento e os estudos técnicos e econômicos realizados na fase licitatória são de grande valia no estabelecimento das cláusulas contratuais ou regulamentares, evidenciando quais os riscos daquela contratação, como se encontram divididos e quais os mecanismos previstos para a melhor solução das controvérsias que eventualmente ocorrerão em razão dos riscos assumidos. Tudo com vistas a mitigar os riscos da contratação, já que, quanto mais detalhadas forem as especificações contratuais sobre os riscos do empreendimento e a solução dos problemas deles advindos, menores serão os riscos efetivos da contratação, tendendo-se à maior estabilidade da concessão e, conseqüentemente, a menores custos de transferência.

Sabe-se que um projeto da natureza dos pretendidos pelas Parcerias Público-Privadas exige o estabelecimento de uma nada simples cadeia contratual, capitaneada pelo contrato principal, de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Desse contrato ou em relação a esse, pois, outros contratos irão ser

⁶³ - Em contratos de seguro deste porte, há, geralmente, a necessidade da seguradora de transferir parte dos riscos para outra instituição, através do resseguro, que se traduz na operação de que se vale um ou mais seguradores para transferir à outra seguradora (resseguradora) o excesso de responsabilidade que ultrapassa o limite de sua capacidade econômica de indenizar. São aspectos que levam a seguradora a buscar o resseguro, dentre outros: a necessidade de conquistar mercado,

criados e desenvolvidos no âmbito da parceria, tais como o contrato de construção na modalidade “chave na mão”⁶⁴, contratos de seguro, contratos de operação e manutenção, sem mencionar os contratos de financiamento e aqueles que objetivam garantias que assegurem a amortização dos financiamentos e outras modalidades de aporte de recursos ao projeto, sejam essas garantias outorgadas pelos patrocinadores dos projetos, sejam cessão de direitos sobre garantias de desempenho pelo parceiro público.

Todos esses contratos estão relacionados e envolvem, no todo ou em parte, os mesmos signatários, motivo pelo qual muitos deles só terão sua negociação concluída após a efetivação de outros contratos que com eles se relacionam. Por isso, é fundamental que haja uma compatibilização entre o tratamento dado a cada evento ou série de eventos em cada um desses contratos, harmonizando-se as respectivas disposições contratuais. Os contratos devem estar alinhados quanto à solução ajustada para cada risco ou problema.

A harmonização da cadeia contratual em projetos de parceria, apesar de ser tarefa extenuante, representa um benefício enorme para o projeto com um todo, pois evita, na medida do possível, o surgimento de situações para as quais as partes deixaram de contemplar regras de solução.

Enfim, a mitigação dos riscos regulatórios é alcançada por intermédio de um contrato de parceria público-privada feito com perspicácia, levando-se em conta as especificidades daquela parceria, bem detalhado quanto a que parte cabe suportar os possíveis tipos de riscos regulatórios e como resolvê-los.

ou seja, gerar capacidade operacional para alavancar seus negócios; a necessidade de garantia para seu negócio.

⁶⁴ - Contratos “chave na mão” são os que cobrem obras complexas, em que apenas um empreiteiro é responsável pela conclusão de todo o trabalho, incluindo projeto, aquisição de equipamentos e construção, considerando-se que a entrega se dá apenas quando a obra está pronta para funcionar.

3.8. Conclusões Parciais

Pretendeu-se neste capítulo demonstrar de que forma a regulação constitui-se um risco considerável nos contratos de parceria público-privada *lato sensu*. Em função desse risco, aumenta-se o custo do contrato, o que reflete nas tarifas finais e na própria disponibilidade e acesso aos serviços.

Assim, demonstrou-se de que forma e por quais motivos pode ocorrer o fenômeno da “captura” das agências reguladoras, envolvendo todos os atores envolvidos na parceria público-privada, e como configura esse fenômeno o mais importante dos riscos regulatórios.

Ao lado do risco da “captura”, está o risco ambiental, importante modalidade do risco regulatório, já que afeto aos constantes e crescentes regulamentos para outorga das permissões e licenciamentos ambientais, frente à preocupação cada vez maior do impacto que os projetos de infra-estrutura podem causar ao meio ambiente.

O possível conflito de competência entre órgãos responsáveis pela concorrência e as agências reguladoras, no campo dos serviços públicos, também se traduz em um risco regulatório, pois a segurança do investidor diminui diante da incerteza da competência de qual órgão deve regular nesse campo.

Existem, ainda, os riscos regulatórios advindos da ineficiência das agências reguladoras, de que são exemplos a falta de método para regular, a falta de competência dos agentes reguladores, a falta de submissão da agência a uma política regulatória eficaz e constante, com marcos regulatórios bem definidos. Tais riscos tendem à diminuição à medida que as agências reguladoras se mostrem consistentes em matéria de política pública, conhecimentos e experiências específicas; tenham habilidade de solucionar problemas e capacidade de proteger interesses difusos, mantendo-se a neutralidade e zelando pela publicidade e motivação técnica de suas decisões; demonstrem profissionalismo e evidenciem uma definição clara de suas características centrais, de seus objetivos e funções, de seus métodos e dos limites de atuação. Assim, e somente assim, as agências

reguladoras manterão sua independência e terão credibilidade e autoridade perante a sociedade, as empresas e o governo.

Foi tema deste capítulo também a demonstração de como as Leis de Concessão e das Parcerias Público-Privadas em estudo tratam os riscos regulatórios e o que as diferencia neste aspecto, restando clara a importância ímpar do contrato nas parcerias, na busca pela mitigação dos riscos regulatórios.

CONCLUSÕES

O objetivo a que nos propusemos importava em um estudo sistematizado acerca dos riscos regulatórios nas Parcerias Público-Privadas *lato sensu*, englobando as diversas modalidades que tais riscos assumem, suas implicações, as possíveis formas de mitigá-los, tendo como pano de fundo as recentes Leis das Parcerias Público-Privadas - Lei Federal nº 11.079/04 e Lei Mineira nº 14.868/03 - e a Lei de Concessões nº 8.987/95, apontando-se diferenças entre esta e aquelas.

Neste propósito, foram apresentados, no primeiro capítulo e somente para os fins do presente estudo, diferentes tipos de parcerias existentes entre o Estado e o particular - as concessões, as permissões e as parcerias público-privadas *stricto sensu* - e as Leis que as regem. Procuramos demonstrar que, até o advento das parcerias público-privadas *stricto sensu*, todas as outras formas de parceria haviam falhado como instrumentos que possibilitassem a atração do parceiro privado para firmar contratos cujo objeto sejam investimentos em infra-estruturas, imprescindíveis ao crescimento do Estado brasileiro. Visou-se, assim, à compreensão do conceito e da importância, no contexto atual, das parcerias público-privadas *stricto sensu* no Brasil. Diante disso, foram analisadas sucintamente as Leis federal e mineira acerca das parcerias público-privadas, destacando-se o porquê da análise da legislação mineira: ter sido essa a pioneira no país.

O segundo capítulo foi dedicado ao estudo acerca dos riscos envolvidos nos contratos de parceria *lato sensu*, e para tanto, foram abordados conceitos e teorias econômicas, como a teoria dos custos da transação, a relação *agent x principal*, os comportamentos oportunistas que desembocam no Dilema da Ação Coletiva – tudo com vistas à compreensão da maneira pela qual podem os riscos ocorrer nas parcerias público-privadas *lato sensu*. A classificação que se fez dos riscos foi apenas de ordem didática: riscos econômicos e financeiros, riscos técnicos, riscos jurídicos, riscos políticos e de corrupção. Vislumbrou-se o tratamento dispensado a tais riscos pelas legislações em comento e as possíveis medidas a serem tomadas pelos contratantes com vistas à mitigação destes riscos. Ademais, verificou-se que os riscos no contrato de concessão tratados pela Lei nº 8.987/95 não podem figurar como responsabilidade apenas do concessionário, não obstante a expressão “por

sua conta e risco” do art. 2º, II, da referida Lei, que deve ser interpretada com cautela, não apenas adstrita às hipóteses simplistas da teoria das áleas ordinária e extraordinária.

A partir desse ponto, vimos, no terceiro capítulo, como a regulação torna-se um risco importante nas parcerias público-privadas, e entendemos as modalidades do risco regulatório: os riscos decorrentes da ineficiência das agências reguladoras; o risco da captura, que pode ocorrer por parte do parceiro privado, por parte dos consumidores e mesmo pelo poder político; o risco regulatório ambiental; o risco regulatório advindo do conflito de competência entre agências reguladoras e órgãos de proteção da concorrência. A partir daí, analisamos os aspectos referentes aos riscos regulatórios na Lei de Concessões, na Lei Federal nº 11.079/04 e na Lei Mineira nº 14.868/03 e vislumbramos o que pode ser feito na busca pela mitigação dos riscos regulatórios. Assim, uma vez visualizados todos esses aspectos do risco regulatório, veiculamos as cinco idéias centrais do estudo em questão:

- a) que a Lei Federal de parcerias público-privadas nº 11.079/04 e a Lei Mineira nº 14.868/03 configuram uma inovação legislativa frente ao tratamento dispensado aos riscos regulatórios, tendo em vista as legislações de parceria até então existentes, uma vez que previram expressamente a necessidade da divisão objetiva dos riscos entre as partes e de planejamento técnico e prévio da concessão. A citada lei federal estabelece a repartição objetiva de riscos entre as partes como uma diretriz na contratação de concessões patrocinadas ou administrativas.
- b) que o contrato de parceria público-privada assume importância ímpar no compartilhamento de riscos entre as partes, dentre eles os regulatórios, vez que as legislações da parceria público-privada deferiram ao contrato a função de estabelecer como se dará a divisão objetiva dos riscos entre as partes, de forma a reduzir, tanto quanto possível, as dúvidas sobre o assunto, exigindo-se, pois, projetos bem modelados e contratos bem escritos. Nesse sentido, a Lei federal nº 11.079/04 prevê a obrigatoriedade de cláusula contratual que disponha sobre a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Para cumprir essa

função com eficiência, o contrato deve procurar acometer, a cada uma das partes envolvidas, os riscos que melhor serão por ela gerenciados, bem como deve estabelecer, de antemão, como se resolverão os problemas advindos desses riscos. Entretanto, deve-se admitir que os contratos, assim como as leis, são por natureza incompletos, devido à racionalidade limitada dos agentes que os estipulam. E aqui os contratos de seguro assumem papel de relevo;

- c) que, muito embora a Lei de Concessões não responda satisfatoriamente aos anseios de redução de riscos do parceiro privado, deve ser a mesma interpretada com cautela diante da idéia de que a concessão se dá “por conta e risco do concessionário”, ou seja, os riscos da concessão devem ser divididos entre os contratantes em função das circunstâncias específicas de cada contratação;
- d) que, não obstante seja possível mitigar os riscos regulatórios, é difícil extirpá-los, quando se tratam de longos contratos de parceria. Evitar-se o risco da captura, em todas as suas formas, assume grande importância, se se quer manter a equidistância entre o órgão regulador e os três atores envolvidos na atividade regulatória. Para tanto, e também visando à minimização dos outros riscos regulatórios aqui abordados, o foco está na manutenção da independência das agências reguladoras, o que envolve a importância da especialidade; da autonomia gerencial, econômico-financeira, informacional; do melhor quadro de dirigentes; de uma atuação que respeite seus limites e competências legais; de um controle eficaz, não apenas por parte da própria agência e dos atores envolvidos no processo, mas de toda a sociedade, sendo asseguradas a publicidade e a motivação técnica de suas decisões, - enfim, da submissão e respeito à política pública regulatória e aos marcos regulatórios claros e bem definidos que direcionam sua atuação;
- e) especificamente quanto aos riscos regulatórios ambientais, tratou a Lei Federal de parcerias público-privadas de mitigá-los, trazendo duas inovações: a primeira refere-se ao condicionamento da abertura da licitação à exigência da licença prévia ambiental ou das diretrizes para o licenciamento ambiental, o que pretende fazer com que a Administração Pública realize planejamentos sobre como lidar com os impactos futuros do empreendimento, evitando-se a

paralisação do projeto em função de dificuldades no cumprimento das exigências ambientais. Já a segunda inovação diz respeito à possibilidade de se substituir, para efeito de realização da licitação, a licença prévia ambiental pelas diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento. Essa substituição torna possível a realização de licitação baseada em “elementos” do projeto básico de engenharia.

Diante disso, queremos acreditar que o esforço feito ao longo deste trabalho atingiu o objetivo proposto de apresentar um estudo sobre os riscos regulatórios em parcerias público-privadas, na medida em que trouxemos à tona vários aspectos acerca dos riscos regulatórios nas parcerias público-privadas e do tratamento que lhes dispensam as Leis de parceria *lato sensu*, e ainda do que pode ser feito no intuito de se prevenir a sua ocorrência ou amenizar seus efeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. Compartilhamento de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVII – Parcerias Público Privadas, p. 241-268. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

ALVES, Rubens Teixeira. *Uma visão geral dos programas de parceria pública*. PPP Advisory Services, 2003.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Reforma do Estado: uma necessidade? *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v.25, n.4, p.17-37, out/dez 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. (org.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2002.

_____ (org.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. *Legislação Administrativa* – Col. Saraiva de Legislação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 22 de

novembro de 2005. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm> Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Texto publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004. MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas agências reguladoras, e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 21 de maio de 2004. *Legislação Administrativa – Col. Saraiva de Legislação*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis 5.655 de 20 de maio de 1971, 8.631 de 4 de março de 1993, 9.074 de 7 de julho de 1995, 9.427 de 26 de dezembro de 1996, 9.478 de 6 de agosto de 1997, 9.648 de 27 de maio de 1998, 9.991 de 24 de julho de 2000, 10.438 de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 16 de março de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 19 de julho de 2000. *Legislação Administrativa – Col. Saraiva de Legislação*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 13 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Texto publicado no Diário Oficial da União de 17 de julho de 1997. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm> Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Texto publicado no Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 8 de julho de 1995.

Edição extra e republicada no Diário Oficial da União de 28 de setembro de 1998. *Legislação Administrativa* – Col. Saraiva de Legislação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 14 de fevereiro de 1995 e republicado no Diário Oficial da União de 28 de setembro de 1998. *Legislação Administrativa* – Col. Saraiva de Legislação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 22 de junho de 1993 e republicado no Diário Oficial da União de 6 de julho de 1994. *Legislação Administrativa* – Col. Saraiva de Legislação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 12 de setembro de 1990 e retificado no Diário Oficial da União de 10 de janeiro de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 2 de setembro de 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Texto publicado no Diário Oficial da União de 17 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil e Constituição Federal*. Mini. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 19 de março de 2007.

BRASIL. Decreto nº 5.385, de 04 de março de 2005. Institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal e dá outras providências. Texto publicado no Diário Oficial da União de 07 de março de 2005. MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 2004. Texto disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2004/msg166-040412.htm Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.633, de 2003. Texto disponível em http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=146192 Acesso em 16.09.2007.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2760, de 2003. Texto disponível em <http://www.eduardovalverde.com.br/arquivos/PL%202760-03.doc> Acesso em 16.09.2007.

CIRNE LIMA, Rui. *Direito Administrativo e direito privado*. RDA n.26.

COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. RDA n. 209, 1997.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COASE, Ronald. *The nature of the firm*. *Economica*, [s.n.], 1937, p. 386-405.

DINIZ, Eli. Governabilidade, governance e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. *Revista do Serviço Público*. Brasília, Ano 47, v.120, nº2, p.5-21, maio/ago. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aspectos legais da concessão de serviços públicos. IN: SEMINÁRIO CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAMENTAÇÃO, 1996, Belo Horizonte. *Anais...* – Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, Escola de Governo, 1997.

_____, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____, *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, 211p.

FERREIRA, Caio Márcio Marini. Crise e reforma do Estado: uma questão de cidadania e valorização do servidor. *Revista do Serviço Público*. Brasília, Ano 47, v.120, nº3, p.5-33, set/dez 1996.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) *Economia industrial: fundamentos teóricos e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p.267-286.

GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. O fenômeno da captura das agências reguladoras: Federalização indevida de causas judiciais relacionadas aos setores

regulados. *Revista Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, n. 26, p.63-68, jul./set. 2004.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

GOMES. Marcos Eduardo Ruiz Coelho. Parceria Público-Privada. Breves comentários ao substitutivo do Projeto de Lei nº 2546/03, em trâmite na Câmara dos Deputados. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 388, 30 jul. 2004. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5510> > Acesso em 15 nov. 2004.

GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. Evaluating the risks of public private partnerships for infrastructure projects. *International Journal of Project Management*. Out. 1999. Disponível em < www.sciencedirect.com > Acesso em 29 set.2004.

HARADA, Kioshi. Parcerias Público-Privadas. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano VII, nº185, 30 set. 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____, *O Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman. Os programas PPPs. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano VII, nº185, 30 set. 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 14.869, de 16 de dezembro de 2003. Cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais. MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MINAS GERAIS. Decreto Estadual nº 43.702, de 16 de dezembro de 2003. Instala o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGPPP e dá outras providências. MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____, *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

MOURA, Marcelo Gameiro de. Agências regulatórias no Brasil: os casos dos setores de telecomunicações, eletricidade e petróleo/gás natural. *Revista do Serviço Público*, Brasília, Ano 53, v.120, n.2, p.81-115, abr/jun.2002.

MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NASSIF, Luís. Vinculação e Responsabilidade. *Folha Dinheiro*. São Paulo, 10 set. 2004.

_____. Mitos sobre a Parceria Público-Privada. *Folha Dinheiro*. São Paulo, 02 set. 2004.

NISKANEN, William A. *Bureaucracy and Representative Government*, [s.l.]: [s.n.]: 1971.

OLIVEIRA, Roberto Guena de (Coord.) *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: FIPE/USP, 2001, 100p. (Relatórios de pesquisa, 52)

PASIN, Jorge Antônio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de Parceria Público-Privada e sua aplicabilidade na Gestão de Infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.10, nº 20. P. 173-196, dez. 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Forum, 2006.

PINTO, José Emílio Nunes. Parceria que promete: entre os grandes riscos das PPPs, o maior é o político. *Revista Consultor Jurídico*, 03/01/2005.

PRZEWORSKY, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 39-74.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIANI, Flávio. *Economia do setor público: uma abordagem introdutória*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O conceito de direito administrativo*. Belo Horizonte: mimeo, 1985.

SANTOS, Elsio Jeová dos. *O resgate*. Belo Horizonte: Armazém de idéias, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. *Entendendo as parcerias público-privadas*, 2004.

SIMON, Herbert A. *Models of bounded rationality*. Cambridge: The MIT Press, 1982, v.2.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Análise do Projeto das PPs. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano VII, nº185, 30 set. 2004.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (orgs.) *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M. *O direito de Parceria e a nova Lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO MESTRADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E APROVADA PELA COMISSÃO EXAMINADORA FORMADA PELOS SEGUINTESS PROFESSORES:

PROF. DR. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF
(ORIENTADOR)

PROF. DR. FRANCISCO MAURO DIAS
UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

PROFA. DRA. CARLA IZOLDA COSTA FIUZA MARSHALL
UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - UCAM

Rio de Janeiro, 16 de outubro de 2007.

Prof. Dr. JOSÉ RIBAS VIEIRA
Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)