

GABRIEL FERIANCIC

**ELEGIBILIDADE E ESTRUTURAÇÃO DE CONCESSÕES DE
SERVIÇOS E OBRAS DE TRANSPORTE COM O INSTITUTO
DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS**

Tese apresentada à Escola
Politécnica da Universidade de São
Paulo para obtenção do título de
Doutor em Engenharia

SÃO PAULO
2011

GABRIEL FERIANCIC

**ELEGIBILIDADE E ESTRUTURAÇÃO DE CONCESSÕES DE
SERVIÇOS E OBRAS DE TRANSPORTE COM O INSTITUTO
DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS**

Tese apresentada à Escola
Politécnica da Universidade de São
Paulo para obtenção do título de
Doutor em Engenharia

Área de Concentração:
Engenharia de Transportes

Orientador:
Prof. Dr. Jaime Waisman

SÃO PAULO
2011

Este exemplar foi revisado e alterado em relação à versão original, sob responsabilidade única do autor e com a anuência de seu orientador.

São Paulo, 13 de janeiro de 2011.

Assinatura do autor _____

Assinatura do orientador _____

FICHA CATALOGRÁFICA

Feriancic, Gabriel

Elegibilidade e estruturação de concessões de serviços e obras de transporte com o instituto das parcerias público privadas / G. Feriancic. – ed. rev. - São Paulo, 2011.

267 p.

Tese (Doutorado) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Transportes.

**1. Parceria público-privada 2. Concessão de serviço público
3. Infra-estrutura de transportes 4. Contratos públicos I. Univer-
sidade de São Paulo. Escola Politécnica. Departamento de
Engenharia de Transportes II. t.**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Stanislav e Marisa, à minha esposa Priscila e à minha irmã Carolina.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Jaime Waisman, pela orientação e apoio durante o desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores Floriano P. de Azevedo Marques Neto e Josef Barat, pela orientação na etapa de qualificação, e aos demais professores da banca final de avaliação, Jurandir Fernando R. Fernandes e Dario Rais Lopes.

A todos os professores do Departamento de Engenharia de Transportes, em nome do coordenador do programa de pós-graduação e amigo, professor Cláudio Barbieri da Cunha.

Aos colegas de trabalho, amigos e à família pelo estímulo e compreensão.

RESUMO

Esta tese teve como objetivo propor métodos para avaliar a elegibilidade dos modelos de concessão para projetos de infraestrutura e serviços públicos de transporte, bem como fundamentar uma teoria de estruturação desses tipos de contrato. Inicialmente o trabalho apresenta o contexto e os efeitos do surgimento de novas modalidades de concessão com a introdução da Lei de Parcerias Público-Privadas no Brasil. Investigou-se, em seguida, o estado da arte na teoria de estudos de valor das concessões, dos instrumentos de qualidade e das formas de divisão de obrigações e riscos entre o setor público e a iniciativa privada. As previsões legais vigentes para contratos administrativos dessa natureza foram também apontadas e explicadas. O núcleo da pesquisa teve como objetivo extrair o conhecimento empírico adquirido pela Administração Pública em quatro projetos selecionados de concessões em transporte. Foram analisadas as razões dentro de cada modelo desenvolvido e estabelecida uma crítica sobre as decisões de estruturação e resultados obtidos em cada empreendimento. O quadro geral das ferramentas aplicadas e a síntese da avaliação dos projetos foram desenvolvidos a partir dos estudos, com objetivo de traçar sugestões relevantes para o aprimoramento das concessões de serviços e obras de transporte no Brasil. Para o desenvolvimento completo da estrutura da concessão, foram propostos métodos de investigação das obrigações a serem transferidas ao parceiro privado, de repartição dos riscos e de utilização de mecanismos de controle de qualidade dos serviços e obras fornecidos. Entre as principais conclusões, evidenciou-se a urgência da aplicação de métodos de análise de valor das concessões durante os estudos prévios, tanto para avaliar as alternativas de estrutura dos modelos de outorga, como também comparar com o empreendimento realizado diretamente pelo Poder Público.

Palavras-chaves: Parceria público-privada. Concessão de serviço público. Infraestrutura de transportes. Contratos públicos.

ABSTRACT

This thesis aimed to propose methods for assessing the eligibility of concession models for infrastructure and public transport services, and support a theory of structuring these kind of contracts. Initially, the research presented the context and purposes of concession modalities newly introduced by the Brazilian Law of Public-Private Partnerships. It was investigated the state of the art on the theory about concessions evaluation, quality instruments and forms of splitting obligations and risks between the public and private initiative. The existing legal frame for this nature of public contracts were also mentioned and explained. The main objective of the research was to extract the empirical knowledge acquired by the Public Administration in four selected transport concession projects. It were analyzed the reasons within each established model. It was developed some critique about the decisions on structuring and the obtained results on each endeavor. From these studies, it were developed the overall framework of the applied tools and the evaluation summary of the projects, aiming to outline relevant suggestions for the improvement of the concessions for transportation services in Brazil. For the full development of concessions structures, it were proposed methods of investigation about obligations to be transferred to the private partner, share the risk and use of mechanisms for quality control of works and services provided. Among the key conclusions, the study showed up the urgency of the application of concession evaluation methods during the precedent studies, both to assess the alternatives structures of models for concession, as well as to compare with the business conducted directly by the Government.

Keywords: Public private partnership. Public service concessions. Transportation infrastructure. Public contracts.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Parcerias em Vários Países	15
Quadro 2 – Tipologia de Riscos em Parcerias	85
Quadro 3 – Investimentos na Linha 4 – Amarela – Modelo de Concessão	142
Quadro 4 – Principais Desembolsos da Concessionária - Rodoanel Oeste	167
Quadro 5 – Análise dos Desembolsos - Rodoanel Oeste	186
Quadro 6 – Custos de Investimentos do TAV Rio de Janeiro – Campinas	208
Quadro 7 – Modelagem Financeira dos Investimentos do TAV Rio de Janeiro - Campinas	211
Quadro 8 – Resumo de Obrigações Transferidas às Concessionárias nos Projetos Selecionados	240
Quadro 9 – Resumo da Repartição de Riscos nos Projetos Selecionados	243
Quadro 10 – Resumo dos Instrumentos de Qualidade dos Projetos Selecionados...	247
Quadro 11 – Resumo dos Estudos Prévios e Situação dos Projetos Selecionados..	250

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Análise <i>Value for Money</i>	80
Figura 2 – Relação da Concessionária da Linha 4 com órgãos do GESP	138
Figura 3 – Riscos e Mitigação por Faixas de Variação da Demanda da Linha 4	157
Figura 4 – Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste	164
Figura 5 – Traçado proposto para o TAV Rio de Janeiro Campinas	208

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ARTESP	Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo
BLT	Build, Lease and Transfer
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BOO	<i>Build, Own and Operate</i>
BOOT	<i>Build, Own, Operate and Transfer</i>
BOT	<i>Build, Operate and Transfer</i>
BTO	<i>Build, Transfer and Operate</i>
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CMSP	Companhia do Metropolitano de São Paulo
CPP	Companhia Paulista de Parcerias
CPTM	Companhia Paulista de Trens Metropolitanos
DBFO	Design, Build, Finance and Operate
DER-SP	Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo
EBRD	<i>European Bank for Reconstruction and Development</i>
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
EIB	<i>European Investment Bank</i>
EMTU-SP	Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo
FIDC	Fundos de Investimento em Direitos Creditórios
GESP	Governo do Estado de São Paulo
GF	Governo Federal do Brasil
HCM	<i>The Highway Capacity Manual</i>
IADB	<i>Inter-American Development Bank</i>
IPC	Índice de Preços ao Consumidor
IPCA	Índice de Preços ao Consumidor Amplo
IGP-M	Índice Geral de Preços de Mercado
LI	Licença Ambiental de Instalação
LO	Licença Ambiental de Operação
LP	Licença Ambiental Prévia
MKBF	<i>Mean Kilometer Between Failure</i>

MTRF	<i>Mean Time to Repair Failures</i>
PPP	Parceria Público-Privada
PSC	<i>Public Sector Comparator</i>
PPC	<i>Public-Private Comparator</i>
RFFSA	Rede Ferroviária Federal S.A.
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e de Custódia
SPE	Sociedade de Propósito Específico
TAV	Trem de Alta Velocidade
TCU	Tribunal de Contas da União
TI	Tecnologia da Informação
TUE	Trem Unidade Elétrico
UE	União Européia
VFM	<i>Value for Money</i>
VPL	Valor Presente Líquido

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
1.1 Apresentação.....	1
1.2 Justificativa.....	2
1.2.1 A Importância das Parcerias em Infraestrutura e Serviços de Transporte....	2
1.2.2 Introdução das PPP no Brasil e os Desafios Recorrentes	4
1.2.3 A Questão da Elegibilidade e Estruturação de Concessões dos Projetos de Transporte.....	5
1.3 Metodologia e Desenvolvimento do Trabalho	7
2 SURGIMENTO DAS PARCERIAS EM SERVIÇOS E OBRAS PÚBLICAS DE TRANSPORTE.....	9
2.1 Motivação Econômica dos Contratos de Parcerias	10
2.2 Estágio dos Modelos de Parcerias no Mundo	14
2.3 Histórico das Parcerias na Implantação das Ferrovias no Brasil.....	22
2.4 As Concessões como Mecanismos de Desenvolvimento no Brasil	27
2.5 A Necessidade de Estruturação das Parcerias Público-Privadas	31
2.6 Tipos de Serviços e Obras Públicas de Transporte.....	34
3 NORMAS LEGAIS DE PARCERIAS NO BRASIL	37
3.1 O Conceito Amplo de Parceria.....	38
3.2 A Descentralização por Colaboração através de Parcerias	40
3.3 A Importância das Concessões no Tamanho do Estado	43
3.4 Contexto do Surgimento das Parcerias Público-Privadas (PPP)	47
3.5 As Diferentes Formas de Parcerias	51
4 DIVISÃO DE RESPONSABILIDADES DE CONCESSÕES EM SERVIÇOS E OBRAS PÚBLICAS DE TRANSPORTE	56
4.1 Objetivos e Condicionantes do Compartilhamento de Responsabilidades ...	57
4.1.1 Qualidade nas Concessões de Transporte.....	57
4.1.1.1 Aspectos de Qualidade em Obras, Equipamentos e Sistemas.....	57
4.1.1.2 Aspectos de Qualidade em Serviços Públicos de Transporte.....	59
4.1.1.3 Qualidade nas Concessões de Serviços e Obras de Transporte.....	69
4.1.2 Análise de Valor das Concessões	71
4.1.2.1 Elaboração do Public Sector Comparator	77
4.1.3 Riscos e Qualidade dos Contratos das Parcerias.....	81

4.1.4 Legalidade e Requisitos Formais	89
4.1.4.1 <i>Concessão Comum</i>	90
4.1.4.2 <i>Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa</i>	95
4.2 Formas de Compartilhamento de Responsabilidades.....	104
4.2.1 Transferência de Obrigações ao Parceiro Privado	104
4.2.1.1 <i>Projetar</i>	105
4.2.1.2 <i>Financiar</i>	107
4.2.1.3 <i>Construir</i>	108
4.2.1.4 <i>Reabilitar</i>	108
4.2.1.5 <i>Arrendar</i>	109
4.2.1.6 <i>Ampliar</i>	110
4.2.1.7 <i>Operar</i>	111
4.2.1.8 <i>Manter</i>	112
4.2.1.9 <i>Transferir</i>	112
4.2.1.10 <i>Possuir</i>	113
4.2.2 Divisão de Riscos.....	114
4.2.2.1 <i>Riscos de Localização e Entorno</i>	116
4.2.2.2 <i>Riscos de Projeto e Construção</i>	118
4.2.2.3 <i>Riscos de Operação</i>	120
4.2.2.4 <i>Riscos de Receita</i>	123
4.2.2.5 <i>Riscos Financeiros</i>	125
4.2.2.6 <i>Riscos de Caso Fortuito e Força Maior</i>	127
4.2.2.7 <i>Riscos sobre os Ativos</i>	128
4.2.2.8 <i>Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato</i>	129
4.2.2.9 <i>Riscos Institucionais, Legais e Políticos</i>	130
4.3 Proposta do Método para Modelagem de Concessões em Transportes	132
5 ANÁLISE DA DIVISÃO DE RESPONSABILIDADES EM PROJETOS	
SELECIONADOS DE TRANSPORTE NO BRASIL	135
5.1 Concessão Patrocinada da Linha 4 do Metrô-SP (2006)	137
5.1.1 <i>Apresentação do Projeto</i>	137
5.1.2 <i>Transferência de Obrigações</i>	139
5.1.2.1 <i>Projetar</i>	139
5.1.2.2 <i>Financiar</i>	139
5.1.2.3 <i>Construir / Fornecer</i>	140
5.1.2.4 <i>Ampliar</i>	142

5.1.2.5 Operar	142
5.1.2.6 Manter	143
5.1.2.7 Transferir	143
5.1.3 Instrumentos de Qualidade	144
5.1.3.1 Qualidade de projeto	145
5.1.3.2 Garantia de fornecimento	146
5.1.3.3 Eficiência nos investimentos	146
5.1.3.4 Eficiência nos serviços	146
5.1.3.5 Qualidade dos bens	147
5.1.3.6 Qualidade dos serviços	147
5.1.3.7 Oferta de serviços	148
5.1.3.8 Qualidade ambiental	148
5.1.3.9 Segurança	148
5.1.3.10 Manutenção	149
5.1.3.11 Atualidade	150
5.1.3.12 Modicidade tarifária	150
5.1.3.13 Equilíbrio econômico-financeiro	151
5.1.3.14 Qualidade na reversão dos bens	152
5.1.3.15 Igualdade	152
5.1.3.16 Continuidade	153
5.1.3.17 Universalidade	153
5.1.4 Divisão de Riscos	153
5.1.4.1 Riscos de Localização e Entorno	154
5.1.4.2 Riscos de Projeto e Construção	154
5.1.4.3 Riscos de Operação	155
5.1.4.4 Riscos de Receita	155
5.1.4.5 Riscos Financeiros	157
5.1.4.6 Riscos de Caso Fortuito e Força Maior	158
5.1.4.7 Riscos sobre os Ativos	159
5.1.4.8 Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato	159
5.1.4.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos	159
5.1.5 Análise dos Resultados	160
5.1.5.1 Estágio da concessão	160
5.1.5.2 Legalidade e atendimento aos requisitos formais	160
5.1.5.3 Análise de Valor da Concessão	162
5.2 Concessão Comum do Rodoanel Oeste (2008)	164

5.2.1 Apresentação do Projeto	164
5.2.2 Transferência de Obrigações	166
5.2.2.1 <i>Projetar</i>	166
5.2.2.2 <i>Financiar</i>	166
5.2.2.3 <i>Arrendar</i>	166
5.2.2.4 <i>Ampliar</i>	168
5.2.2.5 <i>Operar</i>	168
5.2.2.6 <i>Manter</i>	169
5.2.2.7 <i>Transferir</i>	170
5.2.3 Instrumentos de Qualidade	170
5.2.3.1 <i>Qualidade de projeto</i>	171
5.2.3.2 <i>Garantia de fornecimento</i>	172
5.2.3.3 <i>Eficiência nos investimentos</i>	172
5.2.3.4 <i>Eficiência nos serviços</i>	173
5.2.3.5 <i>Qualidade dos bens</i>	173
5.2.3.6 <i>Qualidade dos serviços</i>	173
5.2.3.7 <i>Oferta de serviços</i>	174
5.2.3.8 <i>Qualidade ambiental</i>	174
5.2.3.9 <i>Segurança</i>	175
5.2.3.10 <i>Manutenção</i>	175
5.2.3.11 <i>Atualidade</i>	176
5.2.3.12 <i>Modicidade tarifária</i>	176
5.2.3.13 <i>Equilíbrio econômico-financeiro</i>	177
5.2.3.14 <i>Qualidade na reversão dos bens</i>	178
5.2.3.15 <i>Igualdade</i>	178
5.2.3.16 <i>Continuidade</i>	179
5.2.3.17 <i>Universalidade</i>	179
5.2.4 Divisão de Riscos	179
5.2.4.1 <i>Riscos de Localização e Entorno</i>	180
5.2.4.2 <i>Riscos de Projeto e Construção</i>	180
5.2.4.3 <i>Riscos de Operação</i>	180
5.2.4.4 <i>Riscos de Receita</i>	180
5.2.4.5 <i>Riscos Financeiros</i>	181
5.2.4.6 <i>Riscos de Caso Fortuito e Força Maior</i>	182
5.2.4.7 <i>Riscos sobre os Ativos</i>	182
5.2.4.8 <i>Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato</i>	183

5.2.4.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos.....	183
5.2.5 Análise dos Resultados.....	184
5.2.5.1 Estágio da concessão.....	184
5.2.5.2 Legalidade e atendimento aos requisitos formais.....	185
5.2.5.3 Análise de Valor da Concessão.....	185
5.3 Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 da CPTM (2009).....	189
5.3.1 Apresentação do Projeto.....	189
5.3.2 Transferência de Obrigações.....	190
5.3.2.1 Projetar.....	190
5.3.2.2 Financiar.....	190
5.3.2.3 Reabilitar.....	190
5.3.2.4 Ampliar.....	191
5.3.2.5 Manter.....	191
5.3.2.6 Transferir.....	191
5.3.3 Instrumentos de Qualidade.....	192
5.3.3.1 Qualidade de projeto.....	194
5.3.3.2 Garantia de fornecimento.....	194
5.3.3.3 Eficiência nos investimentos.....	194
5.3.3.4 Eficiência nos serviços.....	195
5.3.3.5 Qualidade dos bens.....	195
5.3.3.6 Qualidade dos serviços.....	195
5.3.3.7 Oferta de serviços.....	196
5.3.3.8 Qualidade ambiental.....	196
5.3.3.9 Segurança.....	196
5.3.3.10 Manutenção.....	197
5.3.3.11 Atualidade.....	197
5.3.3.12 Modicidade tarifária.....	198
5.3.3.13 Equilíbrio econômico-financeiro.....	198
5.3.3.14 Qualidade na reversão dos bens.....	199
5.3.3.15 Igualdade.....	199
5.3.3.16 Continuidade.....	199
5.3.3.17 Universalidade.....	199
5.3.4 Divisão de Riscos.....	200
5.3.4.1 Riscos de Localização e Entorno.....	200
5.3.4.2 Riscos de Projeto e Construção.....	200
5.3.4.3 Riscos de Operação.....	201

5.3.4.4 Riscos de Receita	201
5.3.4.5 Riscos Financeiros	201
5.3.4.6 Riscos de Caso Fortuito e Força Maior	203
5.3.4.7 Riscos sobre os Ativos	203
5.3.4.8 Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato	203
5.3.4.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos	204
5.3.5 Análise dos Resultados	204
5.3.5.1 Estágio da concessão	204
5.3.5.2 Legalidade e atendimento aos requisitos formais	204
5.3.5.3 Análise de Valor da Concessão	205
5.4 Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas (2010)	207
5.4.1 Apresentação do Projeto	207
5.4.2 Transferência de Obrigações	210
5.4.2.1 Projetar	210
5.4.2.2 Financiar	210
5.4.2.3 Construir / Fornecer	212
5.4.2.4 Ampliar	213
5.4.2.5 Operar	213
5.4.2.6 Manter	213
5.4.2.7 Transferir	214
5.4.3 Instrumentos de Qualidade	214
5.4.3.1 Qualidade de projeto	216
5.4.3.2 Garantia de fornecimento	217
5.4.3.3 Eficiência nos investimentos	217
5.4.3.4 Eficiência nos serviços	218
5.4.3.5 Qualidade dos bens	218
5.4.3.6 Qualidade dos serviços	219
5.4.3.7 Oferta de serviços	219
5.4.3.8 Qualidade ambiental	220
5.4.3.9 Segurança	220
5.4.3.10 Manutenção	221
5.4.3.11 Atualidade	222
5.4.3.12 Modicidade tarifária	223
5.4.3.13 Equilíbrio econômico-financeiro	224
5.4.3.14 Qualidade na reversão dos bens	225
5.4.3.15 Igualdade	225

5.4.3.16 Continuidade	226
5.4.3.17 Universalidade.....	226
5.4.4 Divisão de Riscos.....	227
5.4.4.1 Riscos de Localização e Entorno	227
5.4.4.2 Riscos de Projeto e Construção.....	228
5.4.4.3 Riscos de Operação.....	229
5.4.4.4 Riscos de Receita	229
5.4.4.5 Riscos Financeiros.....	230
5.4.4.6 Riscos de Caso Fortuito e Força Maior.....	230
5.4.4.7 Riscos sobre os Ativos.....	231
5.4.4.8 Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato.....	231
5.4.4.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos.....	231
5.4.5 Análise dos Resultados	232
5.4.5.1 Estágio da concessão	232
5.4.5.2 Legalidade e atendimento aos requisitos formais.....	233
5.4.5.3 Análise de Valor da Concessão	235
5.5 Síntese dos Atributos dos Projetos Selecionados	239
5.5.1 Síntese da Transferência de Obrigações nos Projetos Selecionados.....	239
5.5.2 Síntese da Divisão de Riscos nos Projetos Selecionados.....	241
5.5.3 Síntese dos Instrumentos de Qualidade nos Projetos Selecionados.....	246
5.5.4 Síntese da Avaliação de Elegibilidade e Legalidade nos Projetos Selecionados	249
6 CONCLUSÕES	252
6.1 Alteração no Perfil dos Empreendimentos Públicos com a Lei de PPP.....	253
6.2 O Risco de Demanda em Concessões de Transporte	254
6.3 Estudo de Valor Acrescido pelo Modelo de Concessão	257
6.4 Estrutura das Parcerias e as Espécies de Concessão	259
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	261

1 INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação

O tema desta pesquisa pretende trazer à compreensão as Concessões de Serviços e Obras Públicas, avaliando as alternativas formas de estruturação de serviços e obras de transporte.

A instituição das Parcerias Público-Privadas em 2004 ampliou as modalidades de concessão através das quais a Administração Pública pode firmar parcerias com o setor privado em projetos de infraestrutura e de operação de serviços públicos. A infraestrutura de transporte e a operação de serviços de transporte coletivo foram, logo no início, alguns dos principais objetos dessa nova modalidade de contrato. Entre os diversos projetos possíveis, podem-se citar alguns exemplos:

- Implantação de infraestrutura de sistemas de transporte rodoviário, ferroviário ou hidroviário;
- Construção de estações, estacionamentos, oficinas ou pátios de sistemas de transporte;
- Fornecimento de material rodante ou sistemas de eletrificação, controle e monitoramento de sistemas de transporte;
- Manutenção de infraestrutura, sistemas e veículos de transporte;
- Operação de transporte coletivo de passageiros;
- Operação de instalações públicas logísticas.

Atualmente, qualquer um dos projetos listados acima é comumente idealizado através de uma parceria entre o setor público e a iniciativa privada. Mas o objetivo desta pesquisa é traçar uma análise mais profunda sobre as condições que tornam o modelo de delegação interessante aos projetos de transporte.

Este estudo visa propor uma forma sistematizada de estruturação desses projetos, em especial quanto à decisão sobre como deve ser determinada a divisão de

responsabilidades entre o Poder Concedente e a Concessionária, tanto no que se refere às obrigações, como em relação aos riscos assumidos.

Os métodos de análise aqui sugeridos servem como quadro conceitual para orientação das questões a serem respondidas no desenvolvimento de um modelo de parceria para um projeto na área de Transportes.

Da mesma forma, este ferramental teórico permite com que seja possível comparar o resultado de projetos já existentes e, assim, apoiar a avaliação crítica dos pontos positivos e negativos das soluções adotadas.

Nesta pesquisa foram eleitos quatro projetos de destacada relevância entre concessões de sistemas de transporte no País. Através da aplicação do método proposto, identificam-se parâmetros objetivos de qualidade em serviços e obras públicas que revelam as virtudes, as falhas e os desafios aos novos modelos.

O trabalho aqui desenvolvido pretende contribuir, portanto, com um quadro conceitual abrangente que permita auxiliar no aprimoramento das parcerias entre o Poder Público e o setor privado através do aprendizado com os projetos postos em prática.

1.2 Justificativa

1.2.1 A Importância das Parcerias em Infraestrutura e Serviços de Transporte

Segundo estimativas do Banco Mundial (The World Bank, 2003), em muitos países em desenvolvimento a população urbana cresce a uma taxa de 6% ao ano. O número de regiões urbanas com mais de 10 milhões de habitantes é esperado dobrar em uma geração, tornando o transporte um problema chave para a viabilidade das atividades nessas regiões. A taxa de motorização nas áreas urbanas tem crescimento elevado, chegando a atingir de 15% a 20% ao ano. Essa situação traz perspectivas de continuidade de formação de aglomerados urbanos com crescimento de congestionamentos de tráfego e poluição do ar, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil. O Banco Mundial (2003) define quatro diretrizes para a solução da mobilidade urbana:

O que se propõe é uma estratégia eclética. A estratégia inclui quatro formas de lidar com esses problemas, a saber: a) mudança estrutural; b) melhorias na eficiência operacional dos modos de transporte; c) mais ênfase nas intervenções para atender os pobres; e d) reforma institucional. (THE WORLD BANK, 2003)

A mudança estrutural relaciona-se com a descentralização da economia em relação aos grandes centros, em favor de médias cidades, e da coordenação entre o planejamento de transporte com políticas de uso do solo.

A eficiência operacional requer ações de melhoria do sistema viário, favorecendo seu aproveitamento ao transporte coletivo, de promoção do transporte não-motorizado, de melhoria da qualidade dos transportes coletivos sobre pneus, de implantação de sistemas de transporte de alta capacidade e de captação da participação do setor privado.

A focalização da estratégia sobre a população carente permite que seja reduzida a vulnerabilidade social, sendo demonstrado pelo trabalho (The World Bank, 2003) que existe clara correlação entre os problemas de transporte em regiões de baixa renda com problemas de qualidade ambiental, urbana e de segurança pública.

Por fim, as reformas institucionais devem permitir que os Governos se articulem para a alocação eficiente de recursos e o financiamento sustentável da infraestrutura e serviços públicos de transporte.

Entende-se que as concessões de serviços públicos à iniciativa privada são importante mecanismo nesse contexto, em especial na promoção dos objetivos de trazer maior eficiência às ações governamentais, permitir seu financiamento e melhorar a qualidade da infraestrutura e dos serviços disponíveis à população.

Especificamente no setor de transporte, os contratos de parcerias entre os setores público e privado são cada vez mais importantes, desempenhando papel fundamental em todo o mundo.

O Ministério de Obras Públicas, dos Transportes e da Habitação da França (2000) destaca a aplicação do modelo de Parcerias para obras de infraestrutura rodoviária, listando projetos na França, Portugal, Canadá, EUA, Hungria e África. Também é relatada a importância em projetos de sistemas de transporte coletivos, com referências a projetos na França, África, Suécia, Grécia e Grã-Bretanha.

Os empreendimentos portuários realizados através de parcerias com empresas privadas são também apresentados, incluindo um projeto específico na França. Por fim, os autores descrevem a implantação de terminais aeroportuários através de Parcerias, indicando casos no México, Costa do Marfim e Camboja.

1.2.2 Introdução das PPP no Brasil e os Desafios Recorrentes

O Governo Federal promulgou a Lei 11.079 em 30 de dezembro de 2004, instituindo a **Parceria Público-Privada (PPP)**. Os Estados também instituíram a regulamentação para esses projetos, como São Paulo, por sua Lei 11.688 de 19 de maio de 2004.

Esse modelo foi criado como um formato complementar ao de *concessão comum* (da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995). Assim, entende-se que, em essência, as *Parcerias Público-Privadas* ampliaram os possíveis formatos de *Concessão*.

Segundo Padovan (2005), ao analisar a Lei 11.079 de 2004, as parcerias público-privadas podem ser definidas como "contratos antecedidos por um processo licitatório especial, celebrado entre, de um lado, o Governo ou entes da Administração indireta e, de outro, sociedades privadas. Tais contratos estabelecem obrigações de administrar ou prestar serviços de interesse público nos quais os entes privados assumem a responsabilidade pelo financiamento e investimento". O autor acrescenta ainda que, segundo o conceito das Parcerias Público-Privadas, o retorno do investimento para o setor privado "ocorre no longo prazo basicamente através de pagamento pelo setor público ou por meio de exploração de atividade econômica subjacente."

É importante a contextualização, por outro lado, do panorama imediatamente anterior a essa legislação. Os projetos públicos de infraestrutura e prestação de serviços de interesse público eram regidos pela Lei 8.987 de 1995, que dispõe sobre as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos. Segundo Araújo, Costa Jr. e Almeida (2005), os contratos de *parceria público-privada* se diferenciam das *concessões comuns*, pois existem mais garantias ao setor privado no regime de PPP, tanto quantitativa quanto qualitativamente. Isso

permite que projetos não atrativos à iniciativa privada no formato anterior, possam se tornar atrativos no modelo de PPP.

Os desafios que se colocam na aplicação de PPPs residem, em parte, na diversidade de objetos e formatos desse modelo. Prudhomme (2000) ressalta isso, relatando que podem ser objeto de parcerias infraestrutura sem serviço, serviço sem infraestrutura ou infraestrutura e serviço. Quanto à forma, o autor cita alguns formatos usuais de parcerias no mundo, entre elas: contrato de serviço, contrato de gestão, arrendamento, concessão de sistema existente, B.O.T. (*build, operate and transfer* - construção, operação e reversão).

A nova legislação brasileira de Parcerias Público-Privadas se coloca, então, como instrumento de grande importância social. E a primeira motivação dessa modalidade de contrato é permitir que o Poder Público busque o financiamento de projetos no setor privado.

Assim, a correta compreensão dos efeitos da legislação sobre a gestão pública do transporte no Brasil, bem como a pesquisa pela eficiência das formas de aplicação desse modelo, é de grande importância para a sociedade.

1.2.3 A Questão da Elegibilidade e Estruturação de Concessões dos Projetos de Transporte

Mesmo que os serviços e obras públicas atinjam, além do transporte, outras áreas importantes como água, saneamento e energia, as questões levantadas são particulares de cada setor.

Assim, o corte do objeto proposto na pesquisa abrange projetos de obras e serviços públicos de transporte. Para a análise das obrigações e riscos que envolvem cada projeto, é então indispensável a Engenharia de Transportes como instrumento teórico.

A primeira questão tratada por esta pesquisa é em relação à elegibilidade da parceria com o setor privado para cada tipo de projeto, em especial na forma de Concessão Comum ou de uma Parceria Público-Privada.

Passo seguinte, dada a intenção de se estabelecer a uma parceria com o setor privado, a segunda questão é quais as **divisões de obrigações e riscos** a serem estabelecidos, identificando qual a modalidade de concessão mais apropriada que se apresenta em cada situação.

Mesmo após alguns anos, desde a implantação da Lei em 2004, pouco se tratou na academia deste assunto sob a ótica de avaliar os resultados dos projetos concebidos. Isto porque a maioria deles não foi efetivamente licitada ou entrou em fase operacional, o que suscita a questão das causas para esses insucessos.

O avanço desta pesquisa, analisando o surgimento e as possibilidades do modelo de Concessão envolvendo Parcerias Público-Privadas, permanece com foco principal sobre os aspectos de eficiência e qualidade dos projetos sob a ótica da Engenharia de Transporte. Mas o trabalho, no entanto, também precisa buscar subsídios na Economia e no Direito Administrativo.

A teoria econômica permite avaliar a elegibilidade do modelo de concessão, em relação ao projeto realizado diretamente pelo setor público e a viabilidade econômico-financeira da participação privada. Além disso, o conceito de eficiência econômica permite avaliar as melhores escolhas na repartição de riscos envolvidos nos empreendimentos.

O entendimento jurídico toma-se também importante, pois são as leis vigentes que permitem a existência das parcerias do setor público com a iniciativa privada na promoção de serviços e obras públicas.

É a importância do respeito a esse arcabouço jurídico regulatório que traz a necessidade de seu entendimento na elaboração deste trabalho. Não é por outra razão que qualquer tentativa de simples adoção de um formato estrangeiro de contrato não será bem sucedida.

Portanto, a proposta de estudo da *Elegibilidade e Estruturação de Concessões de Serviços e Obras de Transporte com o Instituto das Parcerias Público Privadas* está estruturada em uma análise multidisciplinar e fundamentada em diversos projetos promovidos no Brasil.

1.3 Metodologia e Desenvolvimento do Trabalho

O Capítulo 2 , Surgimento das Parcerias em Serviços e Obras Públicas de Transporte, apresenta um levantamento bibliográfico e uma análise conceitual dos fundamentos das concessões comuns e das parcerias público-privadas. São explicados os fundamentos econômicos e levantados os modelos de Parcerias existentes no mundo, a extensão de uso dos modelos e traçada uma comparação com os modelos brasileiros.

Em seguida, são apresentadas as concessões como alternativa de desenvolvimento no Brasil, com especial destaque às Concessões de Serviços e Obras Públicas de Transportes.

A contratação de parcerias no Brasil é descrita no Capítulo 3 , Normas Legais de Parcerias no Brasil, com objetivo de estabelecer uma visão do Direito sobre as possibilidades, limites e exigências para a celebração de contratos de parceria pela Administração Pública, com especial enfoque aos modelos de concessão.

O Capítulo 4 , sobre a Divisão de Responsabilidades de Concessões em Serviços e Obras Públicas de Transporte, aprofunda a análise teórica dos objetivos e condicionantes para estruturação de projetos de concessão comum, patrocinada e administrativa.

São analisados diversos trabalhos acadêmicos nesta parte, com objetivo de compilar o estado da arte quanto aos aspectos de:

- Qualidade nas concessões de transporte;
- Análise de valor das concessões;
- Riscos e qualidade dos contratos das parcerias; e
- Legalidade e Requisitos Formais.

Em seguida, são levantadas as diferentes formas de compartilhamento de responsabilidades, tanto em relação às transferências de obrigações ao parceiro privado, quanto da divisão de riscos.

O item 4.3 encerra o Capítulo com a proposta do método de análise para a estruturação de parcerias em obras e serviços públicos de transporte, aí incluídas a

compilação sobre as divisões de obrigações, a repartição de riscos, instrumentos de qualidade e valor da concessão nos casos apresentados.

Alguns casos concretos permitem validar as propostas e conclusões desta pesquisa. Isso se desenvolve no Capítulo 5 , sobre a Análise da Divisão de Responsabilidades em Projetos Selecionados de Transporte no Brasil.

Foram escolhidos quatro projetos para integrar esta pesquisa:

- **Concessão Patrocinada da Linha 4 do Metrô-SP:** Concessão patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra, em 2006.
- **Concessão Comum do Rodoanel Oeste:** Concessão Onerosa do Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste, pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), em 2008..
- **Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 da CPTM:** Concessão Administrativa para a Prestação de Serviços de Manutenção Preventiva, Corretiva, Revisão Geral e a Modernização da Frota da Linha 8 – Diamante, pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), em 2009.
- **Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas (2010):** Concessão para Exploração de Serviços Públicos de Transporte Ferroviário por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, em 2010.

Após os estudos dos casos selecionados, são apresentadas, no mesmo Capítulo 5 , a síntese dos atributos dos projetos, com objetivo de consolidar o conhecimento estudado nesta pesquisa sobre as experiências prévias da Administração Pública.

As discussões, conclusões e recomendações desta tese são colocadas no Capítulo 6 . As Referências Bibliográficas, por fim, são listadas no Capítulo 7 .

2 SURGIMENTO DAS PARCERIAS EM SERVIÇOS E OBRAS PÚBLICAS DE TRANSPORTE

Neste capítulo demonstra-se o surgimento das parcerias entre os setores público e privado em projetos de infraestrutura e serviços. Desta descrição emergem os conceitos que justificam a adoção desse modelo e permitem a sua análise.

Na primeira etapa, o item 2.1 traz o fundamento econômico da análise institucional. A teoria econômica dos contratos é um importante marco teórico para a avaliação da divisão de responsabilidades nos contratos.

Em seguida, são apresentados os estágios atuais dos modelos de parcerias em diversos países do mundo, no item 2.2

As parcerias do Estado com a iniciativa privada teve importância muito sinuosa no decorrer da História do Brasil. Para perceber isso, um dos melhores exemplos é justamente o setor de transportes, no caso da implantação das ferrovias, desde o Império. O item 2.3 traz um resumo dessa trajetória histórica.

Em seguida, o item 2.4 traz um relato do cenário recente e mostra a grande diversidade de trabalhos que trazem a concessão de serviços e obras públicas como meio de desenvolvimento econômico e social.

Da mesma forma que são vistas como concessão, também urge que se desenvolvam métodos para a estruturação dessas modalidades de parcerias, apresentado no item 2.5 .

A estruturação de projetos que é tratada nesta tese é particularizada dentro da área de Transportes. Eles são conceituados e exemplificados no item 2.6 , que apresenta os diversos tipos de serviços e obras públicas de transporte.

2.1 Motivação Econômica dos Contratos de Parcerias

A teoria econômica *walrasiana*, proposta pelo matemático e economista francês Marie-Esprit-Léon Walras (1834-1910), baseava-se no conceito simplificado de firmas maximizadoras de lucro, cujo efeito de mercado poderia ser previsto através da *Teoria do Equilíbrio Geral*. Os resultados das trocas na formação de um equilíbrio de preços, atingindo os preços de mercado, eram obtidos pela diferença entre custos de insumos e receitas de produtos de cada firma. Entre os agentes econômicos não haveria, então, distinção no custo da ação de troca em si.

Com a publicação da obra *The Nature of the Firm* (1937), do economista inglês Ronald Coase (nascido em 1910, prêmio Nobel de Economia em 1991) foi utilizado, pela primeira vez, o conceito de **custo de transação**, como bem explicam Mei, Qiming e Xiaopeng, (2008):

Embora Coase não tenha dado uma identificação clara de custos de transação, e também nem se aprofundou nisso, o conceito de custo de transação tem sido amplamente utilizado em diferentes áreas para lidar com problemas reais. Tem também uma ampla cobertura [de significados], incluindo as taxas envolvidas em medir, identificar e oferecer condições comerciais, descobrindo bens de consumo e seus preços, a negociação, formação de contrato comercial, execução, auditoria, arbitragem e manutenção. (MEI, QIMING e XIAOPENG, 2008)

Os custos de transação, portanto, estão diretamente relacionados com os custos de celebração de contratos no mercado, que, conforme resume Marcelo Correia (2008), requerem:

- Procura por fornecedores;
- Especificação de serviços;
- Negociação dos termos contratuais;
- Monitoramento das partes;
- Penalidades contra o não cumprimento das obrigações.

Fernando Guimarães (2008) também apresenta em sua tese o raciocínio de Coase, com destaque à decisão que as firmas fazem a partir da análise dos custos de transação:

O economista [Ronald Coase] destacou a impossibilidade de se compreender o sistema econômico ignorando-se os custos suportados para levar a cabo transações no mercado. A firma, integrada e composta por um feixe de contratos, tende a internalizar ou externalizar as relações contratuais a partir de uma análise dos custos de transação. Isto é: o recurso à contratação através do mercado ou à produção internalizada (firma) não depende exclusivamente de uma análise acerca dos custos de produção, mas da consideração dos custos incidentes nas relações de troca. Se os custos de transação apresentam-se elevados, há uma tendência da firma em internalizar as relações contratuais. Reversamente, o agente optará pelas relações de mercado num contexto de custos de transação reduzidos. De acordo com o raciocínio coasiano, a redução dos custos de transação amplia a eficiência do mercado, facilitando o sistema de trocas. (GUIMARÃES, 2008, g.n.)

Para exemplificar o raciocínio, tome-se um dado processo ou produto cujo custo (ou preço) está muito bem difundido no mercado. Uma firma, que pode optar por realizar ou adquirir esse processo no mercado, irá comparar o seu custo interno com o melhor preço que puder obter no mercado somado ao custo de transação (p.e.: pesquisar os preços, realizar o contrato e os custos de fazer com que o contrato seja cumprido). Se os custos de transação forem elevados, as firmas vão escolher internalizar o processo. Se eles forem baixos, podem obter melhores resultados externalizando o processo com firmas mais eficientes.

No caso dos contratos Públicos fica claro que a Administração Pública pagará mais caro quanto maiores forem esses custos de transação.

A teoria de Ronald Coase avançou para uma análise dos resultados sociais que considera a modelagem dos contratos e de seus custos de transação.

Para isso, Coase definiu o direito de propriedade de forma genérica, incluindo bens e direitos. Isso aparece na famosa obra "The Problem of Social Cost" (1960), que sugere que direitos de propriedade bem definidos podem solucionar o problema das externalidades.

Um ingrediente indutor da redução dos custos transacionais está num sistema bem definido de direitos de propriedade. [...]. Este raciocínio celebrou, já numa outra abordagem do economista acerca dos *transaction costs*, o Teorema de Coase, pela afirmação de que, num ambiente em que os custos de transação sejam iguais a zero, a negociação privada promoverá uma alocação eficiente dos recursos, sendo então indiferente a alocação dos direitos de propriedade. Uma das advertências que decorreram da obra de Coase é, portanto, o reconhecimento de que a compreensão do sistema económico, ou a definição de políticas económicas, não pode prescindir do exame da temática dos custos de transação. (GUIMARÃES, 2008, g.n.)

Assim se firmam as análises institucionais e a Teoria do Contrato, através dos quais podem ser avaliados, por exemplo, os impactos do sistema legal na economia de mercado. A análise da negociação de contratos na formação de preços não se refere mais apenas aos bens de produção e consumo (como na teoria walrasiana), mas também a todos os direitos e deveres assumidos e os custos de criação dos contratos que os estabelecem.

No trabalho de Guimarães (2008), são apontados três causas principais para os custos de transação na formação de contrato:

(i) custos de redação do clausulado (custos de complexidade); (ii) custos de disciplina contratual; e (iii) contingências imprevistas. Aplicada ao contrato administrativo, a Economia dos Custos de Transação importa considerar, então, todo o conjunto dos custos relacionados à assinatura destes ajustes. Neste contexto, um dos principais fatores a influenciar os custos transacionais, e que se relaciona com a maximização da eficiência nas relações contratuais administrativas, está na segurança do ambiente institucional que circunda o contrato. (GUIMARÃES, 2008)

Por exemplo, em ambientes mal regulados ou desregulamentados, a falta de segurança jurídica pode elevar de forma geral os custos de transação e tornar o mercado menos eficiente.

Sob a ótica económica institucional, portanto, o resultado de uma parceria entre os setores público e privado não estará apenas ligado às obrigações assumidas e à remuneração prevista, mas também está diretamente relacionado com os custos de transação.

A valoração destes custos de transação será sempre advinda da avaliação que os empreendedores público e privado estabelecerão do impacto dos riscos pela assunção de determinadas responsabilidades.

A conclusão mais importante para a tese de todo esse fundamento teórico, está proposta por Ronald Coase (1937) no artigo *The Nature of the Firm*, no qual analisou que num ambiente que as firmas são livres para negociar os direitos inicialmente alocados a cada uma, qualquer que seja a distribuição inicial de direitos, teremos o resultado mais eficiente se a alocação inicial de direitos for para aquela que possuir os menores custos de transação respectivos.

Em outras palavras, segundo a visão *coasiana*, a solução mais eficiente é alocar responsabilidades para quem tiver maior capacidade de gerir.

Entre os trabalhos que investigam esse assunto, tanto Mei; Qiming e Xiaopeng, (2008), como Parker e Hartley (2002), fazem uma análise das Parcerias do ponto de vista da solução eficiente da divisão de responsabilidades entre os setores Público e Privado.

Para o sucesso do melhor controle de riscos, eles devem ser entregues para a parte que for mais capaz, que puder realizar a administração de risco mais eficaz com o menor custo. Por outro lado, a assunção dos riscos de Parceria deve iniciar-se com os objetivos do empreendimento e colocar grande ênfase na cooperação mútua. (MEI; QIMING; XIAOPENG, 2008)

A essência econômica de uma parceria entre o Estado e a iniciativa privada está, portanto, na possibilidade que o Poder Público tem de transferir algumas das obrigações e riscos envolvidos na execução de um determinado serviço público ou obra pública para uma entidade privada. O sucesso dessa parceria é obter uma divisão ótima, isto é, em que o setor privado forneça aqueles bens e serviços que produz de forma mais eficiente e que assuma os riscos que possa gerenciar de modo mais eficaz.

2.2 Estágio dos Modelos de Parcerias no Mundo

Darrin Grimsey e Mervyn K. Lewis (2005) realizaram uma listagem extensa do estágio das parcerias no mundo. O artigo desses autores procurou se aprofundar na questão se as parcerias, como modelo, realmente resultam em valor proporcional a seus dispêndios (*Value for Money* - VFM). Além de ampliar o foco para uma visão global, também buscam comparar a visão acadêmica com as práticas adotadas.

É importante ressaltar que o termo em inglês *Public-Private Partnership* é utilizado em sentido amplo, pois segundo Grimsey e Lewis (2005):

Dependendo do país, o termo pode cobrir uma variedade de transações nas quais é dado ao setor privado o direito de operar, por um determinado período, um serviço tradicionalmente sob responsabilidade única do setor público, variando de contratos de prazo relativamente curtos (com pouco ou nenhum investimento de capital), contratos de concessão (que podem englobar o projeto e fornecimento de bens de capital substanciais durante a prestação de uma gama de serviços e o financiamento de toda construção e operação), até sociedades nas quais há uma divisão de propriedade entre os setores público e privado. De modo geral, as parcerias preenchem um espaço entre os empreendimentos públicos contratados da forma tradicional e a privatização completa. (GRIMSEY; LEWIS, 2005)

Assim, o emprego do termo *Parcerias* é o mais correto para representar o conceito internacional, evitando que ocorra confusão com as modalidades brasileiras específicas previstas pela Lei 11.079/04 (ver *Capítulo 3*), chamadas de *Parcerias Público-Privadas*.

Grimsey e Lewis buscam verificar o uso de Parcerias nos diferentes países e avaliar criticamente a metodologia *Public Sector Comparator* (PSC). Este ferramental teórico será detalhado mais adiante¹, mas, em resumo, corresponde a análise comparativa da valoração do empreendimento caso fosse realizado diretamente pelo setor público em sua integralidade.

¹ Ver item 4.1.2.1, pág. 77.

A tabela a seguir é traduzida do trabalho original daqueles autores e permite ter uma idéia clara da alta difusão do conceito de parceria, do estágio das diferentes formas de parcerias no mundo e do uso das avaliações VFM e PSC.

Quadro 1 – Parcerias em Vários Países

País	Experiência com Parcerias
Argentina	Foi feito uso extensivo do modelo de concessão para a água, portos e ferrovias. Um contrato de concessão foi ganho em 1993 para <i>Aguas Argentinas</i> (liderado por <i>Lyonnaise des Eaux e Dumez</i>) para operar o abastecimento de água e saneamento da Grande Buenos Aires. Em comparação com a autoridade estatal, a eficiência do serviço e a qualidade da água melhorou, perdas não-contabilizadas e ligações clandestinas foram reduzida e as taxas sobre serviços água cortadas em 17 por cento. Os seis principais terminais no porto de Buenos foram adjudicados a empresas Concessionárias. Como alguns outros países latino-americanos (Brasil, Bolívia, Chile), o modelo de concessão foi utilizado para estradas de ferro, com cinco linhas, totalizando mais de 22,000 km entregues às Concessionárias. O VFM foi buscado através de licitação para prestar serviços de transporte ferroviário sobre ativos de propriedade do Governo. O sistema argentino foi o primeiro a exigir que empresas Concessionárias de cargas compartilhassem vias com os serviços de passageiros, e também o primeiro a usar ofertas negativas para subsidiar os serviços de passageiros suburbanos.
Áustria	Parcerias em contratação nos setores de saúde e transporte, incluindo o <i>Grazer Frast Terminal A&B</i> , financiado pelo <i>European Investment Bank</i> (EIB). Não foi utilizado o PSC, mas foi estabelecida uma Unidade de Parcerias para promover projetos.
Austrália	Projetos de parcerias são desenvolvidos em nível federal e estadual, com projetos em andamento em todos os estados, além de <i>Northern Territory</i> e da <i>Commonwealth</i> . <i>Victoria</i> é a área com mais projetos, seguida de <i>New South Wales</i> . Uma análise custo-benefício completa é feita antes de uma decisão de comprometer um projeto de infraestrutura. O VFM da parceria é confrontado com um PSC e é feito um teste de interesse público. Existem diferenças entre os estados em termos de acordo de riscos e do tratamento da taxa de desconto.
Bélgica	Projetos aeroportuários, de habitação social e de construção de estradas estão em contratação. O principal serviço público que tenha sido estruturado com uma real abordagem de parcerias o momento é o Tratamento de Águas Residuais <i>Brussels North</i> . O projeto foi contratado como um BOOT sem preparação ou análises VFM ou PSC.
Bulgária	O projeto de 15 anos de concessão do sistema de Água e Esgoto de Sofia, que alcançou um fechamento financeiro em outubro de 2000, é a principal concessão de infraestrutura municipal na Bulgária e é uma das primeiras concessões de água a ser financiada na Europa Oriental a título de recurso limitado, através de um <i>special purpose vehicle</i> .
Canadá	As parcerias incluem estradas, pontes, aeroportos, portos marítimos e portos, energia, instalações hospitalares, resíduos de instalações de água, habitação social e escolas. <i>Columbia Britânica</i> estabeleceu recentemente a <i>Partnerships BC</i> (como a <i>Partnerships UK</i> e a <i>Ontario Superbuild</i>) e é desenvolvida a abordagem PSC.
Croácia	A política do Governo é favorável à utilização de sistemas de BOT para o transporte (estrada pedagiada de <i>Istrian</i>), energia (projeto <i>Sugarje Lukovo</i>) e água (estação de tratamento de águas residuais de <i>Zagreb</i>). A nova legislação visa facilitar concessões.

País	Experiência com Parcerias
República Tcheca	<i>Joint ventures</i> realizadas entre instituições públicas e entidades privadas nos setores de energia, telecomunicações, água e tratamento de águas residuais, principalmente como resultado de privatizações. Projetos envolvendo rodovias têm sido rejeitados, com dois projetos BOT não realizados. Uma força-tarefa foi criada em 2000 para desenvolver Parcerias, a fim de terminar implantação da malha rodoviária.
Finlândia	A auto-estrada <i>Helsinki-Lahti</i> , concebida em 1995 e iniciada em 1997 é a primeira e maior Parceria na Finlândia, com a participação de capital do Reino Unido, Suécia e entidades locais. Um projeto-piloto de Parceria foi a construção de uma instituição educacional especializada em TI, mas o mercado não está desenvolvido.
França	A França tem uma longa tradição de cooperação público-privado (especialmente em setores como tratamento de água), utilizando a estrutura de concessão. Parcerias não são permitidas na área de infraestrutura social. O túnel Prado-Carriage, em Marselha, foi financiado através de pedagiamento. Três grandes projetos rodoviários foram lançados em Parcerias desde 2000 (Viaduto de Millau, A19 e A28) e projetos transfronteiriços, como a ligação de alta velocidade Perpignan-Figueras e a ligação de alta velocidade Lyon-Turim, que envolveram recursos de Parcerias. Como o envolvimento do setor privado tem sido através de concessões, os projetos contratados foram avaliados pelos valores de licitação e uma análise separada VFM não foi incluída.
Alemanha	Alemanha não tem nenhum programa de Parcerias formal, mas quatro projetos são Parcerias financiadas pelo BEI (Túnel <i>Elbe</i> , PPP <i>Engelbergbasistunnel</i> , <i>Wamowquerung Rostock</i> e Túnel <i>Weser</i>), algumas das quais tiveram transferência de risco para o setor privado, num quadro de concessões. A lei de BOT foi aprovada. A análise PSC não tem sido utilizada na Alemanha, mas é uma exigência legal que "estudos de viabilidade econômica" adequados sejam preparados para apoiar os investimentos públicos e empresas privadas podem ser obrigadas a demonstrar se e como funções públicas podem ser executadas por particulares, em padrões equivalentes e custos menores ou comparáveis.
Grécia	Projetos de Parcerias incluem o Aeroporto Internacional de Atenas, o Novo Aeroporto Internacional de Atenas, Autoestrada <i>Essi</i> , Ponte Rion-Antirion e o Estádio Olímpico. O Governo lançou um programa de Parcerias em 2000, bem como criou uma Unidade Central de Parcerias.
Hungria	Um projeto inicial foi a rede nacional celular digital. Alguns projetos de transporte foram desenvolvidos através de Parcerias (por exemplo, Projeto BOT <i>M5</i>), mas outros não foram realizados ou foram transferidos para a Agência Nacional de Auto-estradas (por exemplo, <i>M1</i>). O <i>Plano Szechenyi</i> buscou expandir as Parcerias com projetos de escolas e tratamento de água, e outros contratos na área da saúde, prisões e instalações desportivas.
Hong Kong	Hong Kong tem sido líder em Parcerias, desenvolvendo contratos BOT para o transporte começando inicialmente com o Túnel <i>Cross Harbour</i> , em 1972. Desde então, mais três túneis (<i>Cross Harbour</i> , <i>Eastern Harbour</i> e <i>Western Harbour</i>) e uma estrada pedagiada com um túnel escavado foram realizados utilizando o método BOT. Outros projetos de Parcerias incluem dois terminais de contêineres, centro de exposições, coleta e tratamento de lixo e tratamento de água. O Governo tem sido cuidadoso para garantir que os projetos BOT sejam economicamente viáveis, realizando suas próprias avaliações econômicas dos projetos propostos, com a tradicional contratação preferencial, se o projeto for "não financiável" (por exemplo, Ponte <i>Tsing Ma</i>). Mais recentemente, indicadores PSC têm sido utilizado na avaliação dos projetos e ganharam aceitação como um componente obrigatório do processo de contratação.

País	Experiência com Parcerias
Índia	O uso extensivo de projetos BOO - para projetos de energia (por exemplo, Projeto de Energia <i>Dabhol</i>). Outros setores com projetos incluem petróleo e gás, construção de infraestrutura, hospitais e saneamento de água. A Índia não tem utilizado uma ferramenta PSC sistematicamente, mas assessores financeiros dos órgãos governamentais que contratam concessões são geralmente necessários para desenvolver estimativas de custos e modelar a licitação. Se as propostas vêm em níveis substancialmente diferentes das estimativas, muito trabalho de análise é chamado para justificar atitudes na licitação, em especial quando as propostas obrigam o Governo a pagar mais do que o estimado.
Irlanda	O projeto de parceria DBFO [<i>design, build, finance and operate</i> – projetar, construir, financiar e operar] da auto-estrada pedagiada <i>M4</i> (de Kinnegad para Kilcock) é a primeira Parceria de estrada irlandesa e faz parte de um grupo de 11 propostas (<i>Roads PPP Programme</i>). Um sistema de transporte metropolitano de alta capacidade, pontes, escritórios do Governo, escolas, faculdades e prisões foram concebidos, construídos, financiados e operados pelo setor privado. Há um compromisso formal de um Programa de Parcerias. Um quadro legislativo claro está em vigor, uma Unidade de Parcerias foi criada e comitês centrais facilitam Parcerias. Com o projeto de Parceria <i>M4</i> , o <i>Irish National Roads Authority</i> trabalhou com o BEI, bancos internacionais e do consórcio do projeto para identificar uma alocação de riscos aceitável e muito satisfatória, mas um PSC não foi desenvolvido.
Itália	A Lei <i>Merloni</i> , em 1994 e 1998, estabeleceu o quadro para a utilização de empreiteiros do setor privado e mais tarde uma força-tarefa especial de Parcerias <i>UFP</i> foi criada e os seus poderes foram reforçados em 2001. Houve projetos, em particular nos setores de água e de energia, que envolveram o setor privado em um formato de concessões. Outros projetos ocorreram para desenvolvimento de estradas, ferrovias leves e serviços de saúde. No entanto, existem complexidades administrativas relacionadas com o código civil.
Japão	Parcerias no Japão, numa abordagem do "terceiro sector", foram introduzidas em meados dos anos 1980, agregando o setor público (o "primeiro setor") ao setor privado (o "segundo setor") para formar empresas baseadas em projetos, empenhadas no desenvolvimento urbano, de lazer, hotelaria, desenvolvimento, transporte, telecomunicações e outras atividades regionais. Portos <i>Landlord</i> são operados com berços arrendados para transportadores marítimos privados gerirem. Com projetos sob as diretrizes do Governo, o setor público deve montar uma PSC e demonstrar que a opção de Parceria proporciona melhor VFM, demonstrando a extensão do VFM, quer sob a forma de percentagem ou valor absoluto. Não há nenhuma exigência específica nas orientações para verificar VFM quando as propostas são apresentadas e/ou o contrato esteja finalizado. Isto é porque há uma regra de contratação em que os lances da proposta se tornam ineligíveis se o preço for superior ao preço previsto pelo Governo (ou seja, preço orçado), que normalmente é definido com base no PSC.
Holanda	Parceria <i>Kennis-Centrum</i> foi criada em 1999 e um grande projeto piloto Parceria <i>HSL Zuid</i> (trem de alta velocidade) foi iniciado no âmbito da <i>Trans-European Network</i> . Projetos em andamento desde então incluem estradas, portos e transporte ferroviário portuário e de tratamento de água, ou seja, linha circular <i>Zuiderzeelijn - Randstad</i> (levitação magnética), 2 ^o <i>Maasvlakte</i> (ampliação do porto de Roterdan) e o projeto <i>Delfland</i> de Tratamento de Águas Residuais (envolvendo a participação do BEI). O projeto <i>Delfland</i> envolveu a preparação de um PSC, e ao final do projeto, o VPL indicou uma economia em torno de 15 por cento em relação ao PSC, acima da meta de 10 por cento para o projeto.
Nova Zelândia	Pouca atividade PPP até o momento. Embora uma série de documentos de políticas tenham sido elaborados, os projetos foram limitados à gestão de contratos de serviços prisionais e outorgas para a operação de infraestrutura de água e esgoto.

País	Experiência com Parcerias
Filipinas	A lei de BOT das Filipinas é considerada como uma das melhores práticas entre os países da Ásia-Pacífico e inclui uma série de estruturas contratuais (por exemplo, BOO, BTO, BLT, etc.) além de BOT. Ela é apoiada pelo <i>BOT Centre</i> para incentivar os investidores, coordenar e acompanhar e assessorar licitações. Mais de 80 projetos estão em vários estágios de desenvolvimento, implementação ou operação. Duas concessões de 25 anos, desenvolvido com o auxílio do Banco Mundial, por abastecimento de água e saneamento verticalmente integrado para leste e oeste de Manila, também são considerados como "melhores práticas" para a abordagem de modelos de concessão. VFM foi evidenciado pelos licitantes vencedores oferecendo concessões em uma média de tarifa da água com preço de 57 a 27 por cento abaixo das tarifas de pré-concessão, enquanto atendem padrões obrigatórios e promovem a expansão do sistema.
Polônia	A <i>A4 Katowice-Cracóvia</i> é a primeira auto-estrada pedagiada na Polônia. O Governo está ansioso para facilitar Parcerias e duas pontes, um porto e instalações de tratamento de água estão identificados como projetos de Parcerias. Os sistemas legal, contábil e tributário emperram a aplicação de Parcerias e alterações legislativas estão em andamento.
Portugal	Um grande número de projetos de Parcerias de transporte foram desenvolvidos, incluindo cinco auto-estradas no âmbito do programa <i>SCUT</i> ² e quatro outras, todas com participação do BEI, para desenvolver a infraestrutura de transportes em Portugal. Outros projetos incluem água e esgotos, metrô, transporte local (por exemplo, metro leve) e museus.
Romênia	Financiamentos baseados em Concessões são favorecidos. Em 2000, a companhia de serviço público francês <i>Vivendi</i> obteve uma concessão de 25 anos para fornecer água e reabilitar a rede de distribuição de Bucareste, na forma de um novo sistema de tratamento e modernização do atual sistema de água. Comercialização de manutenção de estradas, serviços de saúde e instalações esportivas estão em contratação, com as Parcerias sendo promovidas para o desenvolvimento de infra-estrutura como parte dos preparativos da Romênia para a adesão à UE (União Européia).
África do Sul	Uma série de projetos foram desenvolvidos, incluindo o setor de defesa, hospitais e um projeto de Parceria em transportes com financiamento do BEI. A regulamentação exige autorização formal do Tesouro Nacional de quaisquer Parcerias nacionais e provinciais em três etapas. O primeiro passo da autorização é baseado em uma análise de opções e estudo de viabilidade concluídos. Há três critérios de avaliação: capacidade de pagamento (impacto orçamentário), VFM e a transferência adequada de riscos técnicos, operacionais e financeiros. Portanto, um elemento-chave necessário é um PSC, sendo ferramenta obrigatória.
Eslovênia	Um projeto assistido pelo <i>European Bank for Reconstruction and Development</i> (EBRD) ³ está investigando o investimento privado na manutenção da rede rodoviária nacional. Está em desenvolvimento um projeto piloto de Parceria para o financiamento privado através de regime de concessão da manutenção de uma rodovia.

² O programa SCUT (Sem Custo para o Utilizador) compreende um conjunto de estradas com o sistema de "pedágio sombra", no qual o Governo paga pelo usuário. Foi introduzido em Portugal em 1997. (fonte: PORTUGAL, 2004).

³ *European Bank for Reconstruction and Development* é uma instituição financeira internacional que investe em 29 países da Europa Central e da Ásia Central e tem como controladores 81 países, além do EIB e da UE.

País	Experiência com Parcerias
Espanha	Quatorze projetos de Parcerias financiados pelo EIB nos setores de transportes e um no de água (<i>PPP Aguas de Sevilla</i>). No entanto, o quadro legal não é favorável, não há lei que reja as concessões e alguns outros projetos estão em andamento.
Reino Unido	O Governo britânico lançou a sua política de desenvolvimento de Parcerias em 1992 sob o <i>Private Finance Initiative</i> . Desde então, a técnica tem sido aplicada sistematicamente em quase todas as áreas de gastos significativos do Governo do Reino Unido. A <i>Partnerships UK</i> foi criada em 2000 para promover conceitos de Parcerias. Isso também ocorre em projetos de autoridades locais. O cálculo do PSC é necessário para a avaliação de VFM.
Estados Unidos	Existem mecanismos de incentivo gerais como o programa de apoio às estradas federais, programa de apoio ao transporte de massa e iniciativas sob a <i>Intermodal Surface Transportation Efficiency Act (ISTEA)</i> ⁴ . Exemplos de Parcerias em projetos são a <i>Dulles Toll Road Extension</i> na Virgínia, em regime de concessão BOO, e Rotas Estaduais 91 e 125 na Califórnia, sob regimes de BTO. Uma série de cidades formou parcerias para operar e manter seus sistemas de tratamento de águas residuais. Exemplos são: <i>Milwaukee Metropolitan Sewerage District</i> , <i>City of Indianapolis</i> , <i>Wastewater Treatment Plants and Collection System</i> , <i>Buffalo Water Treatment System</i> . As parcerias também têm sido realizadas para setores de tecnologia, saúde, estabelecimentos prisionais, bem-estar e reurbanização. No entanto, o mercado é muito fragmentado e diversificado, com iniciativas em níveis federal, estaduais, locais, municipais. Não existem procedimentos estabelecidos para transferência de risco, avaliação de risco e estabelecendo VFM.

(Fonte: GRIMSEY; LEWIS, 2005)

Os diferentes estágios de Parcerias ao redor do mundo demonstrados por esse trabalho permitem identificar algumas distintas situações regionais. O estágio mais avançado das parcerias encontra-se na América do Norte e Europa Ocidental. Diversos projetos, agências e legislações específicas concorrem para a promoção de infraestrutura e serviços públicos com a colaboração entre o Estado e a iniciativa privada. A estabilidade política, jurídica e institucional e o nível de amadurecimento dessas economias no setor terciário, permitem que as condições sejam especialmente favoráveis para a promoção desses projetos.

Um segundo bloco de países são as ex-repúblicas socialistas, particularmente na Europa Central e Oriental. Além da consolidação de Estados democráticos e da estabilidade jurídica dos contratos, esses países estão experimentando a migração

⁴ *Intermodal Surface Transportation Efficiency Act* é uma Lei Federal americana, instituída em 1991, que alterou a antiga política de transportes baseada na promoção de rodovias federais e passou a promover o transporte intermodal e os sistemas metropolitanos. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1991)

de uma economia industrial para os setores de serviço. Esse bloco está em rápido desenvolvimento das parcerias, com muitas iniciativas recentes e sob forte influência de Governos e empresas ocidentais.

Por fim, podemos listar os países em desenvolvimento, que ainda apresentam instabilidades políticas e econômicas e o respeito aos contratos e a força jurídica, quando existem, são conquistas sociais recentes. Neste grupo insere-se o Brasil, cuja democracia tem sua estabilidade reconhecida como uma conquista recente em todo o mundo.

A partir da pesquisa de Grimsey e Lewis (2005), pode-se apreender três questões conceituais relevantes.

Em primeiro lugar, que as parcerias entre os setores público e privado têm efetivamente se desenvolvido em todo o mundo e diversos organismos financeiros de fomento econômico e social têm participado de forma ativa na sua promoção.

Em segundo, diversos países ainda sofrem com um arcabouço legal insatisfatório para a implantação eficiente das parcerias.

Por fim, e mais relevante para a tese aqui desenvolvida, é que a estrutura adotada para as parcerias difere muito em cada país caso a caso.

Apenas entre os modelos de divisão de responsabilidades pode-se observar que mesmo em um trabalho muito condensado (GRIMSEY; LEWIS, 2005), consta uma diversidade enorme de modelos.

As funções transferidas ao setor privado em cada caso apontado foram as seguintes:

- *Joint Venture (JV)*
- *Concession Agreement (CA)*
- *Build, Lease and Transfer (BLT)*
- *Build, Own and Operate (BOO)*
- *Build, Own, Operate and Transfer (BOOT)*
- *Build, Operate and Transfer (BOT)*
- *Build, Transfer and Operate (BTO)*
- *Design, Build, Finance and Operate (DBFO)*

Em outro documento, o BOT Center das Filipinas (FILIPINAS, 2009) propõe para os esquemas de divisão de responsabilidades dos projetos, além dos listados acima, os seguintes tipo de contratos em andamento:

- *Build-and-Transfer (BT)*
- *Build-Rehabilitate-Operate-and-Transfer (BROT)*
- *Rehabilitate-Operate-and-Maintain (ROM)*
- *Contract-Add-Operate-and-Maintain (CAOM)*
- *Develop-Operate-and-Transfer (DOT)*
- *Contract-Add-and-Operate (CAO)*

As terminologias empregadas tomam-se confusas e superpostas, sendo necessária uma análise de cada projeto para entender o seu real significado e conhecer quando realmente pode-se classificá-las como modelos diferentes. O Pacific Islands Forum Secretariat (2006) ainda adiciona mais três esquemas aos elencados anteriormente:

- *Modernize, Operate and Transfer (MOT)*
- *Rehabilitate, Own and Operate (ROO)*
- *Rehabilitate, Own and Transfer (ROT)*

Mesmo considerando o aspecto positivo que ao longo do tempo surgiu uma enorme gama de alternativas para esses modelos, isso com certeza não trouxe a garantia que cada modelo tenha melhor representado uma boa escolha ou o sucesso.

Em Portugal, por exemplo, o modelo SCUT foi considerado, algum tempo depois, pelo próprio Governo como “injusto”, “ineficiente”, “insustentável” e “inviável” (PORTUGAL, 2004). Supõe-se facilmente a explicação de não haver, em 1997, dados suficientes e análises consolidadas de alternativas de modelos para traçar uma melhor escolha sobre a forma dessas parcerias.

Demonstra-se, então, a urgente necessidade de um método para a realização destas escolhas por parte do Poder Público. O critério econômico-financeiro é um ponto importante, mas existem problemas de ordem social, jurídica, ambiental e técnica a serem detalhados e solucionados caso a caso.

Assim, não apenas é necessário compreender quais são melhores alternativas em termos de diminuição de dispêndios do erário público, mas também se deve estudar com profundidade como os contratos podem promover resultados ótimos quanto aos fatores de qualidade dos serviços prestados, ampliação da infraestrutura, modicidade tarifária, impactos ambientais, capacidade de financiamento, gestão dos riscos associados, etc.

A inserção deste estudo no contexto brasileiro só pode ser efetiva se estiver dentro dos limites dos fundamentos legais que permitem que a União, os Estados e os Municípios estabeleçam contratos de natureza colaborativa com entidades privadas.

2.3 Histórico das Parcerias na Implantação das Ferrovias no Brasil

Talvez o transporte ferroviário seja o melhor exemplo para compreender as diferentes épocas que a história do Brasil registrou quanto a dois aspectos: os investimentos em infraestrutura e a alternância entre os setores público e privado como empreendedor protagonista de infraestrutura.

Acioli (2007), em uma análise bastante dedicada, apresenta todo o processo histórico de formação da infraestrutura ferroviária no País.

As primeiras ferrovias no Brasil, até 1900, eram empreendimentos privados, que dependiam de autorização da Coroa.

Na medida em que a provisão de infraestruturas e serviços de transporte ainda não era reconhecida como função eminentemente pública, mas sim privada e sujeita à autorização prévia por parte da Coroa, era natural que os meios de locomoção fossem precários. [...] Entretanto, com a independência do País este fator impeditivo havia perdido sua razão de existir e a necessidade de se construir novas e confiáveis vias para impulsionar a economia do Império recém proclamado assumiu um papel de enorme importância. (ACIOLI, 2007)

O passo seguinte foi o Império estabelecer parcerias com o setor privado com o intuito de fomentar o desenvolvimento de projetos de infraestrutura:

Em 29 de agosto de 1828 o Governo imperial de D. Pedro I promulgou uma Lei que procurava estabelecer as regras de concessão para a construção das obras públicas que tivessem por objetivo a navegação de rios, a abertura de canais, calçadas, aquedutos ou a edificação de estradas e pontes por “empresários nacionais ou estrangeiros”, dando preferência àqueles que “oferecessem maiores vantagens”. (ACIOLI, 2007)

Esse momento, mais se assemelhou ao estabelecimento de uma concessão total ao privado, mas com a fixação do Império sobre “cobrança de tarifas, pedágios e a exploração de terrenos”. O modelo ainda não era suficiente, segundo Acioli (2007), para alavancar o desenvolvimento desejado. Somado ao momento conturbado vivido pelo Império⁵, a Regência Una de Padre Feijó editou o Decreto 101 de 31 de outubro de 1835:

- Exclusividade no transporte de cargas e passageiros pelo prazo de 40 anos prorrogáveis por igual período;
- Isenção de impostos de importação para aquisição de equipamentos durante os cinco primeiros anos;
- Cessão gratuita de terrenos devolutos ou assegurada a desapropriação daqueles já ocupados;
- Liberdade para fixação de fretes, pedágios ou direitos de passagem.

(ACIOLI, 2007)

Percebe-se, então que foram dados benefícios e garantias às companhias férreas, sendo que o benefício fiscal foi estendido para 12 anos em 1838. Segundo Acioli (2007), os investimentos estrangeiros, porém, não ocorreram no Brasil como pretendia a Regência, em especial porque outros países concediam benefícios adicionais para a construção de ferrovias, especialmente quanto à garantia de juros e à cessão de terras.

⁵ Lembra-se que o período regencial brasileiro (1831 - 1840) corresponde ao período conturbado do império, entre o momento da abdicação do Imperador Pedro I e a época que o herdeiro D. Pedro II ainda não tinha idade suficiente para assumir o cargo.

A inevitável ampliação das garantias na concorrência pelo capital internacional levou o Brasil a equiparar-se com outras nações, adotando o Decreto 641 em 1852, ampliando bastante os benefícios, entre garantias de juros e extensão das concessões por até 90 anos. Este decreto também criou deveres para a obtenção dos benefícios (CASTELO BRANCO, 2005 apud ACIOLI, 2007).

Ainda sob relativo insucesso do desenvolvimento da malha férrea, posteriormente foi criada a subvenção quilométrica pelo Decreto 2.450 de 1873, com regras aprimoradas pelos Decretos 5.561 de 1874 e 6.995 de 1878.

Por razões óbvias, a partir desta época [...] tem início um verdadeiro "surto ferroviário" com o capital estrangeiro, principalmente o inglês, à frente do processo. [...] No entanto, este incremento no investimento ferroviário ocorreu de maneira relativamente desordenada. (ACIOLI, 2007)

As regras consolidadas nessa época impressionam pelo alto grau de subvenção econômica do Estado, mas também pela sofisticação, como se pode ver a seguir:

- Garantia de juros de 7% a.a. sobre todo o capital efetivamente empregado na construção das ferrovias;
- Rentabilidade máxima de 12% a.a. a partir da qual seriam revistas as tarifas praticadas;
- Possibilidade de perda da garantia em caso de alteração não aprovada pelo Governo nos projetos de construção;
- Economias na execução da obra seriam deduzidas da garantia de juros;
- Redução do privilégio de zona de 33 km para 20 km⁶;
- Multa por demora na conclusão das obras;
- Critérios de desempenho como a relação entre composições e tamanho da malha, interrupção do tráfego entre outros;
- Aumento de 15 para 30 anos o tempo mínimo a partir do qual o Governo poderia resgatar a concessão;
- As companhias poderiam alienar partes da estrada sem a prévia autorização governamental;

⁶ O privilégio de zona era a garantia de exploração do serviço ferroviário numa faixa de largura determinada adjacente ao leito de cada lado.

- Previsão de árbitros para dirimir pontos técnicos ou contratuais em conflito.

(ACIOLI, 2007)

O final do Império e início da República foi marcado pela redução de benefícios, diminuindo os prazos de concessão e acabando com a garantia dos juros. Uma das razões eram as limitações nas finanças governamentais e a diminuição no interesse privado pelo mecanismo de garantias de juros, uma vez que o excedente era repartido com o Estado.

A partir deste momento, explica Acioli (2007) que a independência das operações ferroviárias do Estado trouxe também o seu declínio, no qual “os problemas financeiros afligiam um número considerável de ferrovias na fase final do Império e início da República.”

Adolfo A. Pinto (apud ACIOLI, 2007) resume quatro fases das ferrovias brasileiras no século XIX. A primeira fase foi a de ensaios mal sucedidos. A segunda fase de concessões feitas com os favores de zona privilegiada e garantia de juros que provocaram um grande surto ferroviário. A terceira fase, a partir de 1880, as estradas eram construídas ainda com o privilégio de zona, mas já dispensavam as garantias de juros. A quarta fase, a partir de 1891, passou a ser definida pelo regime de plena liberdade, com a atividade ferroviária emancipando-se da proteção do Estado.

No entanto, diversos projetos demonstraram-se insustentáveis ao longo do tempo e o Estado iniciou uma fase de encampações. Em seguida, o Governo Campos Sales, diante de uma tentativa de saneamento fiscal e negociação da dívida externa do País, interrompeu a construção de novas linhas e decidiu afastar o Governo da República desta atividade, repassando-a ao setor privado e aos Estados.

Com isto, iniciou-se em 1900 com a promulgação da Lei 741, um processo de arrendamento ao setor privado para operar a malha encampada pouco tempo antes. Este processo, segundo demonstra Acioli (2007), teve muitos críticos.

Em seguida, a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), seguida da crise de 1929 trouxeram a grande depressão econômica que fez, inclusive, com que até mesmo diversas empresas que haviam arrendado as operações não resistissem.

O novo ciclo econômico foi marcado pela industrialização da Era Vargas.

A "Revolução de 30" marca o início da industrialização mais acelerada do país e o início de um maior intervencionismo estatal na economia através do controle de empresas de serviços públicos e dos recursos minerais. (ACIOLI, 2007)

A malha ferroviária tinha se formado em função de uma economia primária exportadora, ligando o interior do País aos portos marítimos. Com a economia começando a se voltar à industrialização e ao fluxo interno de mercadorias paralelo ao litoral e transversal às ferrovias existentes, estas passaram a não atender mais aos principais eixos de transporte.

Foi iniciada uma nova fase de encampações, ou melhor, estatizações das ferrovias no Brasil, seguido de diversos planos viários e tentativas de financiamento público de novas estradas de ferro. O período foi marcado por um declínio acentuado das condições do sistema ferroviário nacional. A estatização completa se consolidou na década de 1950, cujo marco mais emblemático foi a criação da Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA)

[...] em 16 de março de 1957, através da Lei no 3.115 a Rede Ferroviária Federal S.A., RFFSA, seria oficialmente criada, reunindo 22 ferrovias completamente distintas, despadronizadas, com excessivo quadro de pessoal e deficitárias. A justificativa governamental para a encampação era o saneamento das ferrovias e a programação de novos investimentos uma vez que competiria à RFFSA "administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar, melhorar e manter em tráfego as estradas de ferro a ela incorporadas" (Art.7º Lei no 3.115/57). (ACIOLI, 2007)

Não iremos aqui abordar em detalhes, mas a RFFSA passou por diversas reorganizações e tentativas de viabilizar uma operação que continuava deficitária. Com sucessivas tentativas frustradas, a União foi, ao longo do tempo, reduzindo seu aporte de recursos na RFFSA, até que ela foi incluída no Plano Nacional de Desestatização, no início dos anos 1990.

O que se verifica é que o processo histórico nos séculos XIX e XX, traçado aqui, resultou na criação da infraestrutura ferroviária nacional através de investimentos privados subvencionados por garantias públicas.

Com as mudanças de cenário econômico e o declínio no aproveitamento da infraestrutura existente, o Poder Público realizou um processo de estatização, que foi mal sucedido na atualização e manutenção das linhas férreas brasileiras.

O cenário que se apresenta, desde o final do século XX, é a retomada de uma maior importância da iniciativa privada e um reposicionamento no papel do Estado através das privatizações e concessões.

2.4 As Concessões como Mecanismos de Desenvolvimento no Brasil

É objetivo do presente trabalho reforçar a tese que as concessões, especialmente após a introdução dos modelos de parcerias público-privadas, são um mecanismo oportuno para enfrentar as deficiências de infraestrutura no Brasil, ainda que não sejam uma solução absoluta, quanto menos simples, para todos os casos.

Diversos trabalhos demonstram a lacuna que se formou na infraestrutura brasileira, com a ausência de investimentos públicos, principalmente na década de 1980.

Sobre a situação político-econômica brasileira, por exemplo, Viviane Aparecida da Silva (2006) resume a trajetória entre o início da década de 70 e o final da década de 90, estabelecendo a análise separada de cada década.

Segundo Da Silva (2006), "durante a década de 70 havia farta disponibilidade de liquidez no mercado internacional e o investimento público era expressivo, sendo financiado em grande medida por endividamento externo."

Justamente a crise de liquidez internacional nos anos 80, combinada com uma redução nos investimentos públicos, culminou em uma crise no Brasil que "afetou não apenas o Tesouro Nacional, mas também as empresas estatais, grandes responsáveis até então pela realização de investimentos do Governo" (DA SILVA, 2006). A autora também reforça a quebra da capacidade de autofinanciamento das autarquias por conta de um período de congelamento de tarifas, reduzindo ainda mais a capacidade de geração de investimentos públicos.

Da Silva (2006) explica que, no momento seguinte, nos anos 90, ocorreu uma mudança no papel econômico do Estado "com a difusão do pensamento neoliberal, defendendo um Estado mínimo e as privatizações de empresas estatais". "Neste

período, em especial no início da década, a pesquisadora julga que “a redução do investimento público representou mais uma opção de Governo, do que propriamente escassez de fontes de financiamento”.

No último ciclo, final da década de 90, o ajuste fiscal marcou a política econômica no Brasil. Isso fez com que “o investimento público [...] funcionasse como variável de ajuste e fosse sendo comprimido, apesar de já se encontrar em níveis bastante reduzidos” (DA SILVA, 2006). Os investimentos públicos ficaram, portanto, submetidos às restrições orçamentárias, uma vez que as despesas correntes deixavam pouca sobra diante do cenário existente:

A partir de 1999, o país iniciou um período de forte ajuste fiscal, submetido a acordos de ajuda financeira do FMI. Foram definidas metas estreitas para o resultado primário – que passou a ser superavitário – e buscou-se reduzir a relação dívida líquida sobre o PIB. O modelo de política econômica adotado a partir de então, cujo pilar é o sistema de metas de inflação (SMI), tem submetido a política fiscal à política monetária, o que tem dificultado o financiamento do investimento público. Embora tenha havido elevação considerável da carga tributária neste período, o que poderia ter permitido a retomada dos investimentos necessários por parte do Governo, o superávit primário foi sendo elevado progressivamente, visando à redução da dívida líquida em relação ao PIB. (DA SILVA, 2006)

Da mesma forma que esta autora, diversos outros pesquisadores brasileiros apontam lacunas de infraestrutura e sugerem o modelo de Parcerias Público-Privadas como alternativa nesse cenário econômico.

Na visão de Erika Monteiro de Souza e Savi (2006) “a realidade brasileira clama por maiores investimentos em infraestrutura para alavancar o desenvolvimento nacional. Dentro desse cenário, tem sido dada uma grande atenção para as Parcerias Público-Privadas (PPPs) como fonte alternativa para solucionar os problemas referentes à lacuna na infra-estrutura.” Para demonstrar isso, ela traça paralelos aos casos do Chile e da Irlanda, e conclui da seguinte forma:

Verifica-se que as experiências podem exemplificar a realidade de muitos países, onde criam um ambiente institucional propício à celebração dos contratos de PPP e, ao mesmo tempo, articulam políticas de recuperação da capacidade estatal de investimento. (SAVI, 2006)

Vivian Helena Capacle (2006), por exemplo, aborda em seu trabalho as dificuldades do escoamento da produção de soja no Centro-Oeste, focando no modo rodoviário.

A autora relata:

A Região Centro-Oeste do país, apesar de sua representatividade econômica, por constituir-se em importante área de produção e exportação de soja, apresenta uma precária infraestrutura de transportes, concentrada no modal rodoviário, que impõem perdas a essa produção. Como já apontado, as rodovias dessa região, sob a administração do Estado, estão em condições precárias de conservação, sendo que muitas delas se constituem em importantes rotas para o escoamento da produção de soja. (CAPACLE, 2006)

Neste trabalho, o modelo de PPP é indicado como solução às incertezas de projeto, de demanda, de receita, combinado com a necessidade de investimentos em regiões fora dos eixos econômicos mais consolidados do País.

A Parceria Público Privada (PPP) pode ser um instrumento que combinando satisfatoriamente rentabilidade, incerteza e riscos, seja eficiente na solução da escassez de investimentos para as rodovias não objeto de concessão, como é o caso das rodovias BR 163 e BR 364. Devido à dificuldade em despertar o interesse das Concessionárias por rodovias em outras regiões do país, a solução das PPP é o que vai prevalecer nessas áreas, visto que a remuneração do parceiro privado dependerá não apenas da tarifa cobrada dos usuários, pois em adicional se prevê uma contraprestação do parceiro público, de forma a viabilizar os investimentos privados. (CAPACLE, 2006)

O caso dos investimentos em estações de tratamento de esgotos foi estudado por Leandro Morais Silva (2006). A escassez de investimento da área de saneamento foi apontada pelo autor através do seguinte relato:

O setor de saneamento brasileiro passou por profundas transformações nas últimas décadas. A partir dos anos 70, com o advento do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), observou-se uma concentração da gestão destes serviços pelas companhias estaduais de saneamento. Porém, a cargo essencialmente dos estados, o modelo centralizado não foi capaz de prover os investimentos necessários para ampliar a oferta dos serviços e suprir os déficits de atendimento. (SILVA, 2006)

O trabalho do autor buscou realizar uma análise de qualidade dos investimentos nos modelos de parceria público privada, através da projeção econômico-financeira e avaliação de figuras de mérito escolhidas. Silva (2006) demonstra a grande expectativa econômica, mas também algumas importantes dificuldades, diante do recentemente modelo introduzido pela nova legislação:

Neste sentido, a captação de recursos através dos contratos de parcerias público-privadas vem ao encontro das necessidades de investimentos para a universalização dos serviços de tratamento de esgoto no Brasil. Mas os agentes envolvidos devem estar cientes dos riscos presentes nas etapas de licitação, implantação e operação destes empreendimentos. (SILVA, 2006)

O trabalho de Rodrigo Girdwood Acioli (2007) analisa o momento de urgência de investimentos no sistema ferroviário nacional, propondo as PPP:

É ponto pacífico nessa retomada de investimentos a necessidade de mais uma vez compartilhar o ônus da empreitada com a iniciativa privada, despontando o mecanismo das Parcerias Público-Privadas como uma das principais alternativas. (ACIOLI, 2007)

O autor ainda relata a necessidade de definição de formas concretas desse tipo de contratos no Brasil:

Mesmo apresentando possibilidades de aplicação bastante amplas, já tendo sido utilizada em diversos países em setores diversos como transportes, educação, saúde, habitação e até mesmo em projetos de tecnologia da informação, no Brasil as PPPs ainda não deslancharam, fato que emperrou a execução das obras previstas no Plano Plurianual 2004-2007, postergando-as para serem executadas no Plano de Aceleração do Crescimento, proposto para o quadriênio 2007-2010. (ACIOLI, 2007)

2.5 A Necessidade de Estruturação das Parcerias Público-Privadas

A tese de Rodolfo Torres dos Santos (2006) investiga com maior profundidade as razões político-econômicas que levam à criação das parcerias público-privadas. O trabalho apresenta “o desafio da universalização dos serviços de infraestrutura no Brasil”, analisando a relação entre os modelos de regulação e a ampliação da infraestrutura.

O trabalho de Dos Santos (2006) defende que a flexibilidade dos contratos de PPP é uma característica fundamental para que esse “desafio” seja enfrentado. O autor justifica as vantagens dessa flexibilidade frente a três aspectos do desafio de universalização da infraestrutura: “Aspectos Estruturais”, “Aspectos Institucionais” e a “Ineficiência Irremediável”.

Quanto ao aspecto estrutural, Dos Santos (2006) estabelece como variáveis principais o perfil da renda e do espaço em cada região, pois os serviços tomam-se mais lucrativos quanto maior a renda *per capita* e a densidade populacional na área de prestação.

Não sobram dúvidas quanto à heterogeneidade estrutural das diferentes regiões e segmentos de população no Brasil. A solução decorrente é a implantação de **subsídio cruzado** entre usuários de serviços públicos em condições desiguais de renda ou de região, seja pela equalização das tarifas, seja por sua diferenciação pela capacidade de pagamento.

A aplicação pura e simples de regras de subsídio cruzado, porém, não é suficiente. Como exemplo, Dos Santos (2006) apresenta o modelo das empresas monopolistas estatais que não possuem incentivos para redução de custos e podem nivelar por cima as tarifas ou, então, depender de financiamento através dos impostos e taxas, pressionando a carga tributária e criando, além do **subsídio cruzado**, um **subsídio fiscal**.

Esses são **aspectos institucionais**, cuja análise crítica leva à conclusão que não se deve criar uma distribuição de renda para subsidiar mecanismos que não promovem a eficiência econômica. Ou, como Dos Santos denomina, “estrutura de custos distorcida”.

O autor demonstra que, neste cenário, a inserção de concorrência entre operadores privados de serviços públicos também não é uma solução, pois os mercados mais atrativos atraem mais empresas, enquanto as áreas pobres continuam inviáveis para exploração privada.

Assim, cria-se a "concessão [comum] privada, sob regime de regulação por incentivos", buscando impor limites aos preços praticados, conhecidos como preços-teto.

Resta um grande problema nesta questão: a pressão pela eficiência concorre diretamente com a margem de subsídio cruzado disponível:

Os regimes de regulação por incentivos e as políticas de introdução da concorrência tem como efeito a redução de custos de provisão dos serviços. E, desta forma seriam instrumentos favoráveis à universalização de serviços. Por outro lado, a perda de artifícios de subsídio cruzado, como visto, pode dificultar a universalização de serviços. O fato é que não há uma solução sem ambiguidade, mas sim um *trade-off* de políticas. Como não há uma solução ótima, a definição de políticas deve se guiar pela adequação do modelo adotado às características do ambiente de transações em que será empregado. [...] (DOS SANTOS, 2006)

As regras para incentivar a dispersão da oferta de infraestrutura entre os segmentos sociais, as chamadas **metas de universalização** nas concessões comuns, apesar de importantes, são uma solução limitada. Apesar de resolver o problema de acesso aos respectivos serviços públicos, pois não permitem a sua **fruição** se as famílias não detêm capacidade econômica de pagar pelo serviço. Neste cenário não é possível afirmar que exista a efetiva universalização. A questão subsequente é qual a capacidade e a eficiência do Estado simplesmente subsidiar as tarifas.

Mas se esses modelos não trazem em si a resposta, questiona-se como desenvolver efetivamente a universalização da infraestrutura em um país em desenvolvimento, com tanta heterogeneidade regional e social.

A PPP é sugerida como potencial solução a esta situação, uma vez que a flexibilidade dos contratos permite criar mecanismos suficientemente complexos:

Os modelos de PPP criam instrumentos que adequam a delegação de serviços públicos em regiões com condições estruturais desafiadoras à universalização de serviços. As estruturas de

governança possíveis a partir destes modelos são mais flexíveis para serem adaptadas aos problemas de países em desenvolvimento. Isto abre espaço para a superação de uma grande dificuldade na aplicação de paradigmas de regulação e concessão de serviços de infra-estrutura concebidos para lidar com o grau de maturidade de rede dos países desenvolvidos. Conclui-se pela validade de modelos contratuais em PPP como alternativas eficientes para a provisão de serviços de infra-estrutura, desde que alocados adequadamente às características da do investimento. (DOS SANTOS, 2006)

A pesquisa de Dos Santos (2006), quanto à universalização dos serviços de infraestrutura, conclui que “na medida em que o modelo de PPP se constitui como uma estrutura de governança para esta finalidade, os ganhos de eficiência promovidos por este modelo dependerão na seleção apurada de sua aplicação. [...] Em suma, vale destacar que a contribuição deste trabalho foi apresentar um direcionamento para futuros esforços de investigação, sobretudo os que destaquem as especificidades de cada setor de infra-estrutura [...]”.

Afirma-se, portanto, que o alargamento das formas de concessão com o advento das parcerias público-privadas é extremamente oportuno para promover a universalização da infraestrutura (serviços públicos e obras públicas).

A questão que ainda não foi explorada pelos autores apresentados até agora (mas explícita por todos como pesquisa necessária em suas conclusões), é a forma que deve ser atribuída às parcerias público-privadas. E para cada setor da infraestrutura a análise trará, com certeza, respostas diferentes.

O que se propõe, então, é avançar na proposição da estruturação dos modelos de concessão de serviços públicos e obras públicas no setor de **infraestrutura de transporte**.

2.6 Tipos de Serviços e Obras Públicas de Transporte

O conceito de infraestrutura de transportes é bastante amplo. Não se restringirá o conceito infraestrutura apenas a elementos físicos, uma vez que a existência de vias de transporte em si não representa uma solução à questão de deslocamento de pessoas e cargas. Os **sistemas de transporte** representam, como um todo, a infraestrutura de transporte disponível.

O trabalho do Waisman (1983), por exemplo, identifica separadamente três grandes componentes dos serviços de transporte: infraestrutura viária, serviços de transporte (operação da movimentação) e serviços de apoio (administração, manutenção, etc.).

Do ponto de vista dos **modais de transporte**, podem-se classificar os sistemas conforme o meio de locomoção e a tecnologia empregada: terrestre (rodoviário, ferroviário ou dutoviário), aéreo (aeronáutico ou teleférico), aquáticos (marítimo ou fluvial).

Além disso, os sistemas de transporte devem ser estudados também do ponto de vista da possibilidade de oferecer a **integração modal** aos operadores de serviço, ou seja, a capacidade dos deslocamentos serem realizados utilizando mais de um modal de transporte, ocorrendo em algum ponto, para tanto, a troca de tecnologia.

Qualquer que seja a tecnologia adotada para o transporte, os componentes funcionais de um sistema de transporte são: as **vias**, os **terminais**, os **veículos** e a **operação**.

O principal conceito atribuído a uma **via** de transporte é sua disponibilidade, pois é através dela que as diferentes operações de transporte ocorrem. Essas operações podem ocorrer em vias exclusivas ou compartilhadas. O compartilhamento viário pode ocorrer de todas as formas, por exemplo:

- Entre operadores de carga e passageiros (p.e.: balsas e navios compartilhando um canal);
- Entre operadores coletivos e individuais (p.e.: automóveis e ônibus utilizando o mesmo sistema viário);
- Entre operadores privados e de serviço público (p.e.: aeronaves particulares e de linha regular no uso comum de um aeroporto).

Além das vias, muitas operações, em especial as mais modernas, dependem de **sistemas** especiais instalados de energia, de sinalização, de controle e de comunicação.

Além das vias, são igualmente importantes os **terminais** de transporte. Terminais de passageiros ou estações, por exemplo, permitem que seja feito a espera pelo momento de embarque. Terminais de cargas podem prover integração entre modos e a armazenagem temporária de carga. Controles de fronteira e aduana são usualmente realizados em terminais.

Outro componente funcional fundamental são os **veículos**. Quando o transporte é um serviço particular, os veículos são adquiridos pelo próprio transportador, alugados por período ou contratados por viagem (frete). Em serviços de transporte público, o veículo é estatal ou de um particular cujo serviço foi outorgado pelo Estado (Permissionárias ou Concessionárias).

Por fim, a operação de transporte é a gestão de todos esses elementos através da programação de oferta de viagens, condução, manutenção e administração do transporte. A atividade pode estar associada, em menor ou maior nível, à administração de vias, sistemas, terminais e veículos.

Em geral, quando existe um amplo compartilhamento das vias, nas rodovias por exemplo, o Estado provê sua manutenção e dispõe de seu livre uso, faça isso direta ou indiretamente, cobrando ou não pedágio.

Sistemas mais fechados tendem a ter o operador como responsável pela manutenção das vias, como no caso de trens urbanos.

A operação nunca prescinde de todos os elementos citados, porém quando ela ocorre exclusivamente em vias públicas, os contratos de prestação de serviços públicos acabam podendo se restringir apenas aos aspectos operacionais e aos veículos. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o Estado outorga uma operação de transporte público por ônibus.

Vale citar que alguns sistemas de transporte possuem um alto nível de especificidade. Isto é, os veículos, vias, sistemas, terminais e operação são específicos em relação à tecnologia adotada. Essas alternativas se especializam e

se difundem, pois são importantes como conjunto de solução para alguns casos típicos.

O Estado deve ter redobrado cuidado quando da escolha de sistemas específicos, uma vez que os investimentos dificilmente podem ser convertidos para outro tipo de sistema. Não será aqui exaurida uma lista de tecnologias disponíveis, mas podem-se citar alguns exemplos de soluções tecnológicas particulares: bonde, trólebus, metrô, veículo leve sobre trilhos, trem de levitação magnética, teleférico, monotrilho, etc.

Pelo olhar do Poder Público, existem duas modalidades objetivas que podem prover, de forma isolada ou combinada, a infraestrutura pública de transporte: contratação de obra pública ou contratação de serviço público.

A contratação de obra pública de transporte está, em geral, diretamente relacionada à implantação de sistema viário, terminais, estações, sistemas e equipamentos. Os **serviços públicos** constituem especialmente a contratação de serviços para prover os deslocamentos, podendo incluir o fornecimento e manutenção de veículos.

Deve-se compreender, então, que os contratos de serviços públicos e obras públicas de transporte são formas de o Estado implementar os projetos de infraestrutura de transporte. Dessa forma, para estruturar as parcerias, é necessário compreender muito bem cada sistema de transporte. As características próprias de cada sistema e tecnologia resultarão na necessidade de divisões de obrigações e riscos distintas.

3 NORMAS LEGAIS DE PARCERIAS NO BRASIL

Este capítulo pretende aprofundar o conceito de parcerias aos possíveis formatos jurídicos de contratação de concessão de serviços e obras públicas de transporte no Brasil. Não se pode ensejar a aplicação prática de qualquer estudo sobre parcerias, caso este não esteja em sintonia com o ordenamento legal vigente.

No item 3.1 é apresentado o sentido lato de parcerias na Administração Pública e a necessidade de estudar os instrumentos possíveis, ou seja, as suas formas de celebração.

O item 3.2 seguinte apresenta as parcerias como forma objetiva de descentralização administrativa por colaboração na prestação de serviços públicos, que são as parcerias estudadas neste trabalho.

A importância das concessões no tamanho do Estado é discutida no item 3.3 seguinte.

Neste contexto, foram estabelecidas as Parcerias Público-Privadas (PPP) através da Lei 11079/01, que ampliou as formas de concessão possíveis. Este contexto e os conceitos que notabilizaram esse surgimento são expostos no item 3.4 .

Os dois últimos títulos desta parte pretendem estabelecer uma clara classificação dos conceitos abordados. No item 3.5 , as diversas formas de parceria são apresentadas: concessão de serviço público, concessão de obra pública, permissão de serviço público, autorização de serviço público, parceria público-privada, franquia, contratos de gestão.

Destaque especial deve ser dado às concessões, por serem tema central desta tese. Por essa razão, são detalhadas as diferentes modalidades de concessão: concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa.

3.1 O Conceito Amplo de Parceria

Antes mesmo da Lei das Parcerias Público-Privadas estar em vigor, as parcerias já foram definidas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997) de forma bastante conceitual. Buscando desde sua origem léxica, ele demonstra que “parceria” traz diretamente sentidos de “participar”, “colaborar”, “cooperar”. Nas palavras do autor:

Com efeito, a palavra parceria, do latim *partiaris*, participante, vem sendo empregada tradicionalmente em direito para designar uma forma *sui generis* de sociedade em que não se dá a composição de um capital social, nem a instituição de uma nova pessoa, mas, apenas, uma relação negocial, em que uma das partes assume obrigações determinadas com vistas a participar de lucros alcançados.

Como se observa, não obstante possam existir outras modalidades de *colaboração*, não necessariamente econômicas, o vocábulo parceria carrega consigo o sentido de lucro.

A transposição dessa expressão da órbita privada [...] para a órbita pública [...] não implica, todavia, em expandir-lhe o significado além do econômico, ou seja: como uma modalidade de *colaboração* entre o setor privado e o setor público em que entidades não estatais participem em atividades estatais de índole econômica auferindo lucros em sua execução.

Trata-se, portanto, de um instituto de *colaboração*, tal como conhecido na doutrina jus-administrativista de longa data, ao lado do instituto afim da *cooperação*, que se negocia entre entidades estatais, daí a ser até mesmo discutível a necessidade de transplantar o termo *parceria* para rebatizar a *colaboração econômica* que se pretende examinar, entre entidades públicas e privadas.

(MOREIRA NETO, 1997)

Assim, Moreira Neto conclui que as parcerias, em sentido amplo, são essencialmente uma *colaboração econômica* entre os setores Público e Privado. Mas não se pode concordar com o autor que o lucro seja essencial em um conceito amplo de parcerias, como será demonstrado logo a seguir.

O Poder Público vem buscando reaproximar-se da iniciativa privada por uma *visão instrumental*. Esta visão atual pretende buscar equilíbrio, preservando núcleo do Estado e buscando parceria no restante.

Essa visão instrumental é aquela que justifica porque, a partir de agora, torna-se necessário avançar: não basta apenas o conceito de parceria, mas se devem compreender os diversos instrumentos que permitem a efetiva contratação de parcerias entre o Estado brasileiro e entidades privadas.

Entende-se, então, que a tese aqui desenvolvida não trata de parceria como conceito amplo, mas sim das principais formas de parcerias previstas pela Constituição Federal e pela Legislação Brasileira. O resultado de uma parceria entre os setores público e privado será avaliado como um instrumento, seja um “acordo de vontades ou ato administrativo unilateral” (DI PIETRO, 2006).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) apresenta uma obra essencial para a análise das formas de parcerias na Administração Pública.

[...] o vocábulo parceria é utilizado para designar 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 existe a colaboração entre os setores público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a idéia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica.

A parceria pode servir a variados objetivos e formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos. Ela poder ser utilizada como:

Forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos, ou da concessão patrocinada (uma das modalidades de parcerias público-privadas instituídas pela Lei 11.079, de 30-12-2004);

Meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão;

Forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de prestação de serviços, obras e fornecimento, sob a forma de empreitada regida pela Lei 8.666, de 23-06-93, ou de concessão administrativa, regida pela Lei 11.079/2005);

Instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio de contratos de gestão.

(DI PIETRO, 2006, g.n.)

Em uma acepção ampla, as parcerias constituem-se nos diversos tipos de instrumentos através dos quais o Estado se aproxima da iniciativa privada para empreender esforços de interesse social através da colaboração.

A colaboração na execução dos serviços públicos por parcerias emerge como um modo de fundamental importância na descentralização por colaboração.

3.2 A Descentralização por Colaboração através de Parcerias

No Brasil, a publicação do Decreto Lei 200, em 1967, traduziu em seu artigo 6 um dos marcos importantes na adoção da descentralização administrativa:

Art 6. As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

I – Planejamento.

II - Coordenação.

III - Descentralização.

IV - Delegação de Competência.

V – Contrôlo.

[...]

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

(BRASIL, 1967)

A descentralização, portanto, é um conceito consolidado entre os princípios da organização do Estado brasileiro, como forma de tornar a Administração Pública mais eficiente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) conceitua e define as formas de descentralização administrativa, com o respectivo destaque à colaboração:

Independentemente da forma centralizada ou descentralizada de organização do Estado, a atividade da Administração Pública pode ser exercida diretamente, por meio de seus próprios órgãos (centralização administrativa ou Administração direta) ou indiretamente, por meio da transferência de atribuições a outras pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas (descentralização administrativa ou Administração indireta). [...]

Tradicionalmente, apontam-se duas modalidades de descentralização administrativa: (a) a territorial ou geográfica; e (b) a por serviços, funcional ou técnica. Preferimos acompanhar os autores que acrescentam, como modalidade autônoma, a descentralização por colaboração, que apresenta características próprias, que justificam sua inclusão em categoria diversa da descentralização.

(DI PIETRO, 2006, g.n.)

Na mesma obra, Di Pietro (2006) apresenta com mais detalhes a descentralização por colaboração nos serviços públicos:

A descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando ao Poder Público a titularidade do serviço. (DI PIETRO, 2006)

A descentralização por colaboração para gestão de serviços públicos pode adquirir diversas formas. A partir das mais atuais alterações do arcabouço legal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) apresenta as formas:

A descentralização por colaboração é feita por acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, pelo qual se atribui a uma pessoa de direito privado a execução de serviço público, conservando o poder concedente sua titularidade.

Como acordo de vontades, podem ser mencionadas, entre outras modalidades:

(a) as várias formas de concessão [...], a saber, a concessão de serviço público tradicional, precedida ou não de obra pública, e as duas modalidades de parcerias público-privadas;

(b) a permissão de serviço público, como disciplinada na Lei 8.987/85;

(c) os contratos de gestão com as organizações sociais que assumam a prestação de serviços públicos, como ocorre, por exemplo, na área de saúde;

(d) a franquia que tenha por objeto a delegação de serviço público, de que constitui exemplo a que se concede no âmbito do correio.

Como exemplos de atos administrativos unilaterais, podem ser citados:

(a) a autorização de serviço público, referida, por exemplo, no art. 21 incisos XI e XII, da Constituição Federal; e

(b) a permissão de serviço público, que, embora referida no art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição, como contrato, continua a ser tratada como ato unilateral em algumas leis infraconstitucionais, como a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.2427, de 16-07-97, art. 118, parágrafo único).

(DI PIETRO, 2006)

Ressalva-se que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) destaca algumas parcerias que não podem ser entendidas como descentralização administrativa para gestão de serviço público:

É importante lembrar que nem todas as formas de parceria implicam descentralização de serviços público. É o caso, por exemplo, dos termos de parceria com as organizações sociais civis de interesse público, que prestam atividade privada

Repita-se, portanto, que é essencial ao conceito de descentralização a idéia de transferência e, exatamente por atuarem no campo dos serviços sociais não exclusivos do Estado, recebem ajuda do Poder Público, dentro da sua atividade de fomento. Na mesma categoria entram os convênios com entidades do terceiro setor (as declaradas de utilidade pública, as filantrópicas e outras), que prestam atividade privada de interesse público e também têm parceria com o Poder Público para fins de fomento.

Também não constituem formas de descentralização de serviços públicos as terceirizações que tenham por objeto a prestação de serviços e obras, como disciplinados pela Lei 8.666/93. Nesses casos, ocorre a simples execução material da atividade ou obra, sem a transferência da gestão do serviço público.

Repita-se, portanto, que é essencial ao conceito de descentralização a idéia de transferência da gestão de serviço público, o que não ocorre na atividade de fomento à atividade privada, ainda que esta

seja de interesse público. Nem toda atividade de interesse público constitui serviço público de titularidade do Estado.

(DI PIETRO, 2006)

Deve-se destacar que a descentralização administrativa é essencial na organização da prestação dos serviços públicos e na realização de empreendimentos de infraestrutura.

A descentralização dentro da esfera da própria Administração Pública pode assumir, por exemplo, a forma de empresas públicas prestadoras desses serviços.

Quando o Poder Público entende não ser eficiente, ou não ser possível, a realização das atividades diretamente, a Administração pode adotar a descentralização por colaboração. Nesse modelo, a prestação de serviços públicos toma forma de parceria com a iniciativa privada.

3.3 A Importância das Concessões no Tamanho do Estado

Como demonstrado, as parcerias são fundamentais instrumentos da descentralização administrativa por colaboração. Essa é a razão pela qual, no momento da edição da Lei 8.987/93 (Lei de Concessões e Permissões) e da Lei 11.079/04 (Lei das PPPs), já estava clara a relevância das concessões nos objetivos de diminuição do tamanho do Estado e da Administração.

Pode afirmar-se que a descentralização administrativa através de concessões é sim, portanto, uma maneira de tornar o Estado mais eficiente, ainda preservando suas preocupações sociais.

É importante lembrar que o Decreto 83.740, de 18 de Julho de 1979, marcou uma reversão histórica. Após um longo processo de estatização, foi instituído o *Programa Nacional de Desburocratização*: "Art. 1º - Fica instituído o Programa Nacional de Desburocratização, destinado a dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal." (Decreto 83.740/79)

Conforme apresentado por Saurin e Pereira (1998), este foi apenas o primeiro de muitos planos e legislações. Em 1988, o *Programa Federal de Desestatização*,

“dentro de uma perspectiva bem mais liberalizante, e já inspirado na virtual falência do setor público federal” tinha como objetivos:

1. Concorrer para a redução do déficit público;
2. Propiciar a conversão de parte da dívida externa federal em investimentos de risco;
3. Dinamizar o mercado de títulos e valores mobiliários;
4. Promover a disseminação da propriedade do capital das empresas;
5. Estimular os mecanismos competitivos de mercado, mediante a desregulamentação da atividade econômica;
6. Proceder à execução indireta de serviços públicos, por meio de concessão ou permissão.

(SAURIN; PEREIRA, 1998)

Explicitamente a concessão de serviços públicos é remetida entre os objetivos do Plano de 1988. Em 1990, foi criado o *Plano Nacional de Desestatização*, com importantes ações de privatizações e concessões de serviços públicos.

Desde a criação do Programa Nacional de Desestatização, em 1990, foram privatizadas 56 empresas e participações acionárias estatais federais, a maioria na siderurgia, química e petroquímica, fertilizantes e energia elétrica. Além dessas, foram repassados à iniciativa privada, por concessão, seis trechos da Rede Ferroviária Federal S.A. e um arrendamento para exploração de contêineres, no Porto de Santos, da Companhia Docas de São Paulo. (SAURIN; PEREIRA, 1998)

O artigo (CÂMARA; SUNDFELD, 2006) expõe a visão de Carlos Ari Sundfeld sobre a ineficácia do Estado agigantado:

A Administração, até uns quinze anos atrás, só crescia, cada vez mais aumentava mais o número de funcionários e o número de empresas estatais. Por quê? Porque a Administração procurava fazer tudo dentro de casa; assim, se era preciso fazer limpeza pública, criava-se uma empresa estatal para fazer limpeza pública; se era preciso expandir o serviço de saneamento, constituíam-se empresas estaduais de saneamento; o Estado colocava o capital e essas

empresas formavam o pessoal e projetava, gerenciava e, depois, evidentemente fazia contratos com os fornecedores.

Criava-se uma grande estrutura estatal para implantar os empreendimentos de saneamento e depois gerir esses empreendimentos, essa era a tendência do Estado brasileiro até, mais ou menos, quinze anos atrás, mais precisamente até a metade dos anos 80.

Bom, de lá para cá o que aconteceu, por muitas razões, crise fiscal, privatização, foi que o Estado diminuiu seu tamanho, mas não deixou de se interessar pelas coisas que antes interessavam; quer dizer, ninguém passou a considerar o saneamento e as rodovias sem importância, telefonia e energia elétrica irrelevantes, por exemplo. Não aconteceu isso; pelo contrário, cada vez nós achamos essas coisas mais importantes e queremos que o Estado cuide das coisas que não cuidava no passado, por exemplo, de garantir que os planos de saúde não cobrem muito, que atendam bem o usuário, etc.

O âmbito de preocupação do Estado aumenta a cada dia, e aumentou muito nesses últimos quinze anos; só que o âmbito de atuação do Estado diminuiu, o Estado não atua mais diretamente. E o que tem feito? Tem celebrado contratos, estabelecido vínculos, pelos quais transfere para particulares o desenvolvimento de atividades de interesse público, todo tipo de contrato, todo tipo de celebração, todo o tipo de parceria.

(CÂMARA; SUNDFELD, 2006)

Jacinto Arruda Câmara (2006) aponta que a tendência não é recente e que as concessões há algum tempo são fundamentais no processo de viabilizar o desenvolvimento econômico e social. Em seu artigo ele cita que “O sistema de concessão não é nada novo no Direito brasileiro e no Direito Comparado; criação de infraestrutura pública usando recursos da iniciativa privada não é uma experiência nova, nem mesmo aqui no País – boa parte dos serviços de estruturação da economia teve origem aqui mesmo, usando algo que pode ser denominado de parceria com a iniciativa privada – o sistema de ferrovias, o setor elétrico, telecomunicações, telefonia, por exemplo.” (CÂMARA; SUNDFELD, 2006)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (2006) procurou demonstrar que as Parcerias Público-Privadas possuem importante papel na atual urgência da diminuição do tamanho Estado e da Administração. O autor já destacava os serviços públicos e obras de infraestrutura como itens de destaque nessa concepção:

Em primeiro lugar, [a lei de PPP] está inserida naquele plano de reforma do Estado, representa uma etapa, um dado nessa reforma. No passado, não muito longínquo, era preocupação permanente falar em redefinir funções do Estado. Uns preconizando o Estado mínimo, outros, o Estado modesto etc.

Na realidade, havia um descontentamento com o Estado, na expressão de sua agilidade, como a Administração Pública atuava. E mais ainda, nós nos sentimos motivados, até mesmo por causa dos problemas que o Estado Social de Direito nos trouxe, com o Estado agigantado, com uma máquina pública gigantesca, extraordinariamente vasta, sem condição de ser eficiente.

Devido a esse problema, surgiram algumas consequências meio negativas nesse desse Estado Social de Direito, que na sua concepção é caro a todos nós, porque é o Estado que viria socorrer o cidadão em qualquer das suas necessidades [...]. Mas pecou por querer ser generoso demais e acabou mostrando ineficiente [...]. Portanto, atingiu a todos nós dentro assim de uma perspectiva, até certo ponto, desejada; é preciso revolucionar um pouco essa administração pública.

E o primeiro dado que surgiu, que não era novidade, foi exatamente estabelecer uma nova relação entre o Poder Público e o setor privado, principalmente em dois segmentos: na prestação de serviços e na realização de obras de infraestrutura, [...]

(DUTRA, 2006, g.n.)

O mecanismo das concessões, seja através das *Parceiras Público-Privadas* ou das *Concessões Comuns* regidas pela lei anterior de 1995, possui como objetivo auxiliar na tendência de diminuição do tamanho do Estado do ponto de vista estrutural, mas sem perder sua abrangência funcional.

Esta redução de tamanho não implica, portanto, em que o Poder Público deixe a titularidade ou se exima das responsabilidades dos serviços, mas traz uma possibilidade de que a Administração encontre caminhos mais eficientes de atuar. Essa eficiência, muitas vezes, tem como melhor solução aproveitar a liberdade de atuação da iniciativa privada através das parcerias.

3.4 Contexto do Surgimento das Parcerias Público-Privadas (PPP)

A Lei das PPP (Lei 11.079/2004) é o mais atual e importante marco no ordenamento legal da prestação de serviços públicos. Ele ampliou as modalidades possíveis de concessão, utilizando o termo *concessão comum* para a modalidade regida exclusivamente pela lei anterior (Lei 8.987/95), e trazendo as duas novas modalidades: *concessão patrocinada* e *concessão administrativa*.

É importante entender porque foi necessária a extensão do conceito de concessão e a elaboração de um novo ordenamento legal. Carlos Ari Sundfeld resgata de forma muito didática o histórico e avaliam a relação existente entre as diversas formas de outorga.

Vamos lembrar alguns elementos legislativos que implementaram mudança considerável no padrão de relacionamento contratual entre a Administração e a iniciativa privada. O primeiro grande marco é a Lei de Concessões, a Lei 8.987/95. Essa lei traz escondida em seus arquivos boa parte das diretrizes que estão presentes nos manuais de PFI a transferência do risco para o concessionário.

A Lei 8.987/95 chega a ponto de dizer, num determinado artigo que se o contrato estiver sendo plenamente cumprido não há cabimento do reequilíbrio econômico-financeiro. Isso significa dizer, em outros termos, que os riscos alheios à alteração unilateral do contrato seriam assumidos pelo concessionário. Isso é disposição da Lei 8.987/95, a total ou completa transferência de risco, pelo menos em tese, para o concessionário, e não para o poder concedente.

No Direito brasileiro, a regra constitucional anterior ao da Constituição de 1988 era de que o poder concedente deveria assegurar a margem de lucro do concessionário, respeitando o equilíbrio econômico-financeiro; significa dizer dar uma remuneração, tal qual prevista, inicialmente, para aquele concessionário; a álea econômica extraordinária seria suportada pelo poder concedente.

A Lei 8.987/95 deu margem para que essa tendência se revertesse; é claro que em alguns contratos ainda se obedece a essa tradição de o Poder Público assumir boa parte dos riscos.

Outra característica falada no Direito Comparado, e que está presente em nossa legislação desde 1995, é a possibilidade dos projetos associados, de receitas alternativas; esse é o grande exemplo do modelo britânico. Em uma Parceria Público-Privada, um investidor vai extrair o máximo possível do empreendimento – se na construção de um hospital for necessária uma área maior, o investidor privado faz a incorporação imobiliária, monta um prédio de consultórios ao lado, enfim, extrai daquele imóvel público uma série de benefícios econômicos. Essa previsão legal já está na Lei

8.987/95 camuflada no capítulo da política tarifária na qual se admite, expressamente, a existência de receitas alternativas.

Existem outros aspectos que passam quase despercebidos: a transferência da elaboração do projeto do serviço para a iniciativa privada, que é algo que faz parte dessa mudança de concepção. Isso também está muito presente na Lei 8.987/95 em aspectos relacionados à licitação. Na Lei 8.666/93, todos vocês sabem, há verdadeiro dogma que diz que cabe à Administração Pública elaborar o projeto básico das contratações. Para licitar, a Administração tem que descrever, precisamente, o que quer contratar, e isso se faz através de um projeto básico. E a Lei 8.666/93 diz mais: quem elaborar o projeto básico não pode participar da licitação.

Pois bem, desde 1995, acho que não na Lei 8.987/95, mas na Lei 9.074/95, que foi editada a seguir, essa proibição foi retirada no caso de contratos de concessão. Para a concessão de serviços públicos e obras públicas há a possibilidade da participação na licitação de quem elaborou o projeto. E outra possível válvula de escape para essa participação privada no desenho do empreendimento está, até mesmo, nos critérios de julgamento admitidos para as concessões; há expressamente a previsão de critérios técnicos e que podem envolver soluções para o enfrentamento de problemas, a criação de infraestrutura.

Estou citando alguns exemplos da Lei Geral de Concessões, que é de 1995, e que traz, e muito, a chamada filosofia da Parceria Público-Privada, a mudança da postura do Estado nas suas relações com a iniciativa privada, algo que se pode encontrar no Direito Comparado.

(CÂMARA; SUNDFELD, 2006)

Jacinto Arruda Câmara apresenta o surgimento da Lei das Parcerias Público-Privada, comparando-a com as disposições legais até então vigentes:

Dois grandes sistemas legais existiam como solução envolvendo a Administração Pública: o mais tradicional é o sistema da Lei 8.666/93, os contratos administrativos em geral no caso de obra pública e infraestrutura, os bons e velhos contratos de empreitada de obra pública, que partem da premissa estabelecida pela Lei 8.666/93, a de que esses investimentos para a realização da obra é um investimento público. A Lei 8.666/93 exige que o Poder Público tenha dinheiro em caixa para fazer isso, pelo menos previsão orçamentária. [...]

Mas com pouco investimento, com pouca disponibilidade de investimento público, qual solução se tinha? O modelo de concessão tradicional; esse modelo funciona que é uma beleza se o serviço, a infraestrutura, for auto-sustentável do ponto de vista econômico – se

a iniciativa privada fazer um projeto financeiro, e acreditar ser, aquele investimento, aquela infraestrutura rentável. [...]

Para esses investimentos que se transformaram em verdadeiros gargalos para o desenvolvimento do País, principalmente a questão das estradas, houve a necessidade de investimentos pesados na malha viária, mas sem que houvesse um grande atrativo econômico para o explorador dessa infraestrutura, e sem que o Poder Público dispusesse de recursos orçamentários para bancar. Criou-se uma situação na qual não era possível o investimento nesse campo. O que fazer, qual a fórmula proposta? Acredito que tenha sido por meio dessa Lei de PPP que se fundiram os dois sistemas num modelo contratual, em que parte do retorno do concessionário vem garantido, ou é atribuído uma remuneração paga, não do usuário do serviço, mas, sim, do Poder Público; então, surgiu aí um modelo contratual muito semelhante à concessão, com uma fundamental diferença; a remuneração do concessionário não está estritamente vinculada à cobrança de tarifa; a remuneração pode vir a ser assumida, parcialmente, pelo Poder Público.”

(CÂMARA; SUNDFELD, 2006)

A possibilidade de financiamento privado de investimentos em infraestrutura e serviços públicos, na visão de Câmara (2006), foi a maior motivação para a criação das Parcerias Público-Privadas. Apesar de ser um fator muito importante, felizmente o modelo de PPP traz outros fatores que flexibilizaram a forma de estabelecer parcerias no Brasil, como se verá no decorrer deste trabalho.

Mas Floriano de Azevedo Marques Neto (2005), além desse fator, aponta a repartição de riscos e a operação de empreendimentos públicos pelo setor privado como visões também utilizadas na conceituação das parcerias público-privadas.

Marques Neto (2005), com muita propriedade, afasta essas razões motivadoras na hora de estabelecer o conceito de Parceria Público-Privadas. O autor, inclusive, demonstra que todos esses conceitos já existiam, em algum grau, nas possíveis formas anteriores de contratos.

O conceito de parcerias, portanto, estaria na natureza contratual, cujo “objeto será, necessariamente, múltiplo. Pode envolver o oferecimento ou implantação de bem, atividade, comodidade, infra-estrutura, de forma isolada ou combinada.” e na finalidade que deve “ser disponibilizar utilidade de interesse público [...], fruível pelo

administrado, de forma direta (uso comum, fruição divisível) ou indireta (uso especial, indivisível)". (MARQUES NETO, 2005).

Outros conceitos que Floriano A. Marques Neto admite como importantes divisores conceituais são as divisões de responsabilidades e a repartição de riscos:

Vê-se, portanto, que no âmbito das parcerias há uma alteração substancial na relação Administração-particular. Não há de ser o Poder Público responsável por definir, em detalhe e minúcias, o que quer e como quer ver implementado. Fazê-lo seria negar a essência da parceria, além de afastar os benefícios da criatividade no mundo privado e assumir todos os riscos da escolha inadequada ou insuficiente da solução (meio) indicada. [...] O que haverá de ser definido e estipulado são os resultados e as especificações da utilidade (inclusive níveis de serviço) desejada, bem como os critérios para sua aferição e as sanções por não atendimento destes. [...]

Por fim, há o elemento da repartição de riscos. Cada parceria envolverá uma repartição específica de riscos amoldada à peculiaridade do seu específico escopo. É, pois, importante que se deixe claro o fato de ser inerente às parcerias um regime de riscos compartilhado e absolutamente detalhado em contrato.

(MARQUES NETO, 2005)

Compreendidos os conceitos, resulta que Marques Neto (2005) define Parcerias Público-Privadas da seguinte forma:

PPP é o ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implantação e a oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo estipulado para a parceria, e cumprindo ao Poder Público assegurar as condições de exploração e remuneração pela parceria privada, nos termos do que for ajustado, e respeitada a parcela de risco assumida por uma e outra das partes.

(MARQUES NETO, 2005)

Sob uma ótica mais formalista, então, no momento em que a Lei 11.079/04 insere este novo conceito no ordenamento pré-existente, o faz pela criação de mais duas, entre as diversas modalidades de parcerias entre os setores público e privado no Brasil.

A Lei nº 11.079/04 contém regras para duas modalidades específicas de parcerias (aquelas configuradas como concessões administrativas ou concessões patrocinadas), não sendo aplicável (e, portanto, não vedando) a outras modalidades de parceria que não se enquadrem nas duas modalidades nela referidas. Há, pois, outras parcerias não regidas pela Lei nº 11.079/04, seja com a configuração de concessões de serviço público típicas (artigo 2º, § 3º), seja com outras configurações não vedadas na legislação (e submetidas ao regime jurídico geral dos contratos administrativos).

Segue daí que podemos vislumbrar parcerias em sentido amplo (o que comporia o campo genérico do Direito das Parcerias a que alude Maria Sylvia Zanella Di Pietro)⁷ contemplando hipóteses de convênios, termos de cooperação, franquias, concessões típicas, concessões de uso de bens públicos, licenciamentos, arrendamentos, etc. E temos as parcerias em sentido mais restrito, às quais corresponderia o regime de concessão. E, dentro deste, temos, num âmbito ainda mais restrito, as parcerias submetidas ao regime da Lei nº 11.079/04, consubstanciadas nas modalidades de concessão patrocinada e administrativa.

(MARQUES NETO, 2005)

Assim, serão apresentadas as possíveis formas de parcerias do Estado com a iniciativa privada na consecução de atividades de interesse social. As modalidades concessões serão especificamente detalhadas em sequência.

3.5 As Diferentes Formas de Parcerias

A obra de Di Pietro (2006) é importante livro-texto para compreender a classificação das diferentes formas de parcerias vigentes no Brasil, sob a ótica do Direito Administrativo.

A concessão de serviço público é definida (DI PIETRO, 2006) da seguinte forma:

A Lei 8.987, no art. 2, inciso II, define a concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente,

⁷ Modalidades elencadas por Di Pietro *apud* Marques Neto (2005), através da mesma referência bibliográfica, que serve de base ao que será apresentado no tópico seguinte, em nova edição da mesma obra (DI PIETRO, 2006).

mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Evidentemente, trata-se de conceito que serve aos objetivos da lei, mas que não contém todos os elementos necessários para caracterizar adequadamente essa modalidade de contrato.

[...]

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

(DI PIETRO, 2006)

O conceito de concessão de obra pública (DI PIETRO, 2006) é o seguinte:

Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Alguns autores, como Mário Masagão, negam a existência desse tipo de contrato, alegando que ele é sempre acessório de um contrato de concessão de serviço público. O que a Administração Pública tem em vista é a prestação do serviço público; mas, como este depende da realização de uma obra pública, esta é previamente transferida ao mesmo concessionário.

Hoje, já se reconhece a existência desse tipo de contrato, como modalidade autônoma em relação ao de concessão de serviço público; ele tem por objeto a execução de uma obra, sendo secundária a prestação ou não de um serviço público.

(DI PIETRO, 2006)

Em seguida, Di Pietro (2006) apresenta a definição para permissão de serviço público, em contraposição ao conceito de concessão:

Importa, pois, distinguir concessão e permissão, podendo-se adiantar que esta última não tem natureza contratual, causando perplexidade a referência, como contrato, que a ela faz o dispositivo constitucional.

A forma pela qual a permissão se distingue da concessão sempre esteve em sua diversa natureza; enquanto a concessão é contrato e, portanto, instituto que assegura maior estabilidade ao concessionário, em função do estabelecimento de direitos e deveres

recíprocos, especialmente decorrentes do estabelecimento de um prazo, a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública.

(DI PIETRO, 2006)

Uma definição ampla de **autorização de serviço público** é ainda bastante controversa, pois mesmo Di Pietro (2006) apresenta ressalvas à sua definição proposta frente ao regime instituído, por exemplo, para os serviços de telecomunicação. Os diferentes marcos regulatórios brasileiros, como as leis de telecomunicação, energia, saneamento, transporte terrestre, aquaviários ou aéreo trataram de autorizações com funções específicas para seu setor.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) apresenta as definições de **parceria público-privada**:

Já foi dito [...] que, embora existam várias modalidades de parcerias entre os setores público e privado, a Lei 11.079/04 reservou a expressão parceria público-privada para duas modalidades específicas de parceria. Nos termos do artigo 2: "parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

O dispositivo legal, na realidade, não contém qualquer conceito porque utiliza expressões que também precisam ser definidas, o que consta dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Pelo § 1º "concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado."

E pelo § 2º, "concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens."

Do artigo 2º e seus parágrafos, resulta que a parceria público-privada pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a um serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação e bens; na primeira modalidade, tem-se a concessão patrocinada, em

que a remuneração compreende tarifa do usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; na segunda modalidade, tem-se a concessão administrativa, em que a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que aproxima esta modalidade do contrato de empreitada.

(DI PIETRO, 2006)

Mais uma forma existente de contrato é apontado por Di Pietro (2006), a **franquia de serviço público**:

Tão grande é a semelhança entre os dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão; nela há características da concessão administrativa: transferência, ao franqueado, de poderes e deveres próprios do concedente, conservando este último, alguns poderes e deveres, em especial o de controlar e fiscalizar a atuação do franqueado, o de dar-lhe todo treinamento e assistência técnica indispensáveis à execução do serviço e, se for o caso de franquia de distribuição, como o correio, fornecer-lhe os bens necessários a essa finalidade, a diferença entre concessão de serviço público, em sua forma tradicional, e a franquia de serviços é apenas de grau, porque, nesta última, o franqueado sofre limitações em sua atuação e em sua organização muito maiores do que o concessionário na concessão tradicional.

(DI PIETRO, 2006)

Por fim, vale apresentar a definição dada por Di Pietro (2006) na mesma obra, para os **contratos de gestão**:

No direito brasileiro, adotou-se a denominação "contratos de gestão", já consagrada no direito positivo e em alguns trabalhos doutrinários.

A denominação tem sido utilizada para designar acordos celebrados com entidades da Administração indireta, mas também com entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado (mais especificamente, as chamadas organizações sociais) e que poderiam ser enquadradas, por suas características, como entidades paraestatais. Mais recentemente, a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, contratos desse tipo poderão ser celebrados no âmbito da própria Administração direta, entre dirigentes de órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica.

[...]

Se, no caso da Administração Indireta o contrato de gestão tem como contrapartida a flexibilização do regime jurídico administrativo, no caso da entidade privada o contrato serve ao objetivo contrário, pois, ao invés de permitir a submissão integral ao regime jurídico privado, exige-se da entidade a obediência a determinadas normas e princípios do regime jurídico publicístico, colocando-as na categoria de entidades paraestatais.

(DI PIETRO, 2006)

A própria terminologia em torno dos assuntos aqui tratados é objeto de discussão, em especial com o avanço de novos ordenamentos. A própria professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca em seu livro (DI PIETRO, 2006) a necessidade que, em muitos momentos, devem-se distinguir claramente os termos parceria, parceria público-privada, concessão, etc.

Assim, trataremos sempre neste trabalho **parcerias** como as diferentes formas de colaboração na consecução de serviços que, por acordo de vontades, podem ser transferidos a uma entidade privada através de *concessão*, *permissão*, *contratos de gestão* com organizações sociais, ou *franquia*. E aqueles que, por atos administrativos unilaterais, sejam realizados através de *autorização* ou *permissão de serviço público*.

O termo **concessão** será aplicado como forma abrangente, envolvendo as três modalidades possíveis: *concessão comum*, *concessão patrocinada* ou *concessão administrativa*.

Quando a concessão for aquela regida exclusivamente pela Lei 8.987/95, será utilizado o termo **concessão comum**. Será utilizado o termo **parceria público-privada** apenas quando forem tratadas em exclusividade as duas modalidades previstas na Lei 11.079/04: **concessão patrocinada** e **concessão administrativa**.

4 DIVISÃO DE RESPONSABILIDADES DE CONCESSÕES EM SERVIÇOS E OBRAS PÚBLICAS DE TRANSPORTE

Neste capítulo apresenta-se uma análise teórica sobre a divisão de responsabilidades em parcerias entre o setor público e a iniciativa privada, em obras públicas ou serviços públicos de transporte.

Como visto no capítulo anterior, o modelo atual mais relevante para empreendimentos importantes são as concessões, pois permite que as responsabilidades assumidas pelo parceiro privado sejam amplas o suficiente para que este colabore de maneira significativa. Lembra-se que o conceito de concessão aqui empregado envolve tanto as concessões comuns quanto as parcerias público-privadas.

A divisão de responsabilidades nos contratos de concessões refere-se, em primeiro lugar, às obrigações transferidas à iniciativa privada. O outro aspecto, igualmente relevante, é a assunção dos riscos por parte da Concessionária.

Na primeira parte, no item 4.1 deste capítulo, são abordados os objetivos da divisão de responsabilidades nas concessões em sistemas de transporte, bem como limitações às quais essa repartição está submetida.

Em seguida, são listados e comentados, no item 4.2, os principais elementos que a Administração Pública pode transferir através de contratos dessa natureza, que são usualmente avaliados na estruturação de concessões.

Este Capítulo encerra com a proposta do método de estruturação dos modelos de concessão, apresentado no item 4.3.

4.1 Objetivos e Condicionantes do Compartilhamento de Responsabilidades

4.1.1 Qualidade nas Concessões de Transporte

4.1.1.1 Aspectos de Qualidade em Obras, Equipamentos e Sistemas

O objetivo de qualquer contratação é conjugar economia e qualidade. Mas, uma vez que o conceito “qualidade” é genérico, torna-se necessário definir o que realmente se deseja medir quando essa avaliação é realizada.

A qualidade no fornecimento de obras, sistema e equipamentos, no campo da engenharia, está diretamente associada aos conceitos de **desempenho, segurança, vida útil e economia de recursos**.

Ou seja, a qualidade está relacionada ao resultado material das características do objeto produzido, de suas funcionalidades e de seu desempenho final, em contraposição aos insumos de materiais e mão-de-obra dispendidos em sua elaboração.

Independente da forma de obras, sistemas ou equipamentos serem fornecidos através de um contrato de empreitada ou de um contrato de concessão, não haverá distanciamento dos aspectos de qualidade a serem avaliados.

A preocupação dos gestores públicos deve iniciar-se desde a fase de projeto, como muito bem aponta o Tribunal de Contas da União, no exemplo das obras rodoviárias (BRASIL, 2004):

Conquanto tenha sido difícil para as equipes de auditoria separar o que sejam falhas de projeto ou de execução do que sejam problemas decorrentes das costumeiras paralisações, para o fim de individualizar as causas que comprometem a qualidade das rodovias brasileiras, é fato, constatado das fiscalizações deste Tribunal, que muitas obras são projetadas e executadas com graves irregularidades atribuíveis às empresas encarregadas. Há casos também de utilização de projetos desatualizados ou feitos às pressas, somente para permitir a licitação da obra.

[...]

Por esse motivo, é de grande importância um projeto básico bem elaborado, para que a execução da obra mantenha aderência com as previsões iniciais e, assim, seja mantida a vantagem econômica

oferecida pela proposta vencedora da licitação durante toda a duração do contrato. (BRASIL, 2004)

É importante ressaltar que, nos casos de concessão, o particular deverá se responsabilizar pelo fornecimento e terá como contrapartida o direito à exploração comercial durante o prazo contratual, podendo haver a reversão dos bens ao Estado ao seu termo final.

Um dos modelos de parceria mais difundidos no mundo é o chamado BOT (*build, operate and transfer*): construir, operar e transferir. Especialmente com o advento da Lei das PPP, a legislação brasileira permite diversas outras formas de parcerias. Mas esse modelo é conceitualmente importante, pois, além de ser muito próximo à concessão comum, ele demonstra as principais diferenças com os contratos de empreitada.

Nos quesitos de qualidade, então, também ganham importância conceitos que fazem com que esses bens possam ser avaliados ao longo do período de operação e exploração. Destacam-se três essenciais: a manutenção, a disponibilidade e a atualidade.

A **disponibilidade**, também chamada de prontidão operacional, pode ser explicada pela comparação entre o tempo de permanência desse bem à disposição de seu uso em condições adequadas, em relação aos períodos em que ele estiver impedido, seja por quebra, eventos de manutenção ou fatores fortuitos.

A **manutenção**, claro, se refere às atividades necessárias para que as qualidades especificadas permaneçam mantidas ao longo do tempo, sejam características de segurança, desempenho ou funcionalidades.

Para que sejam mantidos ou aprimorados os requisitos funcionais estabelecidos, podem ser necessárias atualizações tecnológicas durante o decorrer do tempo. Essa condição é chamada **atualidade**.

Os contratos de obras, equipamentos ou sistemas podem ser alternados, portanto, para o modelo de outorgas de concessões com certa facilidade. Porém, esses contratos irão prever um escopo mais amplo de obrigações e também conterão alternativas de remuneração do parceiro privado diferentes da forma mais tradicional.

Em resumo, os critérios de qualidade para o fornecimento de obras, equipamentos ou sistemas através de concessões devem abranger os aspectos de cada etapa:

- Qualidade e detalhamento de projeto;
- Qualidade e garantia de fornecimento;
- Desempenho da obra, equipamento ou sistema fornecido;
- Economia de recursos (eficiência) na produção;
- Segurança na fabricação e utilização;
- Vida útil adequada;
- Manutenção, disponibilidade e atualidade; e
- Qualidade e garantia no momento da reversão dos bens.

Portanto, conclui-se que o fornecimento de obras, equipamentos e sistemas ao Poder Público pode ser feito através de uma concessão, de forma isolada ou associado à prestação de outros serviços correlatos. Os requisitos de qualidade, nesta situação, devem também ser ampliados e adaptados de forma a acompanhar essas diferentes obrigações assumidas em cada etapa do contrato.

É usual que o fornecimento de bens esteja incluso entre as obrigações da prestação de um serviço concedido, sendo importante delinear requisitos de qualidade na configuração destes. Os serviços que incluem algum tipo de fornecimento e manutenção de bens devem abarcar também os critérios de qualidade aqui elencados.

Neste trabalho será, então, preponderante a visão de qualidade por um enfoque de serviços, por ser mais abrangente que os aspectos restritos a obras e fornecimentos.

4.1.1.2 Aspectos de Qualidade em Serviços Públicos de Transporte

Os serviços públicos, em comparação à prestação de serviços em sentido amplo, adquirem uma nova dimensão de análise. Alex Abiko e Marco Antonio Plácido de

Almeida (2001), em um estudo sobre serviços públicos urbanos, indicam a justificativa deste especial enfoque.

O serviço público se caracteriza pelo atendimento às necessidades coletivas sendo que estas necessidades coletivas variam consideravelmente entre os diversos países, entre as diversas realidades sociais, entre os vários períodos históricos.

[...]

Os serviços públicos urbanos têm fundamental importância na produção e reprodução do capital, assim como na reprodução da força de trabalho; isto significa que uma eficiente prestação de serviços públicos é fundamental para o desenvolvimento social e econômico de uma sociedade. [...]

Em uma sociedade com tantas carências como a dos países em desenvolvimento, a correta prestação de serviços públicos faz parte da política compensatória e de redistribuição de renda. Isto significa que uma parcela da população com renda insuficiente para arcar com suas necessidades pode ter condições de se desenvolver através dos benefícios trazidos pelos serviços públicos.

(ABIKO; ALMEIDA, 2001)

Um serviço público pode ter a Administração Pública como tomadora direta do serviço. Em outra situação, um serviço público é genericamente disponibilizado e o usuário direto é a pessoa ou instituição individualmente tomadora do serviço. A doutrina jurídica, inclusive, estabelece clara distinção entre cada situação.

Tem-se dito que a Constituição faz uso do termo serviço público ora para referir a atividades prestacionais que, genericamente disponibilizadas, são fruíveis individualmente pelos administrados (art. 145, II), pressupondo-se uma relação jurídica direta e individualizada entre o prestador, o titular do serviço e o usuário (o que se denomina de serviços públicos *uti singuli*), ora para indicar atividades fruíveis coletivamente por toda a sociedade (os chamados serviços públicos *uti universi*). São estes serviços de prestação difusa e generalizada, onde inexistem unidades prestacionais a permitir a identificação de usuários específicos, sendo a própria Administração a receptora imediata do serviço em benefício da coletividade como um todo. (GUIMARÃES, 2009)

Serviços públicos de transporte são tipicamente *uti singuli*, isto é, os indivíduos tomam o serviço público diretamente do operador de transporte, dentro da regulação estatal, em geral, mediante pagamento de tarifa.

A qualidade, então, também passa a ser fundamentalmente observada sob a ótica do usuário do sistema, além do ponto de vista da Administração Pública e do operador privado.

O sistema de transporte opera num contexto que requer uma visão mais abrangente além daquela de quais são os recursos necessários e os produtos produzidos pelo sistema. O produtor (operador) não controla (ou investe) todos os insumos necessários nem se beneficia ou utiliza todos os produtos gerados pelo sistema. (WAISMAN, 1983)

A análise da qualidade em serviços públicos de transporte, portanto, requer um tríptico enfoque: do operador, do usuário e do Governo.

Do ponto de vista do operador, as responsabilidades envolvem prover todos os recursos necessários, materiais e imateriais, para que a operação seja realizada com a eficiência necessária.

O operador é o elemento que maior influência exerce sobre o sistema de transporte e seu ponto de vista deve ser sempre levado em consideração. O operador poderá prover a infraestrutura do sistema e/ou o material rodante, e/ou a mão de obra, e/ou as especialidades técnicas e gerenciais para a operação do sistema, mais as instalações de manutenção e as garagens e outros elementos eventuais, sem os quais os serviços de transporte não podem materializar-se.

[...]

O operador do sistema, quando do setor privado, preocupa-se basicamente com a viabilidade financeira da operação face às restrições impostas pelo poder concedente e expressas pela realização de custos totais inferiores à receita total e/ou a uma rentabilidade mínima sobre o capital investido.

O operador, quando do setor público (no Brasil seu número é extremamente reduzido), apresenta preocupações outras, como a de garantir a mobilidade às populações de mais baixa renda. Às empresas públicas existentes no país tem sido reservado ainda o papel de fornecer parâmetros operacionais ao poder concedente, notadamente na área de custos. (WAISMAN, 1983)

A primeira variável que se observa, portanto, nos serviços públicos de transporte, é o **equilíbrio econômico-financeiro**, principal fator de atratividade para que um parceiro privado assumira contratos dessa natureza.

Outra análise importante é sob o ponto de vista é o do **usuário**. Também é usuário de um sistema de transporte aquele que contrata um transporte de carga. Mas este enfoque é muito mais relevante no transporte de passageiros, onde o cidadão é o usuário do serviço e é o próprio objeto de deslocamento.

Outro elemento importante do transporte urbano é o usuário. Ele representa a própria razão de ser do sistema e, portanto o seu enfoque parece muito apropriado para ser o complemento material do enfoque do operador.

O usuário visa maximizar sua mobilidade no meio urbano vai sistema de transporte coletivo. Em termos de resultados, ele recebe as viagens produzidas no sistema, a um dado preço e nível de qualidade. É, portanto, bastante evidente que os estudos de produtividade e eficiência devem levar em conta o enfoque do usuário e tentar determinar em que medida o sistema de transporte atende os objetivos/desejos do usuário que se utiliza do mesmo. (WAISMAN, 1983)

Aparece claramente, sob o ponto de vista do usuário, a questão da **modicidade tarifária**, frontalmente condicionante do equilíbrio econômico-financeiro. De forma simplista, pode-se já apontar que o valor da tarifa constitui um conflito de interesses entre operador e usuário. Os modelos de contrato devem prever critérios muito objetivos, para que a regulação dos serviços não se torne perversa a nenhum desses dois lados.

Outro aspecto importante ao usuário é a **oferta**, ou seja, quanto maiores sejam as possibilidades de transporte em número de viagens, alternativas de itinerários, ou operadores diferentes, ter-se-á um maior número de opções para a realização do transporte, que se traduz em melhor qualidade.

Além disso, devem ser exigidos na prestação do serviço os **aspectos funcionais do transporte**, como tempo de viagem, conforto, confiabilidade, cortesia, etc.

A promoção e regulação dos sistemas de transporte público cabem ao terceiro agente analisado, o Governo.

A importância do ponto de vista do Governo se deve ao seu papel de poder concedente do serviço de transporte coletivo [...], cabendo-lhe, portanto as tarefas de planejamento global dos sistemas de transporte, a concessão, regulamentação e controle dos serviços e, eventualmente, a operação dos mesmos. Do Governo, em seus diferentes níveis, espera-se a fixação de diretrizes, desenvolvimento de tecnologia, definição de investimentos, etc.

Dentre os investimentos mais importantes realizados pelo Poder Público estão aqueles realizados na implantação e/ou melhoria e/ou manutenção das vias utilizadas pelo transporte coletivo, bem como na gestão das mesmas via engenharia de tráfego [...]. Embora de grande importância para a eficiência do sistema de transporte coletivo, o sistema viário escapa totalmente ao controle do operador [...].

Ao Governo interessa sobretudo garantir a mobilidade da população, notadamente a de baixa renda, e garantir seu acesso aos locais de trabalho, estudo, lazer, etc.

(WAISMAN, 1983)

Claramente, pela função inerente da Administração Pública, percebe-se que emerge do Governo a visão social do serviço público de transporte. Além de fiscalizar e regular a prestação dos serviços, o Poder Público tem seus próprios objetivos em relação ao setor de Transporte, quais sejam universalizar a mobilidade de pessoas e bens e o acesso a serviços de forma eficaz, eficiente e segura.

A própria Lei 8.987/95 expressa as diretrizes do que o Estado considera "serviço adequado" em seu artigo 6º, §1º:

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

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

(BRASIL, 1995)

As qualidades buscadas pelo Governo, ao final, também cobrem a defesa dos interesses objetivos de usuários e operadores. Mas vai além, procurando promover a defesa de direitos difusos da sociedade, pois a existência dos serviços públicos exerce importante papel de proteção social.

Entre todos, ganha destaque o transporte urbano de passageiros, que é tratado pela Constituição Federal (art. 30, V) como “serviço público essencial” de competência dos municípios (BRASIL, 1988). Ou seja, os municípios têm obrigatoriedade de manter sistemas de transporte coletivo, pois é através deste que o cidadão pode alcançar os demais serviços, como saúde, educação, etc.

Entre os princípios básicos de um serviço público, além dos já elencados sob ótica do operador e dos usuários, pode-se destacar na Constituição Federal, então, a regularidade, continuidade, segurança, atualidade e generalidade.

Ana Cláudia Abboud Daou (2007) resumiu em sua pesquisa os princípios do direito público, do ponto de vista da doutrina jurídica: igualdade, continuidade, modicidade tarifária, universalidade (ou generalidade), eficiência e atualidade.

A **igualdade** destina-se a “garantir igual tratamento para os seus usuários, bem como [na licitação] aos candidatos à prestação do serviço” (DAOU, 2007). É de extrema importância social que seja dada igual oportunidade a todos de acesso e condições de uso dos serviços.

Impossível não destacar as atuais tendências, inclusive, de tornar os sistemas de transporte maximamente acessíveis a portadores de deficiências, concessão de gratuidades para faixa da população em vulnerabilidade social, etc. E este é um excelente exemplo para compreender a importância da qualidade do ponto de vista do Governo. Essa diretriz não é de interesse do operador, pois encarece a operação, nem da maioria dos usuários, que acabam tendo que arcar com uma tarifa maior. A Administração Pública exerce seu papel social representando o interesse de importantes grupos minoritários.

Destaca Daou (2007) que o mecanismo de diferenciação tarifária é legal, porém existe grande discussão acerca da forma mais justa de financiar as isenções. A maior parte dos Governos concede gratuidades majorando a tarifa paga pelos

demais usuários. Esse mecanismo pode ser perverso, uma vez que isso encarece e desincentiva o uso do transporte coletivo⁸. A solução é custear as gratuidades através de fontes orçamentárias subsidiadas pela sociedade com um todo e não pelos demais usuários de transporte coletivo⁹.

O princípio da **continuidade** trata da necessidade de manter os serviços disponíveis, não os interrompendo enquanto necessários.

No caso da Concessionária não prover de forma adequada a continuidade dos serviços, o Estado poderá tomar medidas unilaterais ou diretamente prestar os serviços, intervindo como for necessário nos recursos da concessão, como ensina Daou (2007).

Finalmente, ressalta-se que, nos contratos administrativos, sempre respeitado o direito de propriedade do concessionário, como decorrência do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a continuidade do serviço público em prol da coletividade é assegurada através da manifestação dos poderes administrativos de alteração unilateral do contrato, encampação, intervenção, reversão dos bens da Concessionária para o poder concedente quando da extinção da concessão, bem como pela vedação da execução forçada de bens comprometidos com o fornecimento do serviço público. (DAOU, 2007)

A **universalidade** é muito bem exemplificada no trabalho de Rodolfo Torres dos Santos (2006)¹⁰. Daou (2007) define como “o fornecimento do serviço público indistintamente a todos os cidadãos”. Porém, esse princípio deve ser seguido como motivação de criação de novos serviços e na ampliação dos existentes. Pode-se

⁸ É desejável, por outro lado, o uso do transporte coletivo em detrimento de modos individuais, pois representa economia de fontes energéticas, redução de emissão de poluentes, mitigação aos congestionamentos em grandes áreas urbanas, etc.

⁹ Os usuários de transporte coletivo situam-se numa faixa de mais baixa renda, em comparação aos do transporte individual. Menos capazes, portanto, de arcar dentro de seu orçamento familiar com as subvenções ao transporte público.

¹⁰ Ver item 2.5 , pág. 31.

afirmar que, em nossa realidade, mais do que uma condição de qualidade, a universalidade é um dos maiores desafios do Brasil, que sofre com a falta de infraestrutura e serviços públicos em muitas regiões.

A **atualidade** é definida pela Lei 8.987/95 como “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço” (BRASIL, 1995). É um importante aspecto que os serviços prestados mantenham-se dentro dos melhores padrões técnicos vigentes. Isso permite promover, em serviços de transporte, vantagens trazidas pelo desenvolvimento tecnológico como, por exemplo, eficiência energética, redução de poluição, conforto, desempenho, etc.

Assim, é possível listar uma grande quantidade de aspectos de qualidade que são necessários na prestação de serviços públicos de transporte do ponto de vista do operador, do usuário e do Governo. Alguns critérios são de interesse de todos, destacando-se a **segurança**, de pessoas e patrimônio, envolvidos ou não no transporte, como condição elementar de qualquer atividade, ainda mais uma atividade pública.

O outro aspecto a destacar é a **qualidade ambiental**. Mesmo que as leis nacionais de licitação, serviços públicos e parcerias público privadas não tenham previsto, existem outras normativas de diversos níveis que exigem a análise das questões de meio ambiente. O impacto ambiental de obras e atividades é tratado, inclusive, na própria Constituição Federal (art. 225, § 1º, IV).

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(BRASIL, 1988)

Os processos de licenciamento ambiental de projetos de infraestrutura e serviços, que autorizam a implantação dos empreendimentos, consolidaram-se no Brasil a partir de uma grande diversidade de normas infralegais¹¹, através de órgão de representação da União, Estados e Municípios.

Diga-se, é verdade, que até hoje a forma como a questão ambiental é observada no momento da avaliação dos projetos é anterior até à Carta de 1988. Apesar das discussões sobre a integral legalidade da norma¹², é de inegável importância a Resolução CONAMA 1/86, de 23 de janeiro de 1986 (CONAMA, 1986), que materializou os conceitos de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de

¹¹ O inciso IV do art. 225 da CF foi regulamentado explicitamente por lei ordinária, mas o legislador foi bastante estrito, ao tratar apenas da biossegurança de organismos geneticamente modificados (Lei 11.105/2005).

¹² Conforme apresentado por Mirra (2008), diversos doutrinadores do Direito entendem que a Resolução 001/1986 do CONAMA, órgão do Poder Executivo, foi revogada pelas Disposições Constitucionais Transitórias da CF 1988 e as respectivas normas apenas poderiam ser editadas depois disso pelo Poder Legislativo, como explícito que o EIA deve ser exigido "na forma de lei" (CF/1988, art. 225, §1, IV).

Impacto Ambiental (RIMA) e estabeleceu critérios objetivos para sua exigibilidade e forma. A norma define impactos ambientais como:

Art. 1º. Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I. A saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II. As atividades sociais e econômicas;
- III. A biota;
- IV. As condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V. A qualidade dos recursos ambientais.

(CONAMA, 1986)

Waisman (1983) já apontava a dificuldade ao se tratar, de forma concomitante, os diversos aspectos de qualidade dos serviços, quando mais de um foco é observado.

A questão torna-se ainda mais complexa, quando se introduz a idéia de que a qualidade dos serviços deva ser estudada conjuntamente com a produtividade e eficiência operacional, haja vista o caráter conflitivo, na maior parte das vezes, dos interesses dos usuários (melhoria da qualidade dos serviços e/ou redução das tarifas) e dos operadores (redução dos custos de transporte e/ou elevação da rentabilidade).

Assim, a análise de qualidade de serviços públicos de transporte, prestados através de concessões, deve abordar as seguintes questões, não exaustivas:

- Maior eficiência;
- Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;
- Modicidade tarifária;
- Maior oferta de serviços;
- Melhores aspectos funcionais do transporte.
- Igualdade entre os usuários do serviço;

- Continuidade;
- Promoção da universalidade;
- Atualidade tecnológica;
- Segurança.

Não se pode dar menor ou maior valor a cada aspecto de qualidade, pois isso representaria uma equivocada hierarquização entre cada parte envolvida. Os agentes que irão avaliar o desempenho desses requisitos são o operador privado, os usuários e o Governo, este último também como representante da sociedade em geral.

Assim a discussão acerca da divisão de responsabilidades nas concessões de serviços e obras públicas deve buscar como objetivos o equilíbrio e o atendimento simultâneo das qualidades elencadas.

4.1.1.3 Qualidade nas Concessões de Serviços e Obras de Transporte

Em conclusão, este capítulo procura reunir os aspectos de qualidade que deverão nortear a avaliação de qualidade dos projetos de concessão de serviços e obras de transporte.

Os contratos de concessão, como vistos anteriormente, podem ter como objeto um serviço público, conjugado ou não com a execução de prévia de obra pública, podendo incluir fornecimento de bens de qualquer natureza.

A análise envolve uma visão teórica abrangente, tanto sobre o escopo dos projetos, como sobre os agentes (parceiro público, parceiro privado, usuários e sociedade).

Como resultado, é proposta uma listagem, apresentada a seguir, com os aspectos de qualidade mais relevantes dos serviços públicos, incluindo obras e fornecimento de bens, encontrados na literatura e legislações pontuais.

- **Qualidade de projeto:** melhores especificações funcionais e nível de detalhamento dos serviços;

- **Garantia de fornecimento:** fornecimento, fabricação ou disponibilização dos serviços em menor tempo possível e na forma adequada;
- **Eficiência nos investimentos:** utilização racional de recursos nas obras e fornecimento de outros bens;
- **Eficiência nos serviços:** eficiência operacional de recursos humanos e materiais;
- **Qualidade dos bens:** adequadas vida útil, funcionalidade e eficiência de uso;
- **Qualidade dos serviços:** melhores aspectos funcionais do transporte, como tempo de viagem, conforto, etc.
- **Oferta de serviços:** maior número de opções e frequência dos serviços;
- **Qualidade ambiental:** preservação e promoção da proteção do meio ambiente;
- **Segurança:** segurança na fabricação, utilização e prestação dos serviços, para usuários e sociedade em geral;
- **Manutenção:** preservação da qualidade e funcionalidade dos bens e dos serviços ao longo do tempo;
- **Atualidade:** manutenção dos melhores padrões técnicos e tecnológicos;
- **Modicidade tarifária:** redução dos dispêndios necessários aos usuários da infraestrutura e dos serviços;
- **Equilíbrio econômico-financeiro:** manutenção da justa remuneração do parceiro privado;
- **Qualidade na reversão dos bens:** garantia da reversão dos bens em condições adequadas;
- **Igualdade:** proibição da discriminação de tratamento entre diferentes usuários;
- **Continuidade:** maior tempo possível em funcionamento, maior disponibilidade;

- **Universalidade:** promoção da expansão e dispersão da infraestrutura e serviços públicos.

Esses critérios de qualidade, não são exaustivos, mas abordam os principais aspectos, suficientes para a pesquisa aqui desenvolvida. Deve-se ressaltar que os aspectos são aplicáveis, independentemente do grau de transferência de responsabilidades a um parceiro privado. Aliás, quase todos os critérios elencados se aplicam mesmo que o empreendedor seja diretamente o Poder Público.

Os critérios de qualidade irão nortear o melhor caminho para a estruturação de uma concessão, inclusive condicionando qualquer modelo à obtenção de padrões mínimos em cada aspecto.

4.1.2 Análise de Valor das Concessões

As principais vantagens percebidas pelos gestores, apontadas pelos autores Grimsey e Lewis (2005), que trazem melhor desempenho nos recursos públicos investidos, na adoção de parcerias são: transferência de riscos, natureza de longo prazo dos contratos, utilização de especificações de resultados, competição, medição do desempenho e incentivos e habilidades gerenciais do setor privado.

Isso, segundo eles, seriam os aspectos mais importantes que permitiriam obter melhores serviços com os mesmos gastos ao se adotar o modelo de concessões, pelo que se referem no termo inglês *Value for Money* (VFM).

Mas não é possível afirmar simplesmente, contudo, que uma concessão seja uma boa medida apenas pela transferência de riscos e a realização de uma licitação. É necessário comparar toda a estrutura de negócio entre os dois modelos.

Há várias razões pelas quais os Governos podem realizar parcerias, embora a primordial seja o objetivo de alcançar um melhor desempenho dos recursos [*value for money*], ou melhores serviços pela mesma quantia de dinheiro, comparando a quanto o setor público gastaria para entregar um projeto semelhante. (GRIMSEY; LEWIS, 2005)

A visão financista do trabalho de Grimsey e Lewis (2005) pode até parecer um pouco exagerada, mas, como comentado anteriormente, os critérios de qualidade de um projeto de parceria não diferem muito daquilo que se deveria exigir de um órgão público no seu desenvolvimento.

Assim, propõe-se que a análise de valor das concessões seja feita através do método *Public Sector Comparator* (PSC). Nesta análise, estabelece-se uma comparação entre projetos iguais, porém um realizado através de um mecanismo de parcerias, entre alguma das modalidades de concessão, e outro por formas mais tradicionais, contratando a prestação de serviço por empreitada ou o Estado prestando o serviço diretamente, conforme Grimsey e Lewis (2005) apresentam.

Pelo contrário, a possibilidade de alcançar um valor extra para o dinheiro através da aplicação de uma análise de parcerias pode ser estimada [...] com uma análise dupla realizada antes da implementação da Parceria. É realizado, em primeiro lugar, o cálculo do custo de referência da prestação de serviços especificados através de contratos tradicionais e, segundo, a comparação deste custo de referência com o custo da prestação do serviço especificado por um regime de Parceria. Este benchmark é conhecido como comparador do setor público [*Public Sector Comparator*]. (GRIMSEY; LEWIS, 2005)

A comparação com o indicador PSC, originado no modelo inglês de parcerias, de acordo com os mesmos autores, mesmo que não seja a única forma de avaliar, tem sido adotada em alguns locais como o principal verificador de valor acrescido resultante das parcerias (GRIMSEY; LEWIS, 2005).

O Tribunal de Contas de Portugal (PORTUGAL, 2008), por exemplo, instituiu¹³ o método *Value for Money* de avaliação de desempenho dos recursos públicos de parcerias frente ao *Public Sector Comparator*, como forma de verificar a adequação da escolha pelo modelo de PPP:

Face a este contexto, e tendo por base as directrizes da INTOSAI (Organização Internacional de Instituições Superiores de Controlo e

¹³ Esta definição também ocorre por força da exigência da legislação portuguesa que exige análise prévia das parcerias, no seu Decreto-Lei 86/2003, em seu artigo 8 – Preparação e estudo de parcerias.

Auditoria), em matéria de auditoria pública a contratos celebrados em regime de Parceria Público Privada, o desafio que se colocou ao Tribunal foi o de avaliar o trabalho desenvolvido pelo Estado concedente, no sentido de obter o Acordo/Contrato que melhor satisfizesse esses seus interesses e os dos contribuintes, o que implicou, obviamente, uma avaliação dos procedimentos de contratação e dos resultados alcançados, à luz das melhores práticas utilizadas nestes modelos.

Esta óptica de intervenção traduziu uma apreciação substantiva do modelo contratual, até porque o que estava em causa eram dinheiros e valores públicos, cuja utilização estava subordinada a princípios de transparência e responsabilização, no sentido em que a opção Parceria Público Privada deverá justificar o *value for money*, isto é, evidenciar vantagens acrescidas, em relação à opção tradicional de financiamento directo, por via do Orçamento de Estado e não ser alicerçada em motivações de índole orçamental relacionadas apenas com a contabilização *off-balance sheet* da dívida pública.

[...]

Assim, nos termos deste quadro legal, a opção PPP estará subordinada não só a uma análise de *value for money* da despesa pública (confrontação com o "comparador público"), como igualmente a uma avaliação do dimensionamento e sustentabilidade dos encargos a assumir no âmbito do sistema de orçamentação plurianual do SPA.

A regulamentação específica das PPP procura assim estabelecer parâmetros objectivos para avaliar e justificar a opção PPP face a outros modelos alternativos, como é o caso do modelo de gestão e financiamento directo pelo sector público, sem contudo, descurar a sua articulação com os preceitos enunciados na Lei de enquadramento orçamental.

(PORTUGAL, 2008)

O Estado de Victoria, na Austrália também adota o método PSC como parte obrigatória integrante das análises das parcerias. Segundo o Governo Local, esse método tem como papéis:

- Promover a avaliação de custos em um estágio inicial de desenvolvimento do projeto;
- Fornecer uma ferramenta chave de gerenciamento durante o processo de contratações, focando a atenção na especificação de resultados, na divisão de riscos e no custeio;

- Fornece um meio confiável para verificar e demonstrar o desempenho dos recursos;
- Fornecer uma referência consistente de indicadores e uma ferramenta de avaliação; e
- Estimula a concorrência, gerando confiança no mercado que o rigor financeiro e princípios de probidade estão sendo aplicados.

A metodologia também já é mencionada em trabalhos publicados no Brasil. Aragão *et al* (2004) avaliam que este método é o mais bem consolidado.

Na verdade, constitui questão já clássica, na literatura internacional sobre as parcerias público-privadas, a definição de quais os projetos é que teriam perfil adequado para compor o rol de parcerias. Essa questão tem ensejado o desenvolvimentos de diversos critérios de "aceitabilidade" de projetos para a inclusão no rol das parcerias a serem incentivadas, ou até mesmo admitidas no devido processo legal. Os critérios que aparecem como os mais consolidados dizem respeito à avaliação do fardo monetário efetivo do Governo ao optar por uma parceria, em comparação com a opção tradicional de provisão pública (*Value for Money, Public Setor Comparator*).

(ARAGÃO *et al*, 2004)

Outros métodos, além do PSC, foram desenvolvidos e utilizados em alguns países (GRIMSEY; LEWIS, 2005), como por exemplo, comparação custo-benefício, avaliação de resultados das licitações promovidas ou o *Public-Private Comparator*¹⁴ (DE CAMPOS, 2005).

¹⁴ Vale destacar o Comparador Público Privado (*Public-Private Comparator - PPC*) desenvolvido pelo *PPP Knowledge Centre* da Holanda, como apresentado por De Campos (2005). O PPC foi desenvolvido como indicador preliminar que subsidia a decisão de promover o concurso de PPP. Seu desenvolvimento foi feito, pois se julgou um problema o fato do PSC muitas vezes só ser detalhado após o lançamento do concurso de PPP, o que frustrava o processo quando nenhuma proposta de PPP superava em valor o PSC. Nas normas holandesas, com a avaliação positiva do PPC, o desenvolvimento completo do PSC é mantido no decorrer da licitação para subsidiar a negociação entre o Governo e os licitantes, porém com indícios claros que alguma alternativa de PPP será bem sucedida.

Nenhum dos outros métodos apresentados, no entanto, permite uma comparação absoluta da vantagem entre a proposta de parceria e a alternativa empreendida diretamente pelo Poder Público.

Grimsey e Lewis (2005) incluem em seu estudo uma demonstração da evolução dos métodos de análise em duas dezenas de países, apontando que o método de comparação com o indicador PSC tem obtido bons resultados e tem sido adotado por países que testaram métodos alternativos.

As ressalvas que os autores apontam ao método PSC são:

1. A avaliação de valor do dinheiro geralmente se resume a uma escolha entre dois grandes montantes de Valor Presente Líquido (VPL), com a diferença entre eles, muitas vezes pequenas e dependentes de cálculos de transferência de risco incluídos no PSC. Porque o PSC é inteiramente hipotético, seu valor pode ser alterado pelas suposições feitas, especialmente sobre a transferência de risco para o setor privado, que geralmente é o elemento crucial no valor do dinheiro (VFM) esperado de uma operação de Parceria sobre o valor PSC.
2. A metodologia de determinação da Taxa de Desconto é falha. Ela não fornece uma medida da preferência social temporal. Por causa do desconto inerente ao cálculo do VPL, mesmo pequenas mudanças na taxa de desconto aplicadas farão variar o resultado de qual sistema traz o melhor VFM.
3. Independentemente de quanto risco é transferido para o setor privado, os principais riscos (de obsolescência, mudança das necessidades e resultados de desempenho de serviços) ainda estão a cargo do setor público e os custos recaem sobre a sociedade em geral. Além disso, a verdadeira questão é a incerteza e não o risco; e o significado dessa diferença torna o cálculo de riscos problemático.
4. Com contratos de duração, às vezes até 60 anos, as avaliações financeiras relativas às estimativas de custos, taxas de desconto e alocação de riscos são bases incompletas para tirar conclusões sobre a viabilidade de escolher o modelo de Parceria, e é necessária mais ênfase aos elementos não-financeiros em uma avaliação em longo prazo.

(GRIMSEY; LEWIS, 2005)

As estimativas macroeconômicas podem efetivamente alterar a decisão por uma melhor forma de investimento, porém esse resultado dificilmente será diferente por conta do método de análise. Os problemas de qualidade da análise financeira e,

portanto, da confiabilidade dos critérios adotados nas figuras de mérito (como VPL, TIR e taxa de desconto), existirão em todo método de avaliação econômico-financeiro que for pretendido, seja o método de comparação Parceria-PSC ou qualquer outro.

Outro fato que mitiga as críticas elencadas é que o titular dos serviços públicos sempre permanecerá sendo o Estado e, como tal, será sempre o garantidor de sua prestação e o responsável pela decisão de sua alteração ou interrupção. Assim, no caso do serviço se tornar desnecessário, obsoleto ou mal servido, cabe ao Poder Concedente, mesmo que unilateralmente, a modificação ou encerramento do contrato.

No caso de uma alteração social ser tão profunda que tome o serviço público concebido desinteressante ao longo do tempo, impossível de ser previsto no momento de sua contratação, não deverá a Administração Pública se omitir e levar até o fim os custos de mantê-lo. Deve apenas ser avaliado, em seu devido momento, se o custo de termo final do contrato, incluindo as respectivas indenizações devidas, é menor que as obrigações contratuais remanescentes até o fim do prazo inicialmente estabelecido.

Por fim, a introdução de análises estratégicas para projetos de longo prazo são de difícil valoração para inserção numa comparação entre a concessão e o PSC. Mas esse problema também reside em projetos realizados pelos mecanismos tradicionais, porém eles dificilmente seriam viáveis dessa outra forma pela falta de recursos públicos. Entende-se que a avaliação estratégica será dada pela escolha entre os diversos projetos possíveis em cada momento, frente uma análise de benefícios sociais e macroeconômicos.

Mesmo com a ajuda do financiamento privado, o orçamento estatal sempre será limitado e deverá haver uma escolha entre quais os projetos que efetivamente receberão os aportes do Governo.

Concordando com estas ponderações e somado às conclusões da pesquisa de Grimsey e Lewis (2005), sugere-se aqui a adoção do método *Public Sector Comparator* para análises de valor de concessões, pois, na atualidade, ele é o mais eficaz disponível e o mais objetivo para a escolha de um modelo em detrimento de outro, sendo um mecanismo confiável de decisão.

4.1.2.1 *Elaboração do Public Sector Comparator*

O conceito geral do método *Public Sector Comparator* (PSC) - é a aferição se o valor dos custos e riscos assumidos pelo Poder Concedente na opção de concessão é menor do que aquele caso projeto fosse contratado tradicionalmente com financiamento público. Ou seja, numa tradução literal, se a parceria traz maior "valor pelo dinheiro" frente ao cenário "comparador do setor público".

Segundo Grimsey e Lewis (2005), isto é realizado através da preparação de um conjunto de custos hipotéticos para os contratos públicos de um projeto para prestar o mesmo serviço, incluindo uma avaliação completa dos riscos do projeto assumidos pelo Poder Concedente. Este custo hipotético é comparado com os fluxos reais a serem pagos à Concessionária, mais o valor residual de quaisquer custos e riscos não transferidos.

O Governo de Vitória, Austrália, produziu um manual sobre o método *Public Sector Comparator* (STATE OF VICTORIA, 2001). O método é apresentado da mesma forma pelo trabalho de Grimsey e Lewis (2005), descrito a seguir.

O primeiro passo é elaborar um projeto de referência, a partir do qual será calculado o indicador PSC. Evidentemente, o projeto deve possuir o mesmo escopo e atributos da concessão em análise e deve refletir como o Poder Público empreenderia por seus próprios meios, sem a parceria no modelo de concessão.

Evidentemente, devem ser considerados neste projeto de referência os contratos usuais de terceirização e fornecimento. Também é importante que as principais questões técnicas já estejam solucionadas, podendo ser necessário o setor público contratar previamente consultores ou projetistas. Ou seja, tanto do ponto de vista da forma de contratação, como do objeto destes contratos, o projeto de referência deve ser detalhado para garantir confiabilidade nas etapas seguintes de avaliação.

Definido o projeto de referência, é quantificado o *Public Sector Comparator*, composto por quatro parcelas:

- Riscos Transferíveis;
- Neutralidade Competitiva;

- PSC base (dispêndios diretos); e
- Riscos Retidos.

O método de análise consiste na construção de cada um destes componentes e, depois, comparar com a alternativa de concessão, também chamada de análise *Value for Money*.

O cálculo do cenário **PSC base** consiste na avaliação dos custos de capital e de operação, diretos e indiretos, sendo uma estimativa completa de todos os custos de construir, fornecer, manter, e operar os serviços pelo mesmo período estimado para a concessão, inclusive quanto ao nível de desempenho e valor residual dos bens que seria exigido da iniciativa privada.

O PSC base deve incluir uma análise de custos completos de planejamento, projeto e contratação do que tudo que deve ser contratado pelo Estado para consecução do objeto em análise.

Os ajustes de **neutralidade competitiva** refletem a equiparação na comparação entre os efeitos da propriedade pública e privada na execução dos projetos, por efeitos fiscais e tributários. Os impostos gerados pela operação privada, pois, retornam para o Governo e devem ser deduzidos na análise da Parceria quando feita a comparação com o PSC. Também devem ser elencadas desvantagens do projeto feito pelo Poder Público para acréscimo ao PSC, como eventual aumento de necessidade de garantias, por exemplo.

A análise dos **riscos transferíveis** é muito importante e remete a uma das essências das concessões, em especial nas Parcerias Público-Privadas.

A primeira parte é o amplo registro dos riscos relevantes no projeto, verificando o provável impacto e a probabilidade de ocorrência dos riscos que podem ser assumidos pelo particular. Em seguida, procede-se à divisão dos riscos, que é um

dos principais objetivos de uma parceria. A valoração desses riscos, em geral, depende de uma alta disponibilidade de dados históricos e de referências.

Os riscos não transferidos são os riscos retidos. A mesma metodologia de valoração deve ser empregada.

Deve-se ressaltar que a avaliação quantitativa dos riscos não é uma questão trivial. Conceitualmente é importante esclarecer que a valoração do risco não pode ser tomada como o simples custo material de uma sinistralidade. Deve-se envolver o custo potencial de assumir o risco, ou seja, considerar todos os riscos e quantificar as consequências dos riscos. Depois de analisado o impacto social amplo e valorar, então se realiza uma estimativa de probabilidade dos riscos e calcula-se o valor potencial total dos riscos ponderados assumidos.

A avaliação de risco na determinação do PSC também poderá orientar a divisão de riscos a ser adotado no modelo de concessão, definido a decisão por transferir alguns ao parceiro privado.

Definido o *Public Sector Comparator*, realiza-se a análise de *Value for Money* entre os valores de propostas de concessão e o PSC, conforme indicado no trabalho de Grimsey e Lewis (2005).

Uma vez que o VPL de ambos, PSC e Parceria, estejam preparados e ajustados em bases comparáveis, então uma simples comparação pode ser feita entre eles [...]. Assumindo todo o restante igual (i.e., qualidade e alocação de riscos), o *Value for Money* é demonstrado quando o valor presente total dos custos de fornecimento pelo setor privado é menor que o valor presente líquido dos custos base do serviço, ajustado pelos custos de riscos retidos pelo Governo e pelos efeitos de neutralidade competitiva.

Os autores apresentam uma figura que exemplifica a comparação de valor entre a Parceria e o PSC, conforme a seguir.

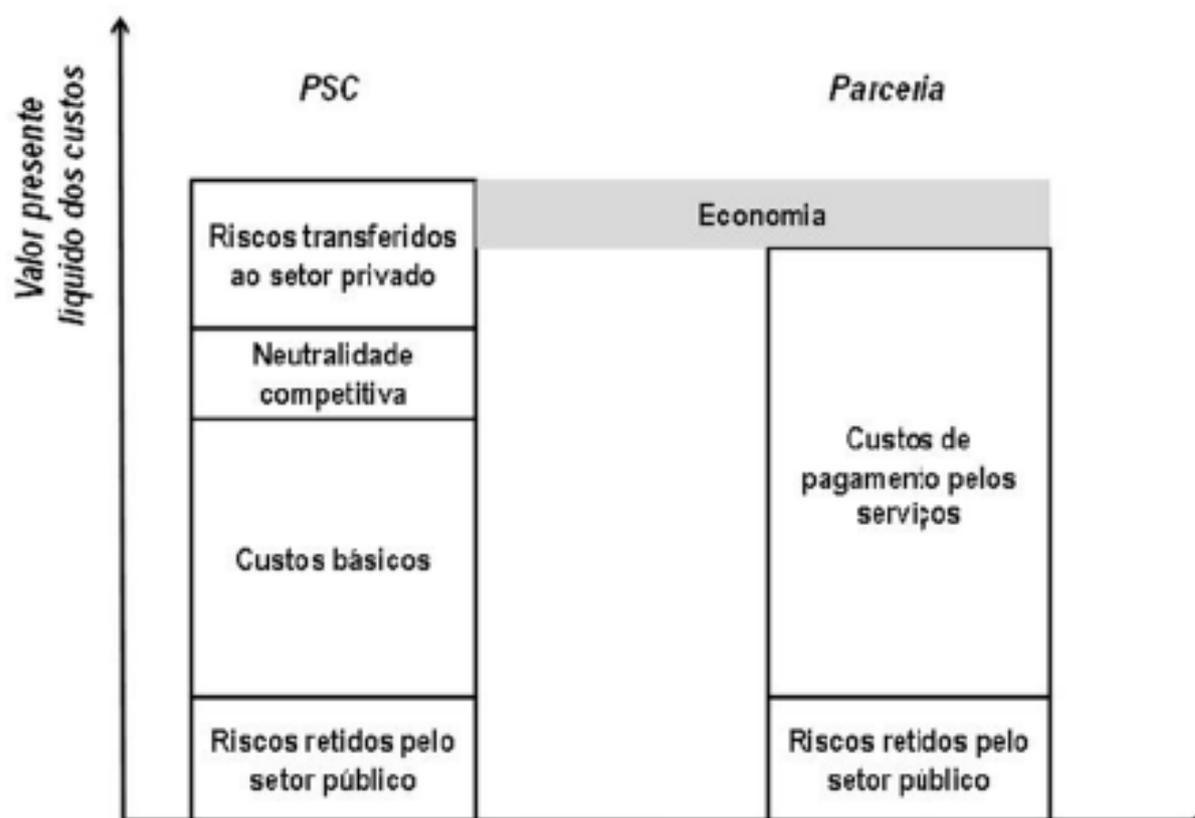


Figura 1 – Análise *Value for Money*
(Fonte: GRIMSEY; LEWIS, 2005)

Antes da aprovação final do negócio é importante que seja feita a avaliação de *Value for Money* do PSC e de um cenário que se entende como factível para as propostas de parcerias. Isso deve ser feito confrontando, em Valor Presente, as alternativas, consideradas as mesmas premissas de objeto do contrato, atributos da concessão e qualidade dos serviços.

Durante a etapa de concorrência da concessão, devem-se considerar aceitáveis para contratação apenas as propostas que tenham um Valor Presente dos custos menor que o *Public Sector Comparator*.

4.1.3 Riscos e Qualidade dos Contratos das Parcerias

O modelo de parcerias é definido no estudo econômico de Mei, Qiming e Xiaopeng (2008) como uma cooperação de longo prazo entre órgãos do Poder Público e entidades privadas, com o objetivo de dar eficácia ao valor do capital e eficiência na implantação, gestão e operação de projetos de infraestruturas públicas, conforme uma alocação de riscos e interesses.

Além desta razão econômica na relação contratual, nas modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, a divisão de riscos também é um requisito legal e formal, devendo ter disposições específicas nos contratos, conforme previsto na Lei das PPPs, em seus art. 4 e 5:

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

[...]

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.

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

[...]

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

(BRASIL, 2004)

Uma primeira observação muito importante acerca da divisão de risco é que há uma inegável hierarquia entre os parceiros. Mesmo que exista um contrato igual entre as partes e que os modelos de parcerias sejam pretensiosos em colocar os parceiros em igualdade, isso não ocorre. O contrato é de natureza pública (contrato administrativo), os projetos são de interesse social e o setor público permanece com a titularidade dos serviços e o poder de alterar unilateralmente os contratos.

Essa é uma das principais razões, inclusive, que a Lei das PPPs no Brasil estabeleceu como proteção ao parceiro privado, em relação ao não recebimento de contraprestações pecuniárias, que a Administração que desejar realizar este tipo de

contrato pode dispor de um fundo com garantias reais e disponíveis¹⁵ (Lei 11.079/04, art. 8).

Palma, Leruth e Prunier (2009) em sua pesquisa sobre riscos dos modelos de parcerias, colocam categoricamente que a condição de eficiência econômica depende que os riscos sejam avaliados e divididos de forma ótima, entre os parceiros, ou seja, atribuídos ao Estado, à Concessionária ou a uma seguradora independente.

Duas condições para que o modelo de divisão de risco mais tradicional, como o de concessão comum¹⁶, não seja sempre o mais eficiente, segundo esses autores, são:

- Assimetria de função e interesse e assimetria de informação entre os parceiros;
- Viés de percepção que dificultam a avaliação racional de riscos e exacerbam o impacto da assimetria de informações.

Em relação à **assimetria de informação**, as vantagens do parceiro privado, em tese, é deter mais informações disponíveis que o setor público, segundo a extensa pesquisa (PALMA; LERUTH; PRUNIER, 2009), em especial:

- Habilidade de administrar as responsabilidades e ações: a empresa tem maior nível de informação a respeito das ações que podem ser tomadas, enquanto o parceiro público tem dificuldade de conhecer e prever todas as medidas possíveis de buscar eficiência.

¹⁵ O conceito é importante, pois os bens públicos de uso especial ou vinculados a um serviço público são considerados indisponíveis e não podem ser alienados, não podendo ser dados em garantia. Para que um bem possa constituir um fundo de garantia de uma Parceria Público-Privada, ele precisa estar desafetado desses usos, ser um bem público disponível (bens dominicais).

¹⁶ Utiliza-se aqui a figura de concessão comum, pois se assemelha ao modelo tradicional identificado no trabalho de Palma; Leruth; Prunier (2009): o Governo assume o risco de projeto, o setor privado assume integralmente os riscos de fornecimento, operação e manutenção, bem como os riscos fortuitos securitizáveis, o Governo assume os riscos fortuitos e de força maior não securitizáveis e de demanda social mínima, o setor privado fica com o risco de financiamento e são compartilhados os riscos residuais.

- Característica do projeto e estados da natureza: a empresa estará, em geral, melhor informada sobre o projeto que o órgão público, tanto nos riscos de construção e fornecimento, quanto nos fatores externos que podem impor dificuldades ou facilitar sua implementação.

Outro tipo de situação é quando a informação está igualmente (in)disponível, mas o efeito em cada parceiro é muito diferente. Como exemplo, uma cláusula de proteção de risco cambial ao parceiro privado pode fazer com que o parceiro público tenha que assumir grandes gastos no caso de uma crise macroeconômica cambial.

Os vieses de percepção de um risco envolvem tanto como o agente entende a probabilidade de ocorrência, como o grau de efeito de sua ocorrência¹⁷.

A análise realizada por Palma, Leruth, Prunier (2009) utiliza um modelo conhecido na teoria econômica como "*principal-agent problem*", no qual um patrão (*principal*, o Poder Público) contrata um servidor (*agent*, a empresa privada), cujas características do problema são:

- As informações são assimétricas e, em geral, o servidor (Concessionária) tem mais informação sobre suas próprias ações e sobre as condições de trabalho;
- O servidor (Concessionária) persegue seus próprios interesses, que podem ser contrários aos do patrão (o Governo).

Para obter os melhores resultados, os autores defendem que este modelo revela que os contratos de Parceria devem ter como características:

- Um contrato totalmente especificado e vinculativo entre o Governo e a empresa;
- Termos estáveis do contrato ao longo do tempo;
- Indicadores de resultados mensuráveis e monitoráveis; e
- Fortes sanções em caso de fraude comprovada.

¹⁷ Por exemplo, de acordo com Palma; Leruth; Prunier (2009): "Os experimentos econômicos sugerem que a sociedade parece menos capaz de tolerar grandes catástrofes que incidentes repetidos, mesmo quando o número total de vítimas seja o mesmo em ambos os casos."

Em relação à divisão de obrigações de realização de obra, fornecimento de bens e participação na operação do negócio, a atribuição que cabe a cada parceiro (público e privado) traz uma análise bastante objetiva dos investimentos e despesas envolvidos. Esses valores são quantificáveis com bom grau de certeza a partir de estudos suficientemente detalhados, no momento de elaboração dos projetos.

Por outro lado, é comprovado que a avaliação de riscos passa por uma atribuição individual de valor dada à divisão de responsabilidades do contrato proposto. Cada parcela de risco será avaliada de forma diferente por cada parceiro. Ou seja, a avaliação de riscos é mais complexa e pode trazer resultados bastante diferentes quando atribuídos ao parceiro público ou ao privado.

O trabalho de Palma, Leruth, Prunier (2009) indica a tipologia dos riscos e a atribuição que deve ser feita tipicamente, apresentada na tabela a seguir.

Quadro 2 – Tipologia de Riscos em Parcerias

	Projeto [riscos intrínsecos do projeto]	Portador do risco	Parceria [riscos na adoção do modelo de parceria]	Portador do risco
Informação privada da firma (com viés de percepção do Governo)	<ul style="list-style-type: none"> - Riscos de construção não relacionados ao estado de natureza (erros de custos, atrasos, deficiência de projeto) - Risco de manutenção - Risco de desempenho (má qualidade das operações quando o projeto estiver concluído) - Risco de demanda de risco (devido ao mau desempenho do operador privado) 	Privado	<ul style="list-style-type: none"> - Risco de inexecução (o operador privado pode não ser capaz de gerir eficazmente o projeto) - Risco de renegociação (expropriação do Governo por uma renegociação iniciada pelo operador privado) 	Público
Informação simétrica (com viés de percepção por todos, inclusive dos eleitores)	<ul style="list-style-type: none"> - Risco financeiro (inflação, taxa de juros e flutuações da taxa de câmbio) - Catástrofes naturais (tempestade, inundação, furacão) - Choques macroeconómicos (recessão económica, crises internacionais) - Demanda de risco (devido à situação macroeconómica) 	Público e Privado	<ul style="list-style-type: none"> - Risco do valor residual (incerteza sobre o valor dos bens ao fim do prazo contratual) 	Público (se o serviço é essencial) Privado (se o serviço não é essencial)
Informação privada do Governo (com viés de percepção da firma)			<ul style="list-style-type: none"> - Risco político. (expropriação da empresa, violência política) - Risco regulatório. (omissão do Governo em matéria de obrigações contratuais) - Risco de demanda (devido a inadimplência contratual do Governo) 	Público (com sistemas legais e regulatório fortes) Público (com sistemas legais e regulatório fracos)

(Fonte: PALMA, LERUTH, PRUNIER, 2009)

As análises teóricas realizadas pelo trabalho de Palma, Leruth, Prunier (2009) indicam que cada partícipe deve lidar com os riscos que tiver maior informação ou tenha capacidade de encontrar uma forma externa eficiente de securitizar o risco. Em outras palavras, cada parceiro fica com o risco que puder administrar melhor.

Assim, não existe valor agregado para que um único agente suporte todos os riscos quando a informação é simétrica: os riscos devem ser compartilhados entre o Governo e a Concessionária, dependendo da aversão ao risco relativo ou das atividades já administradas por cada parte.

Os riscos políticos, regulatórios e de demanda são intensificados pela hierarquia comentada anteriormente. O sistema legal com aplicação efetiva e a participação forte de agências reguladoras independentes permitem com que a Concessionária esteja protegida de abusos por parte da Administração.

Vale ressaltar que, ciente da importância de preservar o interesse público e da existência de situações imprevisíveis ou inevitáveis, o legislador federal, deu o devido destaque na Lei 11079/04, em seu art. 5, III (g.n.): "As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...]. III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do Príncipe e álea econômica extraordinária".

Após elucidar as condições em que a divisão de riscos ocorre, persiste, no entanto, a dificuldade de estabelecer um método objetivo de realizar essa repartição. Cada projeto deverá ser analisado individualmente. Marcos Barbosa Pinto (2006), em seu artigo, seguiu a mesma linha e resume bem quatro diretrizes norteadoras da divisão de riscos em contratos de PPP.

A primeira diretriz é bastante intuitiva: os riscos de uma PPP devem ser alocados para a parte que puder, a um custo mais baixo, reduzir as chances de que o prejuízo venha a se materializar ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes. Normalmente, essa parte é aquela que tem maior controle sobre os riscos em questão ou sobre suas consequências.

[...]

A segunda diretriz nos aconselha a não atribuir riscos para agentes econômicos que podem externalizar suas perdas. Com efeito, o incentivo que se pretende criar atribuindo riscos a uma das partes não funciona quando se podem transferir os prejuízos para terceiros. Essa regra indica claramente que, na maior parte dos casos, o Estado não é um bom absorvedor de riscos, já que ele pode transferir todos os seus custos para os contribuintes. Logo, as perdas sofridas pelo Erário não induzem a uma administração mais eficiente de custos.

A terceira diretriz é mais controversa. Em tese, se uma das partes pode obter seguro contra determinados riscos a um custo mais baixo, deveríamos atribuir a ela esses riscos. [Mas isso não pode ser generalizado e depende de uma análise de cada caso concreto.] [...] Até que estes dados estejam disponíveis, no entanto, podemos formular a seguinte diretriz intermediária: o custo de seguros não deve influenciar a alocação de riscos em uma PPP, exceto nos casos em que os riscos correspondentes não encontrem cobertura no mercado, ou cujos prêmios sejam proibitivos. Nesses casos, é mais eficiente que o Estado assuma o risco em questão, vendendo sua capacidade de absorção de perdas para o parceiro privado a um preço adequado.

[...]

A quarta diretriz é uma regra prudencial. Sempre que não for claro qual é a alocação de riscos mais eficiente, devemos alocar os custos para a parte sobre a qual eles recaem naturalmente. A razão subjacente a essa diretriz é simples: é mais barato deixar as coisas como estão do que alterá-las. Desta forma, evitam-se os custos indiretos relacionados a compensações econômicas, tais como o custo de fiscalizar se o prejuízo é mesmo compensável, o custo de determinar o montante da perda e o custo de eventuais compensações indevidas resultantes de comportamento oportunista.

(PINTO, 2006)

As quatro diretrizes elencadas no artigo (PINTO, 2006) são consistentes com os conceitos econômicos apresentadas no trabalho de Palma, Leruth e Prunier (2009).

Não se pretende, porém, adotar a divisão de riscos simples e genérica apresentada no Quadro 2. Isso será objeto de uma análise aprofundada, elencando quais os tipos de riscos são relevantes em projetos de infraestrutura e serviços públicos de transporte.

Apresenta-se aqui um critério claro que deve ser aplicado à divisão de riscos. Em conclusão, em um ambiente em que se assume a existência de hierarquia entre as

partes, assimetria de informação e vieses de percepção, a busca de eficiência na divisão de riscos em projetos de concessão de infraestrutura e serviços públicos deve ser orientada com as seguintes diretrizes:

- Cada risco deve ser suportado pelo parceiro que for mais eficiente e eficaz em sua gestão, concorrendo para isso o nível de informação que cada um deterá ao longo do tempo;
- Não alocar riscos que sejam simplesmente repassados a terceiros, buscando também proteger a sociedade, alocando a maior parcela de riscos possível ao parceiro privado; e
- Adotar os seguros de mercado disponíveis que sejam mais eficientes que a administração direta dos riscos por um dos parceiros.

Essa conclusão é reforçada pelo trabalho de Aragão *et al* (2004). Esses autores concluem da mesma forma que os demais trabalhos (PALMA, LERUTH, PRUNIER, 2009 e PINTO, 2006) e trazem algumas sugestões importantes:

- O parceiro que se responsabilizar por determinado risco, também necessita ter a liberdade para definir a melhor forma de minimizá-lo;
- Entidades financiadoras devem ser envolvidas na avaliação e repartição de riscos; e
- As garantias e compromissos contratuais também são importantes ferramentas de gestão de risco.

Para garantir a eficácia das parcerias, devem-se, portanto, vincular os parceiros de forma clara, o contrato deve ser totalmente especificado, com condições estáveis ao longo do tempo, além de possuir indicadores eficazes de resultados e prever sanções que tenham a força necessária para incentivar seu cumprimento.

4.1.4 Legalidade e Requisitos Formais

Di Pietro (2006) nos ensina que “o entusiasmo pela privatização (entendida no sentido de busca pelo regime jurídico de direito privado para a Administração Pública), não pode chegar ao ponto de tornar letra morta o princípio da legalidade, porque sem este não existe Estado de Direito”. A autora segue: “É possível mesmo dizer, sem receio de errar, que a própria privatização não esconde o anseio de fugir ao regime jurídico de direito público.”

Importante resgatar as palavras de Di Pietro (2006), não com objetivo de afrontar a ideologia de redução do tamanho do Estado, mas para demonstrar que isso não pode ser realizado sem que represente real benefício à sociedade, muito menos à margem da lei:

O que se verifica é uma acentuada oposição entre os tecnocratas e os burocratas, entre o princípio da eficiência, pregado pela Ciência da Administração, e o princípio da legalidade imposto pela Constituição e inerente ao Estado de Direito. (DI PIETRO, 2006. grifos da autora).

O objetivo é, então, conciliar o princípio da eficiência, apresentado por várias vertentes nesta tese, com o princípio da legalidade que, em última análise, é condição necessária para que um projeto de concessão possa ser implantado com segurança jurídica no Brasil.

[...] O princípio da legalidade está acompanhado de uma constelação de valores e garantias constitucionais que a eficácia administrativa não pode desconhecer. A igualdade perante a lei, a liberdade de concorrência, a segurança jurídica e o controle efetivo dos gastos públicos – que são, entre outros, pilares básicos do ordenamento jurídico da administração – condicionam ou limitam, em concreto, o alcance do princípio da eficácia. (JESÚS LEGUINA VILLA, 1995 *apud* DI PIETRO, 2006).

Não se pretende, tampouco, estabelecer uma discussão acerca da constitucionalidade ou mesmo levantar questões sobre a melhor interpretação das normativas legais. Diversos autores tem se debruçado sobre isso no campo do estudo do Direito.

O objetivo deste capítulo é apenas verificar quais os requisitos legais sob os quais as concessões devem ser estabelecidas. Como visto anteriormente, as três diferentes formas de concessão de obra ou serviço público, são:

- **Concessão comum**, disciplinadas pela Lei 8.987/95 e legislação esparsa sobre serviços públicos sujeitos a legislação própria;
- **Parcerias Público-Privadas**, disciplinada pela Lei 11.079/04, e, subsidiariamente pela Lei 8.979/95, com dois tipos: **concessão patrocinada** e **concessão administrativa**.

Além disso, para reger os processos de contratação é de fundamental importância a Lei 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos para todos os órgãos públicos.

4.1.4.1 Concessão Comum

A concessão comum de serviço público é "o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço". (DI PIETRO, 2006).

Nesses mesmos moldes, definem-se a concessão de serviço público precedida a execução de obra pública, ou a concessão de obra pública, cujo objeto pode ser a soma entre um serviço público e a realização de uma obra ou tão somente esta última.

Em suas definições, a Lei 8.987/95, apresenta a concessão de serviço público (art. 2, II) ou aquela precedida de obra pública (art. 2, III), como a delegação "mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado" e, quando envolver obra, "de forma que o investimento da Concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado".

Em seu artigo 4, a referida lei impõe condição que “A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.” (BRASIL, 1995)

Assim, diante destas condições imediatamente estabelecidas já na definição, podemos concluir que uma concessão comum existe apenas condicionada a diversas regras.

Primeiramente, nesta forma de concessão comum, o serviço deve ser prestado **por conta e risco da Concessionária**, ou seja, a receita deve advir da própria exploração do serviço e a Concessionária assume o risco pelo cumprimento das exigências¹⁸.

É importante ressaltar que toda concessão deve ser **precedida de licitação pública, na modalidade concorrência**.

Art. 14 - Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. (LEI 8.987/95, BRASIL, 1995)

Aplica-se a Lei 8.666/93 para as regras de procedimentos licitatórios, devendo ser seguidos todos os procedimentos específicos da modalidade concorrência. A Lei 8.987/95 define regras particulares no caso de licitação de concessões, em especial quanto aos critérios de julgamento (art. 15)

Entre as exigências, algumas definições técnicas da estrutura do modelo de concessão aparecem como exigências legais para constar explícitas no próprio edital de licitação, como, por exemplo, alguns destacados do art. 18 da Lei 8.987/95:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da

¹⁸ Na prática, como será demonstrado ao longo desta tese, o conjunto de riscos é muito mais complexo que o simples risco de receita. Mesmo em concessões comuns, o setor privado não assume os riscos de forma ampla e absoluta.

legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; [...]

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; [...]

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa; [...]

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

(Lei 8.987/95, BRASIL, 1995)

Assim, nas concessões comuns, é necessário que antes do processo licitatório, o Poder Concedente tenha previamente estabelecido estudos técnicos e elementos de projetos, suficientes para que se definam com clareza as obrigações e a forma com que será monitorada a concessão.

Entre os aspectos que devem ser objetivamente indicados no momento da licitação estão:

- Objeto, isto é, serviço e/ou obra assumido(s);
- Elementos de projeto básico;
- Condições de qualidade dos serviços;
- Metas da concessão;
- Prazo da concessão;
- Tarifa e critérios de seu reajuste e revisão; e
- Receitas ancilares (alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados);

Volta-se a destacar que, diferente do que permitem as *parcerias público-privadas*, uma vez contratada uma *concessão comum*, as responsabilidades e riscos são transferidos ao empreendedor privado, cujos documentos de referência para tanto são, principalmente, o edital de licitação, a proposta e, como resultado desses dois, o contrato de concessão.

Assim, ainda que outras formas de delegação prescindam, a concessão é firmada através de contrato administrativo, necessário e cujo teor deve seguir o conteúdo mínimo exigido na Lei 8.987/95 (art. 23).

Outras questões necessárias ao detalhamento dos modelos de concessão derivam não apenas do código legal, mas das experiências adquiridas. Os contratos de concessão comum (anteriormente chamados apenas de concessão) já possuem mais de uma década de experiências e diversos autores trazem importantes recomendações. Di Pietro (2006) ressalta a questão do direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de *concessão comum*.

Mesmo que a execução dos serviços seja por conta e risco da Concessionária, os contratos administrativos possuem mutabilidade, uma vez que a Administração detém o poder de alteração unilateral do contrato.

O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da Concessionária está fundamentado na manutenção das condições estabelecidas no momento da proposta. A partir daí, considera-se que correm por conta da Concessionária as condições de risco empresariais, ou seja, resultantes da eficiência da empresa e das flutuações de mercado. São chamadas de *áreas ordinárias* (DI PIETRO, 2006).

Porém, a *área extraordinária* engloba fatos imprevisíveis, inevitáveis (previsíveis, mas de consequência incalculável), alteração unilateral do contrato, ou por qualquer ato (direto ou de ordem geral) da Administração que intervenha no equilíbrio econômico-financeiro. Mesmo na *concessão comum*, esses fatos não podem ser imputáveis à Concessionária (DI PIETRO, 2006).

Fatos derivados de imprevisão podem, em alguns casos, terem os riscos repartidos. Mas os fatos derivados de ação da própria Administração devem correr por conta do

Poder Concedente exclusivamente. Um exemplo que, por óbvio, foi explícito na lei específica, são as alterações tributárias (Lei 8.987/95, art. 9, § 3º).

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

(Lei 8.987/95, BRASIL, 1995)

Para manter a continuidade dos serviços essenciais, por exemplo, a Administração pode obrigar a Concessionária a manter os serviços mesmo em situações adversas às estipuladas inicialmente, não podendo, para isso, imputar prejuízo ao operador. Por outro lado, ganhos extraordinários de receita, suscitam o direito de o Estado exigir reequilíbrio econômico-financeiro a seu favor.

Assim, torna-se necessário prever a maior quantidade possível de parâmetros que indiquem objetivamente como são definidas as **condições ordinárias** e as **condições extraordinárias** da prestação do serviço. Também devem ser indicados quais os **mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro**.

Em conclusão, no momento de decisão da forma do modelo de concessão comum, deve ser considerada a necessidade de desenvolvimento de todos os requisitos formais indicados neste capítulo.

Caso não existam elementos detalhados para definição clara de todos os aspectos necessários para elaboração de um processo de contratação de uma *concessão comum*, pode ser necessária a adoção de outra modalidade de concessão, *concessão administrativa* ou *concessão patrocinada*, pois a Lei das PPPs (Lei 11.079/04) como se verá adiante, permite conviver com mais incertezas através de

mecanismos mais flexíveis de divisão de riscos e de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

4.1.4.2 *Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa*

A concessão patrocinada é definida pela Lei 11.079/04 (art. 2, § 2º) da seguinte forma:

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

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

(BRASIL, 2004)

A primeira constatação ressalta que, apesar de criar todo um novo arcabouço legal (através da Lei 11.079/04), a concessão patrocinada foi definida pela Lei de forma "adicional" à concessão comum (contida na Lei 8.987/95).

Constatar-se-á extensivamente ao longo desse trabalho que, apesar de juridicamente existirem limites bem claros, apresentados neste capítulo, existem amplas razões técnicas e econômicas para a aproximação entre os modelos.

Para evitar tentativas de alargar a aplicação da Lei das PPPs à concessão comum, a norma estabelece que "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." (Lei 11.079/04, art. 2, § 3).

Ou seja, fica também clara, como aponta Di Pietro (2006), que a essência conceitual da diferença entre ambas reside na subvenção econômica direta do Poder Concedente através de uma contraprestação pecuniária:

No que diz respeito ao conceito, a principal diferença entre a concessão patrocinada e a concessão de serviço público comum é a que diz respeito à forma de remuneração; assim mesmo, essa diferença pode desaparecer se, na concessão tradicional, houver previsão de subsídio pelo Poder Público, conforme previsto no artigo

17 da Lei nº 8.987/95. Também existe diferença no que diz respeito (a) aos riscos que, nas parcerias público-privadas, são repartidos com o parceiro público, (b) às garantias que o Poder Público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto, e (c) ao compartilhamento entre os parceiros de ganho econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. (DI PIETRO, 2006)

Então, é importante compreender os pontos que são distintos em relação às normas para concessão comum¹⁹.

A concessão administrativa é definida pela Lei 11.079/04 (art. 2, § 2) da seguinte forma:

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

[...]

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

As palavras da especialista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) resumem muito bem a sensação: "O conceito peca pela falta de clareza". A leitura mais ampla da referida lei, no entanto, permite o correto entendimento que aqui se apresenta. A *concessão administrativa* tem como objeto a prestação de um serviço prestado à Administração, no qual a Concessionária assume apenas a execução material de um serviço (a Administração é usuária direta) ou a gestão de um serviço público (a Administração é usuária indireta). Por isso, essa modalidade se aplica quando não pode haver tarifa cobrada dos usuários e a remuneração principal é a contraprestação.

Poder-se-ia aprofundar na discussão acerca da diferença entre os conceitos. Mas, o que se procura demonstrar aqui, são as diferenças e semelhanças de quesitos

¹⁹ Ver item 4.1.4.1 , pág. 90.

fornais. As diferenças entre as três modalidades (comum, patrocinada e administrativa) acabam sendo relevantes pelas normas que se aplicam a cada uma.

O regime jurídico, na concessão patrocinada, é parcialmente diferente da concessão comum (DI PIETRO, 2006). E se distancia um pouco mais no caso das concessões administrativas.

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

(BRASIL, 2004)

Di Pietro (2006) apresenta em seu livro as comparações entre concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa, apresentadas e comentadas adiante. Elas se baseiam, principalmente, na análise do artigo 5 da Lei 11.079/04, que apresenta o conteúdo mínimo de um contrato dessa natureza.

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

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

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

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

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

(BRASIL, 2004)

A primeira diferença, como comentado, recai sobre a forma de remuneração, que abrange a tarifa paga, as receitas ancilares e também, essencial neste modelo, a **contraprestação pecuniária paga pelo Poder Concedente ao parceiro privado.**

É importante ressaltar que o pagamento da contraprestação pecuniária só pode ser iniciado após disponibilização de serviços, obras e/ou fornecimentos previstos:

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

(BRASIL, 2004)

Não apenas no desenvolvimento conceitual do projeto, já abordado anteriormente neste trabalho, mas também como exigência legal, deve estar claramente refletida no contrato a forma de **compartilhamento de riscos** entre o parceiro público e o privado.

Também é necessária a definição do mecanismo de **compartilhamento de ganhos econômicos**. Di Pietro (2006) ressalta que essa medida é particularizada nas parcerias público-privadas no momento em que esses ganhos decorram da “redução de risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”, principalmente porque o parceiro público tem papel fundamental na prestação de garantias.

Um dos objetivos desse modelo é também aproveitar a capacidade de financiamento do setor privado. A lógica de um contrato de concessão patrocinada ou administrativa envolve a remuneração do parceiro privado ao longo do prazo contratual. A Lei 11.079/04 também prevê a possibilidade da Administração Pública prestar **garantias do Poder Público** no cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas através de: vinculação de receita, fundos especiais previstos em lei²⁰, seguro-garantia, garantias prestadas por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Públicos e garantias prestadas por fundo garantidor (Lei 11.079/04, art. 8, I a V).

Na Lei de PPPs existe a previsão explícita da figura do financiador (Lei 11.079/04, art. 5, 18 e 24), incluindo a previsão de **contragarantias ao financiador**, como assumir o controle da Concessionária ou receber diretamente empenhos, pagamentos e indenizações devidas pelo Poder Concedente. Essas cláusulas são usualmente conhecidas como *step-in rights*.

²⁰ Na esfera federal, ou seja, para concessões patrocinadas e administrativas firmadas pela União, a Lei 11.079/04 previu a criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP). Na avaliação de Di Pietro (2006), a Lei não instituiu propriamente o fundo, sendo uma tentativa precipitada, insuficiente, com incongruências e, mais grave, de forma inconstitucional. A efetivação de um fundo especial federal dependeria, então, de nova legislação mais adequada.

A referida lei estabeleceu a obrigatoriedade de formação de sociedade de propósito específico (SPE) (Lei 11.079/04, art. 9) para a celebração de contrato de concessão patrocinada ou administrativa. Entre as finalidades desse dispositivo, destaca-se facilitar a execução do *step-in rights* e a fiscalização por parte do Poder Concedente

Na concessão comum, por outro lado, ainda é admitido o contrato com empresa ou consórcio de empresas que podem prestar, sob a mesma pessoa jurídica, outros serviços que não exclusivamente o objeto da concessão.

Os prazos mínimos e máximos ficaram fixados (art. 5, I) entre 5 e 35 anos, incluindo as prorrogações que forem autorizadas.

O artigo 10 da Lei 11.079/04 traz outras importantes diferenças, que se referem aos estudos prévios e ao mecanismo de licitação.

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização²¹; da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

²¹ Segundo Di Pietro (2006), o órgão gestor deve ser instituído por decreto e a autorização apenas deve ser dada após as providências prévias sejam tomadas.

III – 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;

IV – 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;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

(BRASIL, 2004)

Para a licitação de uma concessão patrocinada ou administrativa, o Poder Concedente está obrigado por lei, como observado, às seguintes análises prévias:

- **Autorização** de autoridade competente;
- **Justificativa** objetiva da escolha do modelo de PPP em detrimento de demais alternativas;
- **Estudo orçamentário**, incluindo: comprovação de atendimento aos limites da Lei Complementar Nº 101, de 4 de Maio de 2000 (chamada Lei de Responsabilidade Fiscal), de compatibilidade com a respectiva Lei de Diretrizes Orçamentárias e a previsão de recursos públicos necessários;
- O objeto deve constar do **plano plurianual** vigente;

- Realização de audiência pública, que justifique o projeto, apresente as minutas do edital e do contrato e tenha prazo mínimo para recebimento de sugestões²²; e
- Estudo ambiental prévio que indique as respectivas diretrizes ou existência de licença ambiental prévia.

Por fim, lembra-se que a Lei 11.079/04 impõe limites de valor, prazo e objeto aos contratos de parcerias público-privadas.

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

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

(Lei 11.079/04, BRASIL, 2004)

No caso de concessões patrocinadas ainda exige-se que, em projetos nos quais mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependem de autorização legislativa específica. (Lei 11.079/04, art. 10, § 3).

²² A Lei 8.666/93, em seu artigo 39 já exigia realização de audiências públicas para contratações acima de cento e cinquenta milhões de reais, porém com regramento um pouco diverso. A Lei 8.987/95 não menciona, prevalecendo o texto da Lei 8.666/93 para as regras de audiências públicas no caso de concessão comum de valores acima do indicado: "Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados." (Lei 8.666/93, BRASIL, 1993)

Quanto ao conjunto de PPP contratadas, Di Pietro (2006) explica que a legislação impõe um limite para a União, que não pode firmar contratos de Parceria público-privada se as despesas de caráter continuado do conjunto de parcerias tiverem excedido 1% da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas dos contratos vigentes superarem esse limite na projeção dos próximos dez anos subsequentes (Lei 11.079/04, art. 22).

Para Estados, Distrito Federal e Municípios, o limite estabelecido deriva do impedimento da União realizar transferências voluntárias para entes que excederem essas despesas em 3% da receita corrente líquida do exercício ou na projeção dos dez anos subsequentes (Lei 11.079/04, art. 28).

4.2 Formas de Compartilhamento de Responsabilidades

4.2.1 *Transferência de Obrigações ao Parceiro Privado*

A definição sobre a transferência de obrigações ao parceiro privado tem como origem o próprio escopo concebido do empreendimento que será objeto da concessão. A partir disso, cada obrigação passa por uma análise de qual a forma de executá-la e qual o grau de transferência desta ao parceiro privado.

As fases de uma obra ou serviço público são: **concepção, viabilização, provisão, operação e conclusão**. Cada uma envolve as seguintes obrigações específicas, que podem ser transferidas ao setor privado:

- **Concepção:** estudos técnicos e detalhamento para projetar os serviços e bens a serem fornecidos;
- **Viabilização:** financiar os bens a serem fornecidos, através de recursos próprios ou pela assunção de compromissos de longo prazo com entidades financeiras;
- **Provisão:** fornecer ou recepcionar os bens que estarão sob concessão, assumindo as obrigações de construir, reabilitar, arrendar ou ampliar;
- **Operação:** operar os serviços estabelecidos e manter os bens sob concessão; e
- **Conclusão:** ao término do contrato devem-se transferir os bens reversíveis ao Poder Público; caso a obrigação da Concessionária seja possuir seus próprios recursos para prestação dos serviços e bens não reversíveis, eles são desvinculados da concessão ao seu término.

4.2.1.1 *Projetar*

A primeira etapa na qual o Estado pode se beneficiar da eficiência do Setor Privado é a fase de projeto. Muitos modelos de concessão no mundo²³ envolvem, junto com a responsabilidade de construção, a responsabilidade pelo projeto (*Design*).

A principal vantagem de transferir a responsabilidade do projeto ao empreendedor privado é a possibilidade de aproveitar a experiência prévia e os conhecimentos técnicos especializados de empresas do setor na elaboração de alternativas e o desenvolvimento do projeto.

Outra vantagem ocorre quando o detalhe do projeto tem importância secundária (a forma) em relação aos resultados esperados (custos e qualidade final). Por exemplo, no caso do objeto ter livre escolha entre alternativas tecnológicas.

No Brasil, para contratos de empreitada (fora do modelo de parcerias), sempre é necessário o projeto básico ou o projeto executivo. Ou seja, o escopo do fornecimento nesses casos deve ser absolutamente similar ao previsto na licitação.

Nas concessões, modelos idealmente mais flexíveis, a outorga de prestação de serviços públicos pode ser realizada apenas através da descrição do serviço e da definição dos conceitos de qualidade e suas respectivas metas.

No caso de concessão comum precedida de obra pública, concessões patrocinadas e concessões administrativas, a lei exige que se apresentem os “elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização” (Lei 8.987/95, art. 18, XV), ou seja, é um projeto prévio de obra e/ou fornecimento, ainda que não esteja em nível avançado de detalhe.

As concessões podem, então, ser licitadas com base em um projeto funcional. O detalhamento do projeto (nos níveis básico e/ou executivo) pode ficar a cargo do parceiro privado, podendo o Poder Concedente exigir a aprovação destes documentos previamente à construção.

Existem projetos que permitem à Concessionária apresentar, durante o detalhamento, alternativas ao projeto inicial. Mas os riscos e custos dessas

²³ Ver item 2.2 , pág. 14.

mudanças são assumidos por ele, devendo ser mantidas todas as condições de qualidade e desempenho mínimas previstas originalmente. Em projetos de infraestrutura de transporte, por exemplo, são comuns as discussões sobre alternativas de traçado, conforme a projeção dos custos é mais bem detalhada.

As dificuldades da transferência do projeto à Concessionária residem na desconfiança que isso resulte em soluções de menor qualidade ou que a descoberta de alternativas de baixo custo seja posterior à definição da remuneração da Concessionária. Ambas as hipóteses, numa avaliação *a posteriori* dos fatos, resultam em prejuízos ao interesse público. A primeira hipótese é de fácil solução, com uma caracterização funcional bem definida no edital de licitação.

Quanto à segunda, deve-se promover o máximo de concorrentes possíveis, para que os benefícios econômicos de alternativas de projetos surjam na competição da licitação. Os proponentes que não pretendem seguir o projeto inicial devem apresentar documentos que indiquem as soluções alternativas consideradas nas propostas. No caso de modificações posteriores de substancial monta em relação à proposta, caberia ao Poder Concedente um cálculo de reequilíbrio econômico a seu favor.

É bom lembrar que, no Brasil, não se permite que os projetos sejam discutidos e alterados durante a licitação da concessão, como visto em alguns países²⁴ ().

Como opção para promover a participação e contribuição do setor privado, alguns órgãos públicos abrem uma fase de recebimento de projetos e sugestões durante o desenvolvimento dos estudos prévios. Nesse caso, não poderá ser dada preferência ao autor do projeto, mas ele pode participar da licitação normalmente²⁵.

A lei de concessões, que subsidiariamente se aplica também às concessões patrocinada e administrativa, permite que o licitante vencedor, futura Concessionária, reembolse os projetos realizados (Lei 8.987/95, art. 21), desde que isso esteja previsto no edital de licitação.

²⁴ Ver item 2.2, pág. 14.

²⁵ Ao contrário dos contratos por empreitada, que proíbem o autor do projeto participar na licitação da obra ou fornecimento. (Lei 8.666/93, art. 9, I e II)

Assim, entende-se que não é possível a transferência total da responsabilidade de projeto para a Concessionária, ficando a cargo do Poder Concedente estabelecer previamente à licitação, elementos que sejam suficientes para caracterizar os serviços, obras e fornecimentos do objeto.

4.2.1.2 *Financiar*

O setor público possui limitada capacidade de endividamento e formas restritas de financiar diretamente e prover garantias em empreendimentos de longo prazo. Nesse aspecto, as concessões representam uma das principais formas do Estado transferir ao setor privado a responsabilidade de financiar (*Finance*) projetos de infraestrutura.

Muitas vezes o Governo consegue estabelecer condições especiais para a celebração desses financiamentos, através de bancos de fomento nacionais, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ou através de organismos internacionais, como o Banco Mundial (*The World Bank*) e o *Inter-American Development Bank (IADB)*.

Até mesmo pela Lei 11.079/04 que rege as Parcerias Público-Privadas²⁶, devem existir mecanismos de compartilhamento de ganhos econômicos com o Poder Concedente pelas melhorias de garantias, que reduzam os custos de financiamento dos projetos.

É possível, então, transferir totalmente a responsabilidade de financiamento à empresa privada nas concessões comuns. Nas concessões patrocinada e administrativa, no entanto, entende-se que essa responsabilidade é compartilhada entre os parceiros público e o privado.

²⁶ Ver item 4.1.4.2, pág. 95.

4.2.1.3 Construir

A responsabilidade que envolve o maior volume de investimento é de construção. A execução de obras e o fornecimento de bens aparecem, inclusive, destacados como um dos principais objetos das concessões, ao lado da execução de serviços públicos, aos quais podem ser contratados isolados ou em conjunto.

Convenciona-se chamar de “construir” (*Build*) amplo conjunto de obrigações. Nos projetos de infraestrutura e serviços de transporte, essas obrigações surgem na forma de obra de infraestrutura viária, fabricação de equipamentos, instalação de sistemas, fornecimento de veículos e os demais itens que devem ser investidos pela Concessionária.

A transferência da responsabilidade de construir (ao lado da de operar, como será visto adiante) está na essência dos modelos de concessão. Em parte, a própria criação desses modelos foi motivada pela dificuldade do Poder Público, sozinho, dispor da capacidade de financiamento e execução das construções para suprir as necessidades sociais.

As vantagens de o parceiro privado assumir a obrigação de construção dos bens são a capacidade de gestão eficiente do processo construtivo e de financiar e tomar crédito para o financiamento desses processos.

Além disso, quando a Concessionária também for responsabilizado pela operação, manutenção e exploração por um longo período, ele será motivado a realizar os investimentos de forma que garantam a maior vida útil a esses bens.

É possível a transferência completa da responsabilidade de construção nos modelos de concessão comum, patrocinada e administrativa, com a condição que este não pode ser o único escopo do objeto concedido, devendo envolver outras responsabilidades (serviços) de longo prazo.

4.2.1.4 Reabilitar

Como complemento ao conceito de construir, a parceria pode estabelecer que o parceiro privado possa receber bens públicos deteriorados, com a obrigação de reabilitar (*Rehabilitate*).

O recebimento desses bens não implica que, necessariamente, os investimentos serão menores. Muitas vezes, a reabilitação (em contraposição à construção de uma infraestrutura nova) não é motivada por razões econômicas.

Por exemplo, projetos podem aproveitar vias de transporte já existentes para que não sejam necessários novos impactos ambientais na implantação de um novo traçado.

Em casos mais especiais, a concessão pode ser motivada em razão de preservação de Patrimônio Histórico, Artístico ou Turístico, e pode ser exigida a reabilitação com a preservação de diversas características originais dos bens concedidos.

As vantagens de transferir ao setor privado os trabalhos de restauro de infraestrutura são as mesmas indicadas anteriormente²⁷, pois refletem a expectativa de maior capacidade e eficiência de recursos do setor privado na execução das obras e serviços de reabilitação.

4.2.1.5 Arrendar

Em determinadas situações, pode ser interessante ao setor público conceder um bem público sem que seja necessária sua construção ou reabilitação. Mas para que seja permitida a exploração comercial dessa infraestrutura, a Administração simplesmente entrega este bem, semelhante a um arrendamento (*Lease*).

Não se pode realizar um simples arrendamento (ou mesmo uma concessão de direito real de uso), através de concessão comum patrocinada ou administrativa. Esses outros dispositivos possuem normas próprias. O que se coloca aqui é a transferência temporária dos bens públicos à Concessionária, como parte de uma concessão.

A vantagem desse arrendamento é permitir que a Concessionária explore o bem, podendo auferir receitas de cobrança de tarifas, bem como receitas alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados.

²⁷ Ver item 4.2.1.2 , pág. 107.

Em projetos de transporte, é possível que o arrendamento de terrenos, vias, estações, terminais ou portos, faça parte de uma concessão para exploração, operação e/ou modernização das instalações.

4.2.1.6 Ampliar

Outra forma importante de investimentos é a expansão da capacidade da infraestrutura instalada, ou seja, de ampliar os bens previamente existentes.

Diferentemente da reabilitação, que é a recomposição das características funcionais preteritamente existentes, o desenvolvimento (*Develop*) está diretamente relacionado a uma efetiva ampliação dessas condições.

A diferença entre projetos de construção e de ampliação é que estes últimos podem envolver a concessão de uma infraestrutura que esteja em boas condições de conservação, mas que possuam uma restrição de capacidade já existente ou que se preveja sua saturação ao longo do período contratual.

A ampliação pode estar, então, atrelada a indicadores de desempenho. No caso de concessões rodoviárias, por exemplo, apresentam-se as obrigações de ampliação de pistas de rodagem atreladas aos níveis de serviço do *The Highway Capacity Manual - HCM* (publicado pelo *Transportation Research Board*, dos Estados Unidos da América).

Algumas concessões comuns no Brasil, como as de rodovias, transferiram a responsabilidade de ampliação aos parceiros privados. A expectativa é que o aumento do fluxo de veículos traga receita tarifária que viabilize essa ampliação. Como a Concessionária assume os riscos dessas regras estabelecidas, elas devem ser muito bem detalhadas e sua alteração ao longo do contrato pode trazer desequilíbrios em relação às expectativas da contratação inicial.

Nos modelos de concessão patrocinada e administrativa, por outro lado, o Poder Concedente pode estabelecer regras mais abrangentes para avaliação de conveniência e oportunidade social e econômica de ampliação da infraestrutura instalada. O parceiro público pode dividir com o parceiro privado (ou mesmo assumir) os resultados do aumento de capacidade frente aos investimentos necessários.

4.2.1.7 Operar

A atribuição de operar serviços públicos deve ser a principal atividade entre as parcerias com o setor privado no Brasil²⁸. Ela está diretamente ligada aos conceitos de concessão de serviços públicos nas modalidades comum, patrocinada e administrativa.

A tarefa de operar (*Operate*) é, sem dúvida, aquela que empresa privada tem maior capacidade de gestão, pela liberdade inerente de tomar conhecimento e definir ações imediatas nos seus processos. A vantagem de transferir ao setor privado a realização e a gestão de serviços pode se resumir na eficiência operacional.

A operação, por essas razões e atendendo às legislações vigentes, é a única responsabilidade que pode ser concedida de maneira isolada. E o Estado pode transferir, de forma isolada ou em conjunto, tanto a execução material, como a gestão de serviços.

Nas concessões comuns sempre é necessário que a operação de um serviço seja parte do objeto e essa operação ocorrerá por risco total do parceiro privado.

No caso das concessões patrocinadas e administrativas, o serviço pode ser apenas uma parte do serviço público ou até mesmo um serviço prestado à Administração Pública (no caso da concessão administrativa).

Nos serviços de transporte público rodoviário é praticamente universal que toda a operação seja transferida ao particular. Atualmente, observam-se cada vez mais processos onde o transporte coletivo sobre trilhos tem sua operação transferida completamente a Concessionárias privadas. A administração de terminais de transporte também são objetos bastante tradicionais de concessões.

²⁸ Como visto no item 2.3 ,as primeiras parcerias para operação de transporte são muito antigas. Atualmente, não é necessário nem entrar nos detalhes da Lei 8.987/95. A própria Constituição Federal de 1988, prevê que o Estado prestará os serviços públicos diretamente ou mediante permissão ou concessão (CF/1988, art. 175, BRASIL, 1988)

4.2.1.8 Manter

A manutenção (*Maintain*) dos ativos da concessão é uma responsabilidade usualmente transferida à Concessionária quando o contrato envolver o fornecimento de quaisquer bens.

As vantagens de responsabilizar o parceiro privado pela manutenção da infraestrutura, equipamentos, sistemas e/ou veículos, é que ele terá meios de realizar isso de forma eficiente e isso garantirá os níveis de funcionalidade adequados e a qualidade final dos bens caso eles sejam revertidos ao Poder Concedente.

É possível, nas três modalidades de concessão, a transferência completa dessa atividade à empresa Concessionária.

Nos serviços de transporte, em geral, tanto a manutenção dos bens particulares vinculados ao serviço público (p.e., ônibus de transporte público), quanto de bens e infraestrutura pública (p.e. rodovias) tem toda a manutenção inclusa nas obrigações contratuais assumidas pela Concessionária.

Normalmente, a tarifa paga pelos usuários (passagem de ônibus, pedágio, etc.) é composta de uma parcela destinada a cobrir os custos de manutenção, como também são os custos de operação, depreciação e remuneração de capital e despesas administrativas.

4.2.1.9 Transferir

Quando existem bens reversíveis, eles devem ser transferidos (*Transfer*) ao Poder Concedente no final dos contratos de concessão, tenham sido eles construídos, reabilitados, ampliados ou apenas arrendados pelo parceiro privado.

Quando a concessão é motivada, e faz parte do seu objeto, a viabilização da implantação, melhoria ou manutenção de infraestrutura pública, é obrigatório que todos os bens públicos sejam transferidos de volta.

Bens essenciais à continuidade da prestação de serviço, mesmo que possam ser substituídos depois, devem no fim da concessão continuar à disposição do serviço transitoriamente ou serem revertidos ao Poder Público.

Apenas quando os bens são privados ao longo da concessão e sejam dispensáveis ou se rápida reposição, ou quando os serviços não requeiram importantes investimentos para sua prestação, não ocorre a transferência de bens.

4.2.1.10 Possuir

Algumas concessões podem não necessitar que sejam envolvidos bens públicos em sua execução. Concessões de serviços públicos podem, então, ser executadas exclusivamente através de bens que o setor privado possua (*Own*) em seu nome.

A obrigação de possuir bens dedicados à concessão pode ser imputada ao parceiro privado nos modelos de concessão comum, patrocinada ou administrativa. Esses bens devem participar da análise com um investimento como qualquer outro, cujo valor (total ou parcialmente) representa um capital imobilizado à concessão.

Ressalta-se que nas alternativas de concessão patrocinada e administrativa, existe a obrigatoriedade de constituição de uma SPE, sendo que o bem privado à disposição fica tão fortemente vinculado à execução do contrato que a única diferença (para um bem público construído ou fornecido) é que ele pode ser alienado e, caso necessário, substituído por outro.

O exemplo mais tradicional da utilização de bens privados em serviços de transporte são as concessões comuns de transporte coletivo por ônibus. Os veículos, garagens e equipamentos são da empresa operadora, que pode fornecer e dispor livremente deles, desde que atendidas as quantidades mínima de oferta de transporte e com características que o contrato exigir.

4.2.2 *Divisão de Riscos*

Em ampla pesquisa, não foi possível identificar uma padronização consagrada de classificação ou categorização de riscos em projetos de concessão comum ou parcerias público-privadas envolvendo serviços ou obras públicas.

Não se pretende aqui definir uma listagem ou uma categorização definitiva, mas os riscos analisados foram feitos com base nos riscos e classificações apresentadas em diversos trabalhos. Neste capítulo, os riscos em concessões de transporte serão elencados e organizados através de uma contribuição direta deste trabalho e das demais referências pesquisadas.

Entre os trabalhos consultados destaca-se o manual de parcerias público-privadas editado pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro (2008), o artigo de Sílvia Maria Caldeira Paiva e C. Alexandre A. Rocha (2005) sobre o processo de aprovação da Lei 11.079/04 no Senado Federal, bem como os trabalhos dos seguintes pesquisadores: Li Bing, A. Akintoye, P.J. Edwards e C. Hardcastle (2004); A. Ng e Martin Loosemore (2005); Leandro Morais Silva (2006); Viviane Gil Franco (2007); Mei Li, Qiming Li e Xiaopeng Deng (2008); André de Palma, Luc Leruth e Guillaume Prunier (2009);

Os riscos, inicialmente, podem ser classificados quanto à sua abrangência em três categorias: nível macro (ou riscos gerais), nível meso (ou nível intermediário) e nível micro (ou riscos de projeto). (BING *et al*, 2005) (NG e LOOSEMORE, 2005) (MEI, QIMING e XIAOPENG, 2008).

Outra abordagem para a mesma classificação é quanto à origem dos fatos geradores de risco, dividindo a classificação em fatores exógenos (externos), e fatores endógenos (internos ao projeto, à gestão e à própria orientação da Concessionária) (BING *et al*, 2005).

Não existe uma epistemologia específica precisa e concordante entre os diversos pesquisadores na separação entre os níveis macro, meso e micro. A correlação entre esses níveis e a origem externa ou interna dos fatos também não tem plena consistência. Não se sustenta, tampouco, a necessidade de realizar esse tipo de classificação.

Outra separação conceitual, ainda possível, é a divisão entre riscos previsíveis (internos ou externos) e imprevisíveis (externos) (SILVA, 2006). A previsibilidade dos riscos, no entanto, também é muito subjetiva. Em última análise, pois, isso dependeria da quantidade de informações disponível, da profundidade do estudo e da existência de marcos regulatórios fortes. Lembre-se que até mesmo os riscos imprevisíveis podem ser compartilhados da forma que convier a cada projeto nas parcerias público-privadas (concessão administrativa e patrocinada). Nas concessões comuns, mesmo que a regra geral seja de assunção completa dos riscos pela Concessionária, fatores de causa exclusiva do Poder Concedente ou de força maior, apesar de afetarem a Concessionária, ensejam medidas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Assim, os riscos chamados de imprevisíveis no presente trabalho são aqueles, única e exclusivamente, advindos da ocorrência de caso fortuito ou força maior (fatos que não se pode prever ou não se pode evitar), alheios à vontade de ambas às partes.

O agrupamento que será dado aos riscos aqui elencados será a partir da análise concreta. Ou seja, os riscos são agrupados de forma racional, conforme guardam correlação objetiva em relação aos fatos geradores e sua causalidade. Este tipo de análise é apresentado, por exemplo, por Darrin Grimsey e Mervyn Lewis (2007), onde listam nove categorias de riscos:

- Riscos de localização e entorno (condições do local, preparação do local, uso do terreno);
- Riscos de projeto e construção²⁹ (construção, sobrecustos de investimentos, atrasos na conclusão, falta de desempenho);
- Riscos operacionais (sobrecustos operacionais, atrasos ou interrupções na operação, carência na qualidade dos serviços);
- Riscos de receitas (aumento nos preços dos insumos, alterações tributárias, demanda);
- Riscos financeiros (taxas de juros, inflação);

²⁹ Grimsey e Lewis (2007) chamam estes riscos de "riscos técnicos".

- Riscos de caso fortuito e força maior (situações exógenas, imprevisíveis e inevitáveis);
- Riscos regulatórios e políticos (mudanças legislativas, interferência política);
- Riscos de inadimplência do contrato (consecução ampla das partes); e
- Riscos de ativos (obsolescência tecnológica, valor residual).

Este enfoque, mais pragmático, retira da avaliação a possibilidade de tomar um caráter mais universal. Mas, como se verá a seguir, é de grande utilidade ao lidar com a especificidade necessária para uma boa compreensão dos projetos na área de transporte. A base da classificação e definições, assim, adota as mesmas diretrizes do Estado do Rio de Janeiro (2008) e de Grimsey e Lewis (2007).

4.2.2.1 Riscos de Localização e Entorno

4.2.2.1.1 Risco Ambiental e de Uso do Terreno

É o risco da área do terreno estar em localidades que sejam áreas de proteção ambiental, com impacto direto ou indireto em áreas indígenas; de patrimônio histórico, cultural e arqueológico. Este risco também envolve a obtenção das Licenças Ambientais Prévia e de Instalação do projeto.

Os riscos envolvidos podem causar alteração de custos do empreendimento e atraso na liberação do local da obra.

O risco de obtenção de licenças ambientais pode ser assumido de forma compartilhada conforme aquele que tiver melhores condições de realizar os estudos e prover as soluções. Em geral, o parceiro público fica responsável no mínimo pela Licença Prévia³⁰. O Setor Privado usualmente tem alta aversão a assunção desses riscos, tanto por falta de capacidade de alterar o projeto, quanto por um viés de percepção.

³⁰ Quando previamente possível, entende-se que a Licença Ambiental Prévia constitui uma exigência legal a ser obtida antes da licitação para parceria público-privada, como visto no item 4.1.4.2 .

A Concessionária assume as condições iniciais e os riscos das licenças em relação a alterações do projeto básico inicial que venha a realizar. Em contraponto, o Poder Concedente deve se assumir o risco de alterações na regulação ambiental vigente ou em modificações do projeto que ele der causa;

4.2.2.1.2 Risco de Disponibilidade do Terreno

É o risco de a área necessária para implantação da infraestrutura não estar disponível por se encontrar em processos como desapropriação, reintegração de posse, descontaminação, remoção de invasões ou aguardando reassentamento de população ocupante,

Riscos de atraso na implantação de obras e exploração das áreas são decorrentes dessas situações.

A legislação permite que as indenizações sejam pagas pela Concessionária. Porém, cabe ao Poder Público declarar de utilidade pública as propriedades a serem desapropriadas, incluindo aquelas de uso temporário ou objeto de instituição de servidões.

Quando os projetos afetarem população mais vulnerável, em que se façam necessários reassentamentos, é muito importante que o setor público acompanhe esses procedimentos.

4.2.2.1.3 Risco da Condição do Terreno e da Infraestrutura Existente

É o risco da condição do terreno ou a infraestrutura existente não suportarem a implantação do projeto. Em virtude disso, podem ser necessários tempo e custo adicionais para realização de obras.

Em geral, o parceiro responsável pelo projeto deve também assumir esse risco, pois sua mitigação envolve as investigações e estudos preliminares de engenharia quanto à capacidade de implantação das obras.

4.2.2.2 *Riscos de Projeto e Construção*

4.2.2.2.1 *Risco do Projeto*

É o risco de que a configuração do projeto não permitirá a perfeita realização da prestação de serviço.

Existem os riscos de projetos inadequados ou falhos, projetos insuficientes em abrangência de escopo, projetos com custos mal estimados ou com prazos inexequíveis.

A Concessionária assume as condições iniciais de configuração no momento da licitação. O parceiro público deve atuar quando for necessária aprovação, atualização ou revisão do projeto ao longo do contrato.

É desejável que, dentro do razoável, seja exigido que os licitantes demonstrem conhecimento do problema e metodologias de execução dos projetos no momento das propostas.

O compartilhamento de risco de projeto com a Concessionária é interessante quando mudanças e aperfeiçoamentos dos projetos possam trazer a redução de custos de investimentos ou de riscos de construção, seja através de novas tecnologias ou métodos construtivos.

Deve-se considerar o risco de mudanças de projeto por interveniência direta do Poder Público e, também, a hipótese do projeto elaborado por este revelar-se inadequado. Nesses fatos, a Administração deve arcar com o ônus das alterações não previstas no contrato.

4.2.2.2.2 *Risco de Sobrecustos de Construção*

É o risco de que ocorrências adversas causem aumento dos custos de investimentos de construção (obras ou fornecimentos) previstos inicialmente.

O risco de construção deve, em geral, ser assumido pelo parceiro privado, que deve ser o responsável por todo seu gerenciamento e implantação. Também, como visto anteriormente, a Concessionária pode ser responsável pelo projeto executivo.

O Estado deve acompanhar o recebimento das obras, equipamentos e sistemas contratados através de seu próprio gerenciamento e fiscalização dessas atividades, para garantir a qualidade e a segurança dos investimentos previstos.

Normalmente, o risco de incapacidade técnica da Concessionária é mitigado pela exigência de demonstração de experiência prévia na licitação, na qual cada proponente deve possuir experiência técnica profissional compatível com o objeto licitado.

O Governo deve se precaver da não execução integral dos investimentos previstos, exigindo da Concessionária garantias de execução suficientes e compatíveis com o objeto da concessão.

Quando o Estado tem a responsabilidade de executar e assume o risco de realização de investimentos, os sobrecustos serão assumidos por ele, apenas trazendo riscos ao parceiro privado no caso do Poder Concedente prejudicar o desempenho da Concessionária por sua não realização. Essa hipótese de inadimplência do parceiro público poderá acarretar a necessidade de um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato à Concessionária.

4.2.2.2.3 Risco de Atrasos de Construção

É o risco de atrasos no cronograma inicialmente previsto de execução da construção.

Como já conceituado, geralmente as modalidades de concessão trazem na sua própria essência e motivação, responsabilizar o parceiro privado pelo gerenciamento e implantação de investimentos em infraestrutura. Assim, cabe a este também o risco no cumprimento dos prazos estipulados para sua conclusão.

O Governo pode estabelecer multas para o não cumprimento de prazos de conclusão de obras e fornecimentos a cargo da Concessionária. Em geral, o direito ao início de cobrança de tarifas está condicionado à conclusão dos investimentos. No caso das concessões patrocinada e administrativa, a legislação determina que o pagamento da contraprestação seja vinculado à disponibilidade do serviço e obras contratados.

Quando o Poder Público detém a responsabilidade de investimentos correlacionados, ele assume o risco pelos prazos e deve haver um ressarcimento à Concessionária, caso o Estado não entregue no prazo pré-estabelecido a infraestrutura prevista.

4.2.2.2.4 Risco de Desempenho

É o risco dos requisitos de desempenho especificados em projeto não serem alcançados pelas instalações, equipamentos ou veículos investidos.

Essas situações podem trazer sobrecustos, atrasos na prestação de serviço, alteração dos fluxos de receitas, necessidade de equacionamento nos padrões previstos em projeto ou má qualidade do serviço prestado.

A etapa de verificação do desempenho é chamada de comissionamento e, mesmo que a Concessionária tenha amplas responsabilidades e riscos assumidos, é importante que o Poder Concedente fiscalize a qualidade dos investimentos realizados, trace perspectivas sobre o desempenho que será obtido na fase operacional e realize alterações de rumo que sejam necessárias.

O risco de desempenho é assumido por quem executa os investimentos, em geral, o parceiro privado. Da mesma forma que se aplica à qualidade de serviços prestados, a concessão pode prever mecanismos de vincular a receita aos indicadores de desempenho obtidos pelos ativos. Isto é particularmente importante no caso do Estado ser usuário direto (p.e.: concessão administrativa) e a manutenção, atualização e disponibilidade dos investimentos estarem a cargo da Concessionária.

No caso do comissionamento detectar que critérios mínimos de desempenho não sejam alcançados, o contrato deverá prever as medidas administrativas cabíveis.

4.2.2.3 Riscos de Operação

4.2.2.3.1 Risco de Sobrecustos Operacionais

É o risco de que os insumos necessários à prestação dos serviços tenham custos maiores ou que a prestação de serviço consuma mais recursos que o previsto. Pode

trazer como consequências o aumento dos custos e, em alguns casos, efeitos adversos sobre a qualidade do serviço prestado.

Sendo a operação transferida ao parceiro privado, o risco de seus custos deve ser assumido, uma vez que será o responsável direto por sua gestão. A operação, neste caso, é entendida de forma ampla, pois envolve, além da operação de transporte propriamente dita (caso haja), a manutenção, a conservação, a exploração, a administração e todas outras atividades inerentes ao objeto do contrato.

O Estado deve exigir garantias contratuais da disponibilidade dos principais itens, para evitar que eventuais sobrecustos levem à degradação das condições de operação do contrato.

4.2.2.3.2 Risco de Disponibilidade Operacional

É o risco de ocorrerem atrasos ou interrupções na operação, que a oferta de transporte prevista não seja cumprida ou que ainda os ativos não estejam em condições de manutenção e segurança exigidas para sua utilização.

O risco de disponibilidade, como no caso dos custos, também está diretamente relacionado à gestão dos serviços e deve ser transferido à Concessionária.

Fatos supervenientes externos podem impedir a normal disponibilidade dos serviços. Em diversos sistemas de transporte, por exemplo, condições climáticas trazem ameaça à segurança operacional e a disponibilidade é interrompida ou reduzida.

A indisponibilidade pode impedir que a Concessionária aufera a receita tarifária prevista e ele pode ser penalizado com pagamento de contraprestação menor, atrelada a indicadores de desempenho monitorados pelo Poder Concedente.

Fatos de caso fortuito ou força maior, em geral, possuem características extremas e, quando ocorrem, levam à interrupção da operação. Estes fatos imprevisíveis são de risco compartilhado e, ainda que não devam impor ônus e penalidades adicionais ao operador, também não ensejam reparação pelo Poder Público.

É importante ressaltar que qualquer interrupção em serviço público essencial pode ensejar a Administração a proceder a intervenção ou encampação da concessão.

4.2.2.3.3 Risco de Qualidade dos Serviços

É o risco de que as especificações da prestação de serviço não sejam atendidas frente à qualidade esperada. Esse risco é assumido pelo parceiro privado em relação às condições de qualidade estabelecidas no momento da licitação.

O risco de especificação dos serviços deve ser assumido pelo parceiro privado nas condições previstas. O parceiro público deve participar através de regulação na atualização da configuração do projeto ao longo do contrato e zelar para que as novas especificações não causem desequilíbrio ou sejam compensadas.

A legislação é muito clara ao exigir que os editais de licitação definam o que a autoridade entende como condições adequadas da prestação do serviço. Assim, alterações dessas condições impostas pelo Poder Concedente ao longo do contrato, no caso de impor custos adicionais, darão causa a um reequilíbrio econômico-financeiro a favor da Concessionária.

O Poder Concedente deve fiscalizar permanentemente a qualidade dos serviços prestados e deve estabelecer no Edital critérios de remuneração variável relacionados à qualidade dos serviços. No caso do serviço estar abaixo do mínimo estabelecido, devem ser aplicadas multas e outras penalidades pelo não cumprimento adequado da prestação de serviço. No limite, os editais de contratação devem prever critérios para a intervenção, encampação ou caducidade por mau desempenho.

É fundamental que todo o conjunto de especificações de qualidade e desempenho desejados esteja bem estabelecido. Idealmente, toda concessão deve contar com um regulamento, que defina os padrões técnicos de qualidade, conforto, oferta, segurança e conservação dos serviços e da infraestrutura fornecida.

4.2.2.3.4 Risco de Acidentes

É o risco de acidentes pessoais e patrimoniais na prestação do serviço. Os acidentes podem trazer como consequências a ameaça à integridade dos usuários, a interrupção dos serviços e a elevação de custos extraordinários.

O risco de acidentes, obviamente, deve ser suportado a quem lhe der causa, isoladamente ou de forma concorrente. No caso dos transportes existe a

responsabilidade civil objetiva do transportador de pessoas e coisas, conforme disposto claramente no novo Código Civil (Lei 10.406/02, arts. 730 a 756, BRASIL, 2002). Ou seja, mesmo no caso de acidentes, o transportador responde pelos danos.

A mitigação desses riscos (pela cobertura de danos) através da contratação de seguros deve ser avaliada caso a caso. Mas é fundamental que a Administração Pública, caso não obrigue à contratação de seguros, exija da Concessionária a manutenção de garantias financeiras que cubram eventuais indenizações por danos pessoais e materiais a terceiros, frente ao razoável para cada projeto.

4.2.2.4 Riscos de Receita

4.2.2.4.1 Risco de Demanda

É o risco de demanda pelos serviços. A variação da demanda, para mais ou para menos, pode ocorrer por modificação no nível de atividade econômica ou por alteração sócio-demográfica. Traz como consequências a variação de receita e da rentabilidade do empreendimento.

Grandes aumentos de demanda de transporte, em geral, trazem necessidade de ampliação de toda infraestrutura e veículos para seu atendimento. Assim, outro risco associado ao risco de demanda é a de necessidade da consecução de novos investimentos em função do aumento da demanda além do projetado. Neste caso, deve haver dispositivos contratuais que estabeleçam a forma de reprogramação de investimentos em função do nível de serviço e, conseqüentemente, como se dará o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O risco de demanda associado à alteração da atividade econômica, em geral, é assumido pelo parceiro privado, pois esta análise é realizada no momento em que este define sua expectativa de ganhos em relação aos riscos do projeto.

Em projetos de concessão comum, em geral o risco de demanda é assumido pelo parceiro privado de forma integral. Nas Parcerias Público-Privadas, no entanto, o Poder Concedente pode assumir este risco ou compartilhá-lo com o parceiro privado.

O compartilhamento pode se dar de diversas formas. Por exemplo, na criação de faixas de proteção de risco de demanda. Nesse mecanismo, quando a receita auferida for acima da faixa estabelecida no Edital, deve ocorrer antecipação de investimento e/ou redução da contraprestação. Quando a receita for abaixo de faixa, deve haver postergação de investimento e/ou aumento da contraprestação.

Alterações extraordinárias de demanda advindas de outros projetos públicos concorrentes ou complementares podem gerar exigências de reequilíbrio econômico-financeiro a favor da Concessionária.

4.2.2.4.2 Risco da Concorrência

É o risco dos consumidores utilizarem serviços concorrentes. Neste caso, as receitas da concessão em análise poderão ocorrer fora das projeções iniciais pela variação de oferta de outros modos ou serviços de transporte, ou pela melhoria de infraestruturas alternativas.

O parceiro privado deve assumir o risco das condições iniciais de configuração dos sistemas de transporte existentes e previstos indicados pelo Poder Público no momento licitação.

O Estado deve estabelecer cenários básicos para o sistema de transporte e, caso novos projetos afetem projetos já concedidos, deve haver compensação ao parceiro privado.

Sistemas de proteção de risco de demanda, caso existam, podem proteger a Concessionária. Mas podem expor a Administração ao pagamento de altos valores, que tornem o projeto antieconômico sob a ótica pública, ao ter que sustentar um projeto subutilizado.

No caso de concessões criadas em ambientes concorrenciais, seja entre operadores distintos, seja pela existência natural de outras formas de serviço, cabe ao Poder Público o monitoramento permanente das condições de mercado.

4.2.2.5 *Riscos Financeiros*

4.2.2.5.1 Risco da Taxa de Juros

É o risco de que a alteração das taxas de juros durante a vigência do projeto poderá afetar a estrutura de preço da prestação do serviço.

No momento em que o licitante de uma concorrência de concessão define sua participação, ela ocorre frente a uma expectativa de lucro face aos riscos e alternativas de demais investimentos. O risco de taxa de juros deve ser assumido, em regra, pelo parceiro privado.

O parceiro privado, no entanto tem papel fundamental na estruturação do projeto e nas garantias que serão dadas, especialmente quanto ao pagamento das contraprestações de concessões patrocinadas e administrativas.

Tanto é verdade, que a própria legislação exige que ganhos pela melhoria de condições financeiras através da oferta de melhores garantias devem ser compartilhados com o setor público.

O risco que a Concessionária corre deve ser monitorado pelo parceiro público que, quando possível, pode intervir buscando apoio em fontes alternativas de financiamento, ou mesmo emitindo empenho diretamente em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública, conforme previsto em lei.

4.2.2.5.2 Risco de Inflação

É o risco de a receita da Concessionária sofrer erosão pela inflação monetária, que pode trazer uma forte alteração na rentabilidade do projeto.

O risco de inflação deve ser assumido limitadamente pelo parceiro privado. Os contratos de concessão devem estabelecer cláusulas de indexação tarifária atrelada a índices de inflação de preços.

Porém, dentro do período entre os reajustes de valores, a variação de preços deve ser suportada pela Concessionária. A correção monetária deve ocorrer com

periodicidade maior ou igual a um ano³¹, dentro do qual a Concessionária deve suportar as variações de preço, tanto em relação às tarifas, quanto dos valores de contraprestação.

Ressalta-se que as correções monetárias sobre os preços das tarifas são chamadas de "reajuste tarifário", que não devem ser confundidos com "revisão tarifária" que é um conceito mais amplo, que pode envolver uma reavaliação completa da estrutura de custos dos serviços contratados.

4.2.2.5.3 Risco Cambial

É o risco de descompasso cambial entre o valor de moeda nacional e compromissos assumidos em moeda estrangeira, que pode trazer como consequência uma variação imprevista de custos.

Este risco deve ser assumido pelo parceiro privado, que tem disponibilidade de operações de *hedge* cambial. Quando os insumos importados forem relevantes, poderá o Poder Concedente assumir ou dividir esses riscos, assumindo em seus compromissos de contraprestação parte da variação cambial.

4.2.2.5.4 Risco de Indisponibilidade de Financiamento

É o risco de não haver recursos próprios ou de terceiros disponíveis para a consecução do empreendimento.

O risco de financiamento deve ser assumido pelo parceiro privado. Para a licitação, o Poder Concedente pode exigir a apresentação de cartas de interesse (ou compromisso) de bancos em financiar o projeto.

Comum a todas as licitações, torna-se ainda mais importante a exigência de comprovação de qualificação econômico-financeira dos interessados quando os contratos envolverem a necessidade de financiamentos. Além disso, é importante

³¹ Esta disposição legal foi introduzida na época do Plano Real. A Lei Federal 10.192/01 estabeleceu em seu art. 2 a mínima manutenção anual de valores monetários em contratos e vinculou a Administração Pública à aplicação das mesmas regras em seu art.3.

que a Concessionária seja obrigada a manter garantias de execução ao longo de todo contrato.

Nos projetos de Parceria Público-Privada é possível ainda que os financiadores do projeto recebam diretamente indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas. Outra inovação da lei é a transferência de controle da Concessionária aos financiadores (*step-in rights*).

4.2.2.6 *Riscos de Caso Fortuito e Força Maior*

4.2.2.6.1 Risco de Caso Fortuito e Força Maior

É o risco de impossibilidade de cumprir o contrato por motivo de caso fortuito ou força maior, que se configuram como fatos imprevisíveis e inevitáveis. Os eventos geradores podem ser por ação natural (p.e. desastres naturais ou climáticos) ou por ação humana (p.e. comoção social, estados de exceção, graves crises econômicas). Esse tipo de evento pode trazer qualquer tipo de consequência, que envolva até mesmo riscos a pessoas, dano ou perda de ativos, impossibilidade da prestação de serviço, etc.

Em caso de interrupção do serviço público essencial, o Poder Público deverá restabelecer, dentro do possível, a prestação de serviço, mesmo que em detrimento da Concessionária prejudicada.

Os riscos de força maior e caso fortuito serão compartilhados entre o parceiro público e o privado quanto aos danos decorridos dos fatos supervenientes. O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser avaliado quando a apuração desses eventos indicar relevante impacto ao contrato.

4.2.2.7 Riscos sobre os Ativos

4.2.2.7.1 Risco de Obsolescência Tecnológica

É o risco de a concessão tornar-se ineficaz em virtude da obsolescência técnica.

Parte do risco tecnológico pode ser transferida ao parceiro privado, através da adoção de indicadores de desempenho técnicos em detrimento da especificação física dos ativos, dando liberdade deste definir os melhores meios para alcançá-los. Também podem ser estabelecidos critérios de remuneração variável relacionados ao desempenho da Concessionária.

No caso de incapacidade definitiva de atualização dos bens e serviços pela Concessionária, o Poder Concedente pode decidir pela rescisão do contrato antes do prazo previsto, respeitados os direitos e deveres remanescentes de ambas as partes.

No caso de uma alteração profunda de estágio tecnológico, como, por exemplo, no surgimento de uma tecnologia que seja muito mais eficiente, cabe ao Estado avaliar se cabe a continuidade dos serviços em estágio inferior.

4.2.2.7.2 Risco de Valor Residual dos Ativos

É o risco de a concessão ter como resultado ao final do contrato um valor econômico residual dos bens reversíveis muito reduzido em relação ao estimado inicialmente.

Parte dos riscos pode ser mitigada através da atualização tecnológica, como visto anteriormente, definindo os bens e serviços a partir de condicionantes de desempenho. Porém algumas vezes isso não é possível ou economicamente inviável, resultando numa infraestrutura obsoleta e ociosa ao final do contrato e que ainda pode demandar custos de conservação.

O risco de valor residual econômico e social dos ativos é majoritariamente do Poder Concedente, assumido na estruturação do objeto do contrato e na forma de sua implantação. Caso a Administração antecipe unilateralmente, por essa razão, o término contratual, serão devidas indenizações ao parceiro privado por seus dispêndios em investimentos ainda não amortizados e demais direitos.

Na ocorrência de eventos de caso fortuito ou força maior que afetem o valor dos ativos, como descrito anteriormente, pode haver compartilhamento de riscos.

4.2.2.8 *Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato*

4.2.2.8.1 Risco de Inadimplência ou Falência do Parceiro Privado

É o risco do operador não dispor de recursos suficientes para continuar a operação contratada, causando a não conclusão da concessão, seja nas fases de investimentos ou na operação do serviço público.

O risco cabe ao parceiro privado por sua própria condição econômica. O processo de licitação deve exigir demonstração de boas condições econômicas, que deverão ser mantidas pelo operador e fiscalizadas pela Administração.

Um mecanismo de ressarcir o Estado por esse tipo de ocorrência é a exigência de garantias de execução contratual. O próprio sistema financeiro, na renovação dessas garantias, acaba por auxiliar da fiscalização da "saúde econômica" da firma.

No caso de contratos de parcerias público-privadas, poderão ser adotados os *step-in rights* a favor dos financiadores do projeto.

O Poder Concedente deve estabelecer critérios e procedimentos para, caso necessário, proceda com intervenção, encampação ou decreta caducidade do contrato.

4.2.2.8.2 Risco de Inadimplência do Poder Concedente ou Rescisão Contratual

É o risco de inadimplência permanente do Poder Concedente ou de rescisão do contrato, devido, por exemplo, à definitiva falta de condições do contratante honrar os compromissos assumidos, ou de alteração de condições sociais que levam à decisão administrativa motivada e justificada pela rescisão contratual.

O parceiro público assume o risco de seus próprios compromissos e, nesses casos, serão devidas as indenizações ao parceiro privado por investimentos não amortizados e demais direitos.

Nos contratos de concessão administrativa e patrocinada, cabe à Concessionária a execução das garantias previstas em lei: vinculação de receita, fundos especiais previstos em lei, seguro-garantia, garantias prestadas por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, ou garantias prestadas por fundo garantidor.

No caso das concessões comuns esse tipo de situação é ainda mais raro, pois, sendo o serviço remunerado através de tarifa e de sua própria exploração, não são devidas contraprestações. Mas, caso aconteça rescisão unilateral, as indenizações por investimentos não amortizados não honrados podem acabar como objeto de ação contra a Fazenda Pública.

4.2.2.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos

4.2.2.9.1 Risco de Fato do Príncipe e Fato da Administração

Fato do Príncipe é a alteração na estrutura legal, normativa ou regulatória por ato do Poder Público, com impacto no contrato preestabelecido. Fato da Administração são ações ou omissões do Estado como parte do contrato (uma falta contratual cometida pela Administração).

Essas situações podem afetar a rentabilidade, a operação da prestação de serviço ou, até mesmo, a continuidade do projeto.

À Concessionária cabe assumir as condições no instante da licitação. A partir disso, o risco tributário é de responsabilidade do Poder Público e, qualquer alteração nessas normas deve ser compensada, exceto quanto a imposto sobre a renda³².

O risco de alterações no arcabouço jurídico e regulatório também deve ser assumido pelo parceiro público em relação às condições existentes no momento da licitação.

³² Renda é definida como "o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos" (Código Nacional Tributário, Lei 5.172/66, BRASIL, 1966). Uma análise racional indica que a compensação de alterações tributárias não se aplica aos impostos sobre a renda, pois este imposto é aplicado sobre o resultado do contrato e não em parte interna a ele.

Quando da não observância de alguma obrigação da Administração, esta também deverá restabelecer suas obrigações, indenizando prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

Quando geram efeitos econômicos, todas essas situações levam à necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que decorrem única e exclusivamente por conta do Poder Concedente.

4.2.2.9.2 Risco de Intervenção Política

É o risco de intervenções políticas, que afetem diretamente a segurança jurídica dos contratos, alheios a ordem do Direito estabelecido, como, por exemplo, profundas alterações institucionais, cancelamento arbitrário de contratos e licenças, abuso de autoridade, etc.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece o Estado Democrático de Direito. Estes riscos não serão considerados nas análises práticas do presente trabalho.

Este figura de risco aparece em estudos internacionais como o listado por Grimsey e Lewis (2005). Vale lembrar que países com instituições democráticas enfraquecidas, ou sob a tutela de regimes autoritários, apresentam riscos que podem levar até à expropriação de bens e direitos.

4.3 Proposta do Método para Modelagem de Concessões em Transportes

Um dos objetivos desta tese é propor uma ferramenta comparativa entre os projetos, que possa auxiliar na compreensão e aperfeiçoamento dos modelos de parcerias entre a Administração Pública e o setor privado.

Este Capítulo apresentou os conceitos teóricos e ferramentas desenvolvidas para análise das concessões que foram pesquisados na literatura científico-acadêmica e nas publicações de órgãos governamentais nacionais e estrangeiros. Dessa forma, é apresentada uma ampla conceituação sobre a divisão de responsabilidades em projetos dessa natureza.

Apresenta-se aqui um resumo sucinto do método para modelagem de concessões em transporte. Essas análises visam auxiliar na decisão se um projeto de transporte deve ser desenvolvido num modelo de concessão e como deve ser estruturado para isso.

A primeira etapa para a estruturação de concessão de serviços e obras públicas de transporte é a **divisão de obrigações**. Definido o projeto, verificam-se quais as ações que serão transferidas a um parceiro privado. As cinco etapas do empreendimento podem ser de responsabilidade do Poder Público, da Concessionária, ou compartilhada entre estes. Assim, para cada etapa, é realizada a definição sobre o papel de cada parceiro:

- Conceção: Projetar
- Viabilização: Financiar
- Provisão: Construir / Reabilitar / Arrendar / Ampliar
- Operação: Operar / Manter
- Conclusão: Transferir / Possuir

Em seguida, deve ser concebida a **divisão de riscos**. Nesta pesquisa foi proposta uma ordenação dos tipos de riscos analisados em concessões de serviços e obras públicas, da seguinte forma:

- Riscos de Localização e Entorno: Risco Ambiental e de Uso do Terreno; Risco de Disponibilidade do Terreno; Risco da Condição do Terreno e da Infraestrutura Existente.
- Riscos de Projeto e Construção: Risco do Projeto; Risco de Sobrecustos de Construção; Risco de Atrasos de Construção; Risco de Desempenho.
- Riscos de Operação: Risco de Sobrecustos Operacionais; Risco de Disponibilidade Operacional; Risco de Qualidade dos Serviços; Risco de Acidentes.
- Riscos de Receita: Risco de Demanda; Risco da Concorrência.
- Riscos Financeiros: Risco da Taxa de Juros; Risco de Inflação; Risco Cambial; Risco de Indisponibilidade de Financiamento
- Riscos de Caso Fortuito e Força Maior.
- Riscos sobre os Ativos: Risco de Obsolescência Tecnológica; Risco de Valor Residual dos Ativos.
- Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato: Risco de Inadimplência ou Falência do Parceiro Privado; Risco de Inadimplência do Poder Concedente ou Rescisão Contratual.
- Riscos Institucionais, Legais e Políticos: Risco de Fato do Príncipe e Fato da Administração; Risco de Intervenção Política.

Com a divisão de responsabilidades já definida em seus aspectos gerais, deve ser realizada uma **análise de elegibilidade**, para verificar o valor acrescido pelo modelo de concessão e qual a divisão de responsabilidade que traz o melhor resultado ao Poder Público. Indica-se para isso o desenvolvimento da análise *Value for Money* das alternativas, incluindo necessariamente uma comparação pelo método *Public Sector Comparator*.

Na última etapa da estruturação da parceria do Estado com a iniciativa privada em um empreendimento de infraestrutura e serviço público, deve ser elaborado um detalhado conjunto de **instrumentos de qualidade**. Através de regras contratuais claras, devem ser estabelecidas diretrizes e normas para a avaliação da qualidade.

Quando possível, devem ser desenvolvidos indicadores e metas para a adequada prestação dos bens e serviços. A qualidade em concessões de transporte foi dividida nas questões elencadas a seguir:

- Qualidade de projeto
- Garantia de fornecimento
- Eficiência nos investimentos
- Eficiência nos serviços
- Qualidade dos bens
- Qualidade dos serviços
- Oferta de serviços
- Qualidade ambiental
- Segurança
- Manutenção
- Atualidade
- Modicidade tarifária
- Equilíbrio econômico-financeiro
- Qualidade na reversão dos bens
- Igualdade
- Continuidade
- Universalidade

Com a definição da modelagem da concessão para o empreendimento, deve-se tomar o cuidado de desenvolver todas as etapas legalmente exigidas, adequando o modelo aos limites específicos da legislação e regulamentação em vigor. Deve-se proceder com a busca de todas as licenças, aprovações e autorizações necessárias, resguardando-se que todos os estudos prévios tenham sido desenvolvidos e estejam disponíveis.

5 ANÁLISE DA DIVISÃO DE RESPONSABILIDADES EM PROJETOS SELECIONADOS DE TRANSPORTE NO BRASIL

Este capítulo mostra a análise de projetos de transportes que foram ou estão sendo contratados através de concessão no Brasil. Os métodos de avaliação propostos no capítulo anterior são aplicados, com o objetivo principal de demonstrar como devem ser avaliadas as concessões de serviços e obras de transporte, tanto do ponto de vista da escolha pelo modelo de concessão, como da estrutura particular que cada concessão deve possuir em relação à divisão de responsabilidades entre o setor público e o parceiro privado.

As escolhas de quais os projetos fariam parte desta pesquisa seguiram algumas diretrizes. Em primeiro lugar, foi relevante a escolha de concessões cujo objeto tivesse maior relevância à Engenharia de Transporte, em especial aqueles que envolvessem as principais questões de infraestrutura pública do País. Procurou-se evitar modelos muito tradicionais e projetos muito simples, que teriam pouco a contribuir com as discussões aqui pretendidas.

Outro ponto determinante na escolha dos projetos foi a preferência por contratos em operação ou com perspectivas reais de contratação, uma vez que muitas concessões têm sido divulgadas por Governos e Prefeituras, embora muitos deles não cheguem até a entrega das propostas. Alguns não avançaram além de uma audiência pública, não tendo sequer um edital publicado.

Por fim, os projetos eleitos devem poder ser comparáveis entre si e representativos no conjunto. Ou seja, nenhum projeto poderia ser tão diferente dos demais, que inviabilizasse uma análise sistemática e uma comparação efetiva, e sequer possuir um modelo tão semelhante a outro, que não contribuísse com novas questões.

Apresentadas nos itens 5.1 a 5.4 , foram escolhidas as seguintes concessões para esta pesquisa:

- **Concessão patrocinada da Linha 4 do Metrô-SP:** Concessão patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra.

- **Concessão comum do Rodoanel Oeste:** Concessão Onerosa do Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste, pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP).
- **Concessão administrativa da frota da Linha 8 da CPTM:** Concessão Administrativa para a Prestação de Serviços de Manutenção Preventiva, Corretiva, Revisão Geral e a Modernização da Frota da Linha 8 – Diamante, pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM).
- **Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas:** Concessão para Exploração de Serviços Públicos de Transporte Ferroviário por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

A escolha optou, portanto, por quatro projetos que trazem indubitável contribuição técnica à pesquisa. Naturalmente, pela representatividade e importância econômica e social, também são de notória repercussão pública.

Ao final, o item 5.5 deste Capítulo apresenta a síntese dos atributos dos projetos selecionados de concessão de transporte realizados no Brasil, através da demonstração da forma que cada projeto tratou a **análise de elegibilidade e legalidade**, a **transferência de obrigações**, os **instrumentos de qualidade** e a **divisão de riscos**.

5.1 Concessão Patrocinada da Linha 4 do Metrô-SP (2006)

5.1.1 Apresentação do Projeto

Através do Edital de Concorrência Internacional nº 42325212 (ESTADO DE SÃO PAULO, 2006), a Companhia do Metropolitano de São Paulo tornou pública a licitação da "Concessão patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra." Este objeto está dividido em duas fases.

A Fase I compreende a implantação e operação da linha no trecho Butantã-Luz, incluindo as estações Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz. O Governo do Estado de São Paulo tem como obrigação adquirir e fornecer a infraestrutura da linha e investir em equipamentos auxiliares, sistemas de arrecadação e outros ativos complementares após a implantação dos ativos da Concessionária. Cabe à Concessionária fornecer material rodante e sistemas de telecomunicações, sinalização, comunicação e sistemas de controle, operar e manter a linha. Também é obrigação do parceiro privado integrar os ativos (fornecidos pelo Estado, por ele mesmo e por contratos complementares listados).

A Fase II compreende a implantação e operação das demais estações: Vila Sônia, Morumbi, Fradique Coutinho, Oscar Freire e Higienópolis. Ao Governo do Estado cabe concluir a infraestrutura operacional da linha, enquanto a Concessionária deve fornecer o material rodante e sistemas fixos complementares, bem como finalizar os investimentos efetivos de acordo com a demanda observada na implementação do projeto (a serem acordados entre a Concessionária e o Estado). Complementarmente, além da linha metroviária de 13 km, a Concessionária passa a operar uma ligação por ônibus expresso entre Taboão da Serra e Vila Sônia.

O contrato de concessão estabelece relações com múltiplos órgãos do Governo do Estado de São Paulo (GESP), como visto na figura a seguir.

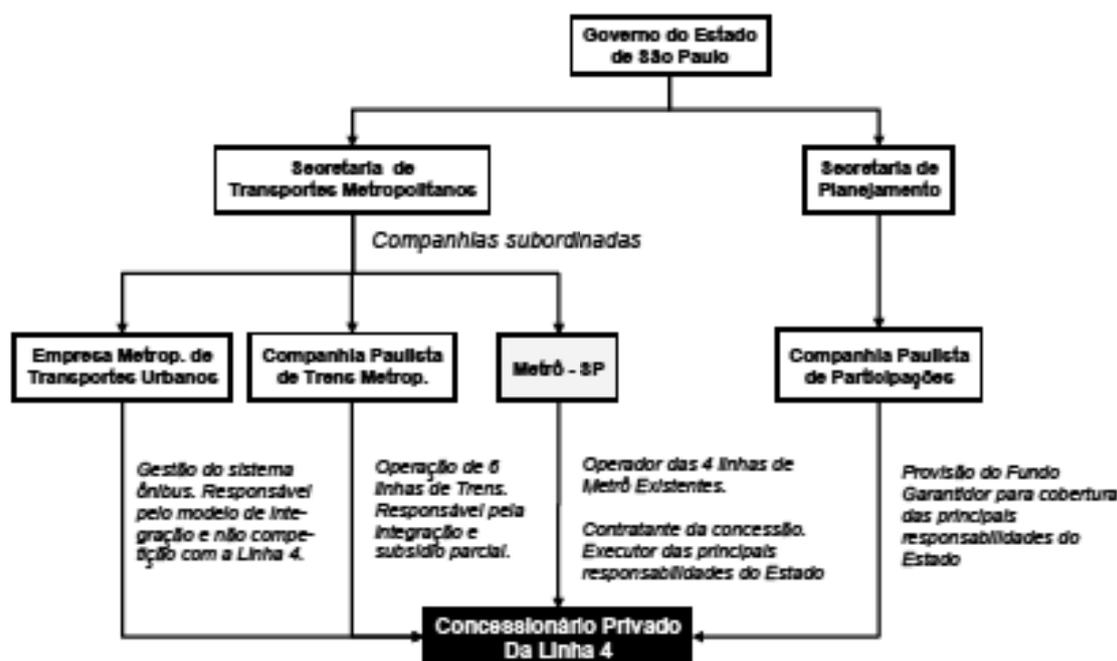


Figura 2 – Relação da Concessionária da Linha 4 com órgãos do GESP

O Poder Concedente é o Governo do Estado de São Paulo, mas figuram na minuta do contrato publicada, como intervenientes, a Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) e Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) e, como anuentes, a Companhia Paulista de Parcerias (CPP) e Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo (EMTU-SP).

A cláusula 16.3 da minuta do contrato anexo ao Edital de Concorrência Internacional nº 42325212 (ESTADO DE SÃO PAULO, 2006) determina a constituição de Comissão de Monitoramento da Concessão, por meio de decreto governamental, antes da assinatura do Contrato, com as seguintes competências: regulação, supervisão e fiscalização. Essas atribuições podem ser, a critério do Poder Concedente, transferidas para Agência Reguladora a ser criada por lei.

Esta concessão patrocinada de transporte público atribui à Concessionária obrigações de investimento e operação e define, como forma de remuneração, uma combinação entre arrecadação tarifária e a contraprestação paga pelo Governo do Estado.

A contraprestação do Governo do Estado teve definido um valor máximo de R\$ 120 milhões (março/2006), sendo o critério de julgamento da licitação a menor

contraprestação requerida pelo licitante. Em relação à remuneração tarifária, ela é proporcional ao volume de passageiros transportados. Existe, porém, diferença entre a tarifa de remuneração e a tarifa paga pelo usuário, que é estabelecida após reajustes, descontos, divisão pela integração com outros modos, etc. Passageiros com gratuidades são ressarcidos pelo Estado.

Os investimentos totais previstos na Linha 4 são da ordem de R\$ 2,5 bilhões (março/2006). O investimento estimado da Concessionária da Linha 4 foi de R\$ 720 milhões (março/2006), principalmente em material rodante.

5.1.2 Transferência de Obrigações

5.1.2.1 Projetar

O Poder Concedente e a Concessionária dividem a responsabilidade de projeto. Os projetos executivos ficam sob a responsabilidade de quem fornece e constrói. Toda a infraestrutura de obras e sistemas implantados pelo Governo do Estado de São Paulo tem o projeto sob sua responsabilidade. Ao parceiro privado cabe o projeto do material rodante e dos sistemas que deve implantar. Para os projetos a serem elaborados, o Poder Concedente tem como responsabilidade a emissão de Ordem de Serviço. Os prazos mínimos e máximos para emissão das ordens de serviços são previamente estipulados, sendo que cabe aplicação de multas em caso de descumprimento das obrigações entre as partes.

5.1.2.2 Financiar

A Concessionária deve financiar todas suas obrigações de investimentos. O Poder Concedente prevê, inclusive, um monitoramento permanente nas fases onde o nível de exposição do empreendedor é maior. Tanto para a Fase I, como para a Fase II, a Concessionária tem a obrigação de comprovar, num prazo de 60 dias, a efetiva contratação do financiamento e fornecimento do material rodante definido para aquela fase.

5.1.2.3 Construir / Fornecer

As obrigações de implantação e fornecimento do Parceiro Privado, na Fase I, são as seguintes:

- 14 (quatorze) trens metroviários, com seis carros cada;
- Sistema de Sinalização – Estações, Via e Pátio;
- Subsistema de Comunicação Móvel de Voz e Dados;
- Sistema de Controle do Pátio Vila Sônia;
- Sistema de Supervisão e Controle Centralizado.

As obrigações de implantação e fornecimento na Fase II são:

- 15 (quinze) trens metroviários;
- Sistema de Sinalização;
- Subsistema de Comunicação Móvel de Voz e Dados do Sistema de Telecomunicações;
- Sistema de Controle do Pátio Vila Sônia;
- Sistema de Supervisão e Controle Centralizado.

Na Fase I, ao parceiro público permanecem as responsabilidades de construção das seguintes infraestruturas:

- Execução de obras civis de túneis e via permanente do trecho compreendido entre Luz e o Pátio Vila Sônia.
- Execução de obras civis das Estações Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz.
- Execução de obras civis da estrutura das estações intermediárias Fradique Coutinho, Oscar Freire e Higienópolis.
- Parte do Pátio de Manutenção Vila Sônia.
- Fornecimento e equipamentos auxiliares do Pátio de Vila Sônia

- Fornecimento e implantação de sistemas de energia, telecomunicações, controle local e auxiliares, subsistema de transmissão digital do sistema de telecomunicações, sistema de controle de arrecadação e de passageiros, entre outros:
- Fornecimento de veículos auxiliares.

Antes de emitir a ordem de serviço da Fase II, o Poder Concedente se obriga a colocar em funcionamento o Sistema de Arrecadação Centralizada, que abranja as receitas tarifárias comuns do sistema metroferroviário do Estado de São Paulo.

Na Fase II, o Estado se responsabiliza pela implantação da infraestrutura relacionada a seguir:

- Execução de obras civis da conclusão das Estações Fradique Coutinho, Oscar Freire e Higienópolis.
- Execução de obras civis da conclusão do Pátio Vila Sônia, respectivo Terminal de Ônibus Urbano e a extensão do Túnel e da Via Permanente até Vila Sônia.
- Execução de obras civis da totalidade das Estações Vila Sônia e Morumbi.
- Fornecimento, implantação e complementação de sistemas de Energia, Telecomunicações, Controle Local, Equipamentos Auxiliares, Subsistema de Transmissão Digital do Sistema de Telecomunicações, Sistema de Controle de Arrecadação e de Passageiros.

Em termos de valores, o Governo do Estado permanece responsável pelo aporte de US\$ 922 milhões (73%), enquanto o Setor Privado fica responsável por US\$ 240 milhões (27%), conforme demonstrado no Quadro a seguir.

Quadro 3 – Investimentos na Linha 4 – Amarela – Modelo de Concessão

	Em US\$ milhões			%
	Fase I	Fase II	Total	
Setor Público	734	188	922	73%
- Obras Civis	680	39	719	
- Faria Lima/ Vila Sônia	20	83	103	
- Sistemas	34	66	100	
Setor Privado	184	156	340	27%
- Material Rodante	133	143	276	
- Sistemas	51	13	64	
Total Linha 4	918	344	1.262	100%
Linha C – CPTM				
- Material Rodante		118	118	

(Fonte: METRÔ-SP, 2005)

5.1.2.4 Ampliar

A responsabilidade de ampliar a oferta de viagens cabe à Concessionária. A quantidade de trens a serem implantados na Fase II será reavaliada em conjunto. “A frota inicialmente dimensionada em 15 trens deve ser revisada com base em dois estudos de reprojeção da demanda para a FASE II, sendo um elaborado pelo Poder Concedente e outro pela Concessionária, com antecedência mínima de 8 (oito) meses da data prevista para a emissão da Ordem de Serviço de Fabricação da Fase II” (Estado de São Paulo, 2006).

5.1.2.5 Operar

As obrigações de operação do Parceiro Privado são as seguintes:

- Serviços de Operação da Fase I (Butantã - Luz), estações Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz, incluindo o Pátio Vila Sônia.
- Serviços de Operação da Fase II (Vila Sônia - Luz), adicionando à Fase I as demais estações: Vila Sônia, Morumbi, Fradique Coutinho, Oscar Freire e Higienópolis.

- Operação do trecho Vila Sônia – Taboão, por meio de veículos sobre pneus.

A obrigação do Parceiro Público é operar o restante do sistema de transporte da Região Metropolitana de São Paulo, excluindo explicitamente a possibilidade de serem operadas linhas metropolitanas de ônibus concorrentes à Linha 4. A Administração também se obriga a operar um Sistema de Arrecadação Centralizada, que abranja as receitas tarifárias comuns do sistema metro-ferroviário do Estado de São Paulo.

5.1.2.6 Manter

As obrigações de manutenção do Parceiro Privado são em relação a todos os ativos que a Concessionária recebe e constrói, ou seja, toda a infraestrutura de obras civis, sistemas e material rodante que compõem o serviço da Linha 4.

5.1.2.7 Transferir

O Edital de licitação define que “extinta a concessão, retornam automaticamente ao Poder Concedente os equipamentos, instalações e outros bens, direitos e privilégios vinculados ao serviço concedido, incluindo aqueles transferidos à Concessionária pelo Poder Concedente e os por ela adquiridos”. Ainda é explícito que esses bens “deverão estar em condições adequadas de conservação e funcionamento, para permitir a continuidade dos serviços que eram objeto da concessão, pelo prazo mínimo adicional de 5 (cinco) anos, salvo quando tiverem vida útil menor”.

Assim, todo o processo de transferência dos ativos de volta ao Estado seguirá uma verificação detalhada das condições mínimas de manutenção e funcionalidade.

5.1.3 Instrumentos de Qualidade

Anexo ao Edital de concessão, o Metrô-SP apresentou dois importantes documentos técnicos:

- Anexo I - Diretrizes Técnicas para Concessão da Linha 4 – Amarela – Documento Técnico IC – 4.89.XX.XX/300-001 Ver. B
- Anexo IX - Trens Metroviários Do Sistema De Material Rodante Da Linha 4- Amarela – Documento Técnico – IC – 4.86.01.000/300 – 01 Rev. C

Estes dois documentos detalham de maneira extensiva todos os requisitos técnicos dos investimentos que devem ser feitos e da forma como deve ocorrer a operação da linha.

O segundo documento, em particular, estabelece parâmetros muito detalhados para o projeto, fabricação e desempenho dos trens, incluindo elementos de projeto detalhados quanto a: condições básicas de projeto; caixa e sistemas; truques; sistema de tração e frenagem elétrica; sistema de frenagem por atrito antideslizamento e antipatinagem; portas automáticas; sistema de ar refrigerado do salão; suprimento elétrico; suprimento de ar comprimido; pantógrafo; sistema de acoplamento; sistema de comunicação; sistema *data-bus*; caixa preta; e equipamento de controle de bordo.

Além disso, todo o projeto básico da linha e diversas normas técnicas também estavam disponíveis para consulta aos licitantes e seu pleno atendimento integra as obrigações da Concessionária.

O Anexo I, por sua vez, é bem mais abrangente e tem os seguintes objetivos: apresentar o projeto como um todo, estabelecer as diretrizes mandatórias, prover elementos técnicos das obrigações do Poder Concedente, estabelecer requisitos técnicos das obrigações da Concessionária e apresentar os parâmetros de desempenho que serão medidos ao longo da concessão.

Este conteúdo indicado, relativo aos parâmetros de desempenho, configura-se como um instrumento importante na gestão de qualidade da parceria. O Metrô-SP estabeleceu quatro aspectos a serem detalhadamente aferidos ao longo de todo o contrato de concessão:

- Requisitos operacionais mandatórios;
 - Indicadores para monitoramento do desempenho operacional;
 - Indicador geral de satisfação do usuário - pesquisa de qualidade de serviço (ISU); e
 - Indicadores dos serviços de manutenção para a qualidade.
- (ESTADO DE SÃO PAULO, 2006)

A avaliação do resultado destes indicadores pode alterar a remuneração tarifária, sendo que 10% estão associados ao atendimento dos “índices de qualidade de operação” e 10% ao atendimento dos “índices de qualidade de manutenção”.

5.1.3.1 *Qualidade de projeto*

Como comentado, as condicionantes de projeto estão bastante detalhadas nos documentos técnicos e o projeto executivo deve ser apresentado para apreciação e aprovação do Metrô-SP. Alterações em relação às diretrizes mandatórias devem ser consultadas a uma Comissão de Concessão. Não existem detalhes do processo de aprovação dos projetos.

Pela forma do Edital, uma vez atendidas as diretrizes de desempenho e seguidos todos os detalhes técnicos previamente estabelecidos, o Parceiro Privado tem liberdade de realizar o projeto mais conveniente, sem grande intervenção do parceiro público.

Vale ressaltar que, pela primeira vez no Brasil, foi aberta a possibilidade de uma operação de Metrô sem operador de trem (sistema *driver less*).

A qualidade do projeto, então, não foi objeto de mecanismo específico, mas seus parâmetros foram bastante detalhados previamente. O mecanismo de avaliação de qualidade foi relegado ao resultado final dos produtos e serviços fornecidos.

5.1.3.2 *Garantia de fornecimento*

A garantia de fornecimento significa a fabricação, fornecimento ou disponibilização dos serviços serem realizados em prazos e condições adequadas.

Na concessão patrocinada da Linha 4, a remuneração do parceiro privado está totalmente vinculada ao prazo em que este disponibiliza os investimentos e os serviços. A parcela oriunda da tarifa por passageiro transportado, obviamente, está condicionada à efetiva operação e arrecadação. As parcelas da contraprestação estão também vinculadas ao início de operação de cada uma das fases (Fase I e Fase II).

5.1.3.3 *Eficiência nos investimentos*

A eficiência nos investimentos está atrelada ao sucesso financeiro do empreendedor privado, uma vez que este é responsável por todos os custos de investimentos sob sua responsabilidade. Desse montante deriva o capital de investimento, a ser financiado pela Concessionária. O retorno sob o capital investido, portanto, depende muito da eficiência no dispêndio desses recursos.

5.1.3.4 *Eficiência nos serviços*

Da mesma forma que ocorre na fase de investimentos, a eficiência no dispêndio de recursos na fase operacional é diretamente responsável pelo sucesso do negócio ao investidor privado. Cerca de 94% da receita do projeto³³ advém da receita tarifária e o resultado operacional é a principal fonte financiadora do empreendimento.

³³ Fonte: cálculo do Autor sobre projeções do Metrô-SP (2005). A receita estimada anual (Metrô-SP, 2005) varia de R\$ 96 milhões, no primeiro ano, a R\$ 352 milhões, a partir do vigésimo ano (em valores nominais de 2005), que resultariam numa receita total tarifária de cerca de R\$ 2,3 bilhões (VPL a 12%a.a.) ao longo do contrato, representando 94% da receita total (em VPL). A receita advinda da contraprestação foi limitada a R\$ 120 milhões (R\$ 87,6 milhões em VPL a 12% a.a.), resultando em 4% do total (em VPL) e as receitas extra-operacionais foram estimadas em torno de 2% do total (em VPL).

Assim, o empreendedor deve buscar ao longo de 30 anos de operação o retorno do investimento através de uma alocação eficiente de recursos nos serviços prestados.

5.1.3.5 Qualidade dos bens

Como no projeto, a qualidade dos bens não foi objeto de mecanismo específico, sendo que o mecanismo de avaliação de qualidade foi relegado ao resultado final dos produtos e serviços fornecidos e à vida útil exigida na qualidade de reversão dos bens.

Porém, todos os requisitos de projeto do material rodante e sistemas previstos na IC-4.86.01.00/300-001 apresentam as condicionantes, as etapas e os critérios de comissionamento (recebimento) e descomissionamento (reversão).

5.1.3.6 Qualidade dos serviços

A qualidade dos serviços foi objeto de uma combinação de duas ferramentas: uma aferição através de pesquisa com o usuário final e a análise de indicadores objetivos.

O instrumento de pesquisa adotado foi chamado de "Indicador Geral de Satisfação do Usuário - Pesquisa de Qualidade de Serviço", conforme Anexo I do Edital:

A avaliação dos atributos e dos indicadores do serviço resulta em proporções para cada ponto da escala que possibilitam gerar dois índices, ou seja:

(1) Índice de avaliação dos atributos e indicadores— expressa o nível de satisfação em relação aos indicadores e atributos pesquisados dentro de uma faixa de -100 a +100. Esse índice é o resultado da diferença entre a soma das proporções positivas (muito bom e bom) e as negativas (ruim e muito ruim).

(2) Índice Geral de Satisfação do Usuário - expressa o grau de aprovação em relação à qualidade geral de serviço da linha de metrô. É o resultado da ponderação dos atributos gerais como: Conforto, Rapidez, etc., pelo grau de importância que o usuário atribui a cada um deles.

(ESTADO DE SÃO PAULO, 2006)

Outro instrumento avalia qualidade, oferta e segurança dos serviços e é chamado “Indicadores para Monitoramento do Desempenho Operacional”. No que tange à qualidade, propõe parâmetros objetivos e aferíveis para avaliar os seguintes quesitos:

- Validação do acesso; e
- Reclamações gerais da linha.

5.1.3.7 Oferta de serviços

O documento “Indicadores para Monitoramento do Desempenho Operacional”, em relação à oferta, propõe parâmetros objetivos e aferíveis para avaliar os seguintes quesitos:

- Intervalo entre trens;
- Tempo médio de percurso nos picos; e
- Cumprimento da oferta programada.

5.1.3.8 Qualidade ambiental

Não foram tratadas de forma específica as questões de qualidade ambiental no âmbito do Edital e do contrato de concessão. Isso não afasta a obrigação da Concessionária de se submeter às Licenças Ambientais Prévia (LP) e de Instalação (LI) para a execução dos investimentos e à posterior Licença Ambiental de Operação (LO) emitidas, no caso do projeto da Linha 4, pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

5.1.3.9 Segurança

Quanto à segurança dos serviços, o Metrô-SP propõe parâmetros objetivos e aferíveis, nos “Indicadores para Monitoramento do Desempenho Operacional”, para avaliar os seguintes quesitos:

- Acidentes com usuários na linha; e
- Crimes e contravenções penais com usuários na linha.

É importante ressaltar que, se somados, os parâmetros auferidos para qualidade, oferta e segurança dos serviços, eles poderão ser responsáveis pela diminuição em até 10% da receita tarifária no caso de não obtenção do nível máximo positivo de avaliação.

No caso dos indicadores de segurança, diversos questionamentos ao Edital foram feitos a respeito da Concessionária não deter o poder de polícia, sendo os serviços abertos ao público e a segurança pública ser responsabilidade do Estado. O entendimento do Metrô é que a Concessionária pode dispor de monitoramento e equipe de segurança, com capacidade de mitigar a ocorrência de acidentes e crimes nas dependências da linha.

5.1.3.10 Manutenção

A principal ferramenta de gestão da manutenção é o conjunto de "Indicadores dos Serviços de Manutenção" elaborado pelo Metrô-SP e que pode afetar até 10% da receita tarifária auferida pela Concessionária, conforme desempenho.

Esses indicadores propõem parâmetros objetivos e auferíveis, e avaliam os seguintes quesitos:

- Disponibilidade de trens para atendimento do Programa de Oferta de Trens nos picos e o desempenho do Material Rodante;
- Indicador de operacionalidade das estações;
- Disponibilidade dos Sistemas de Via;
- Disponibilidade das informações operacionais da linha 4 - amarela no centro de controle da Companhia do Metrô; e
- Fator multiplicativo de confiabilidade de dados.

Esses parâmetros foram estabelecidos no Edital, porém apenas os três primeiros são essenciais para aferir a qualidade de manutenção, sendo os dois últimos acessórios ao monitoramento dessas condições.

5.1.3.11 Atualidade

Não existe avaliação de qualidade de atualidade em relação ao objeto da concessão, ficando a cargo da Concessionária apenas a manutenção dos indicadores de desempenho, sendo de sua iniciativa e risco a alteração dos padrões tecnológicos.

5.1.3.12 Modicidade tarifária

A tarifa da Concessionária é a “tarifa de remuneração”, que é diferente da “tarifa do usuário”. Fica a cargo do Governo do Estado de São Paulo a adoção de valores e políticas de integração tarifárias cobradas no sistema de transporte coletivo metroferroviário e por ônibus metropolitanos. De comum acordo com a Prefeitura de São Paulo, podem ser estabelecidos acordo bilaterais para promoção de descontos de integração modal.

A Concessionária recebe, independente da prática adotada pelo Estado, 100% da “Tarifa de Remuneração” pelo transporte dos usuários exclusivos, 50% da “Tarifa de Remuneração” pelo transporte dos usuários integrados, além do ressarcimento por usuários gratuitos ou estudantes (meia tarifa). A tarifa de remuneração é reajustada anualmente, por índices de inflação e variação cambial, independente da revisão do valor da tarifa paga pelos usuários.

A tarifa de remuneração devida é garantida em 80%, sendo que os outros 20% dependem de indicadores de desempenho dos serviços (fatores de qualidade, oferta, segurança e manutenção).

Assim, a tarifa é prefixada e pré-indexada, de forma que não são inseridos mecanismos de qualidade quanto à modicidade tarifária.

5.1.3.13 Equilíbrio econômico-financeiro

Existem diversos dispositivos no contrato que buscam garantir o equilíbrio econômico-financeiro. Em especial, são explícitas situações extraordinárias nas quais deve ser realizado o cálculo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. São previstos os seguintes casos:

- Sobrecustos imputáveis à Concessionária de funcionamento e manutenção do Sistema de Arrecadação Centralizada acima de 6% (seis por cento) da Receita Tarifária;
- Variação extraordinária de demanda, abaixo de 60% ou acima de 140% do previsto, ou inferior a 75% do previsto na Fase II;
- Variação acentuada da razão entre total de passageiros transportados no trecho crítico na hora pico e o total de passageiros transportados previstos;
- Não cumprimento pelo Poder Concedente em dispor da frota de trens em funcionamento na Linha 9 da CPTM (chamada Linha C, na época do Edital), ou o não funcionamento destes, em razão da frustração de demanda daí decorrente na Linha 4;
- Descumprimento da obrigação da EMTU-SP em seccionar as linhas de ônibus intermunicipais, relacionadas no Edital, concorrentes à Linha 4;
- Assunção pela Concessionária de investimentos em infraestrutura inadimplidos, originalmente incumbidos ao Poder Concedente;
- Criação, extinção ou alteração de tributos ou encargos legais, modificações unilaterais do contrato, incluindo aumento no rigor dos índices de desempenho (fato do Príncipe e fato da Administração);
- Ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito não securizáveis;
- Ganhos extraordinários, que não decorram diretamente da sua eficiência empresarial, propiciados por alterações tecnológicas ou pela modernização, expansão ou racionalização dos serviços;
- Redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pela Concessionária; e

- Aumento de receitas acessórias em relação ao previsto no Plano de Negócios³⁴.

5.1.3.14 Qualidade na reversão dos bens

Conforme mencionado anteriormente, existe um critério objetivo para qualificar os bens revertidos ao final da concessão. Conforme o edital, “os bens revertidos ao Poder Concedente deverão estar em condições adequadas de conservação e funcionamento, para permitir a continuidade dos serviços que eram objeto da concessão, pelo prazo mínimo adicional de 5 (cinco) anos, salvo quando tiverem vida útil menor.”.

A dificuldade, neste caso, reside na forma como essa avaliação será realizada, através de inspeções e pareceres técnicos sobre os principais componentes.

5.1.3.15 Igualdade

O único mecanismo de promoção da igualdade é um fator de qualidade específico de avaliação de “Atendimento aos usuários portadores de deficiência”.

Não existem outras menções à igualdade no tratamento dos usuários, ainda que qualquer tipo de discriminação seja proibido por lei.

³⁴ O edital de licitação exigiu das proponentes a elaboração de um “plano de negócios”, que se configura como uma previsão de fluxo de caixa da parceria do ponto de vista privado, cuja forma de apresentação foi indicada no Anexo II - Diretrizes para Elaboração do Plano de Negócios. Esse documento, inclusive, precisava ser validado por instituição financeira “atestando que examinou o Edital e seus anexos, bem como o PLANO DE NEGÓCIOS da PROPONENTE e considera viável a concessão dos financiamentos necessários ao cumprimento das obrigações da CONCESSIONÁRIA, nos montantes e nas condições previstas no PLANO DE NEGÓCIOS, conforme Modelo do Anexo II”. (ESTADO DE SÃO PAULO, 2008)

5.1.3.16 Continuidade

A continuidade dos serviços é um fator avaliado em diversos quesitos de qualidade em relação à disponibilidade da infraestrutura. Mas no caso de interrupção do serviço, a Concessionária deve utilizar o sistema de emergência criado pela Prefeitura de São Paulo, denominado PAESE – Plano de Apoio Entre Empresas de Transporte Frente à Situação de Emergência, que se baseia na organização de uma operação especial por ônibus, devendo arcar, inclusive, com seus custos.

5.1.3.17 Universalidade

A expansão do sistema pode ser feita por iniciativa do Poder Concedente, não cabendo à Concessionária a decisão ou a promoção desta. A única expansão prevista é a Fase III, que corresponde à operação sobre trilhos do trecho compreendido entre as Estações Vila Sônia e Taboão da Serra. Apesar de a ampliação poder integrar o objeto da concessão, as condições desta implantação não estão previstas, devendo ser definidas durante a execução do contrato da concessão patrocinada da Linha 4.

5.1.4 Divisão de Riscos

Em linhas gerais, os principais riscos assumidos pelo Parceiro Particular na concessão da Linha 4 são relacionados à operação e manutenção e na implantação dos sistemas sob sua responsabilidade, incluindo atrasos na entrega dos equipamentos e da obtenção dos recursos para os investimentos.

O Parceiro Público assume, por sua vez, os riscos relacionados ao atraso na conclusão das obras e sistemas sob sua responsabilidade, devendo também garantir a ausência de competição entre a Linha 4 e as linhas de ônibus intermunicipais.

Os riscos essenciais compartilhados são o de demanda e de variação cambial.

A seguir, são apresentados em maiores detalhes cada categoria de riscos e a respectiva divisão de responsabilidades prevista no Edital de Concessão Patrocinada da Linha 4 (Estado de São Paulo, 2006).

5.1.4.1 Riscos de Localização e Entorno

Os riscos de localização e entorno são assumidos pelo Parceiro Público, uma vez que estão sob sua responsabilidade todas as desapropriações, licenças ambientais de instalação do empreendimento e obras civis de infraestrutura.

5.1.4.2 Riscos de Projeto e Construção

Os riscos de Projeto, Sobrecustos de Construção, Atrasos de Construção e de Desempenho são assumidos pelo parceiro responsável pelo investimento.

Ou seja, todo o risco das obras de infraestrutura a cargo do Estado de São Paulo e são de sua responsabilidade. Está explícito no Edital que o Poder Concedente assume o risco pela sua conclusão dentro dos prazos estabelecidos nas ordens de serviços que ele emitir para as Fases I e II da concessão. O contrato, inclusive, prevê diversas multas, compensações e o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato caso ocorram esses atrasos³⁵. Além disso, diversas outras obrigações de investimento são assumidas pelo parceiro público, o Sistema de Arrecadação Centralizada e a frota da Linha 9 (antiga Linha C).

Ao parceiro privado, os atrasos na entrega dos projetos e obras também resultam em multas, medidas administrativas e postergação do direito ao início da exploração comercial da linha e do direito a receber os montantes de contraprestação pecuniária.

³⁵ Por exemplo, no caso de atraso de entrega de obras pelo Poder Concedente o Edital prevê: "Se o atraso para conclusão da INFRAESTRUTURA DA FASE I ultrapassar a 3 (três) meses, [...] o PODER CONCEDENTE deverá compensar financeiramente a CONCESSIONÁRIA, mediante o pagamento mensal do valor de R\$ 5.220.000,00 [...] limitado ao máximo de 18 (dezoito) meses [...] / [...] Se o atraso para conclusão da INFRAESTRUTURA DA FASE II ultrapassar a 3 (três) meses [...] o PODER CONCEDENTE deverá compensar financeiramente a CONCESSIONÁRIA, mediante o pagamento mensal do valor de R\$ 2.335.000,00 (dois milhões, trezentos e trinta e cinco mil reais), por cada mês completo de atraso [...] enquanto perdurar o atraso na conclusão da INFRAESTRUTURA DA FASE II [...]".

É importante ressaltar que o Edital não exigiu comprovação de experiência em fornecimento ou instalação, apenas exigia experiência em operação. Tampouco foi solicitada qualquer forma de proposta técnica. Os licitantes necessitavam apenas confirmar que atenderiam às diretrizes técnicas apresentadas. Neste ponto, em caso de completa incapacidade técnica da Concessionária, o Poder Público teria apenas mecanismos contratuais pecuniários e garantias financeiras para executar, sem poder exigir envolvimento técnico direto do empreendedor.

5.1.4.3 Riscos de Operação

Os riscos de operação são totalmente assumidos pelo parceiro privado, incluindo riscos de Sobrecustos Operacionais, Disponibilidade Operacional, Qualidade dos Serviços e de Acidentes. Destaque se faz a este risco, pois ele também impõe penalidade à receita auferida. Como visto anteriormente, 20% da receita tarifária está condicionada à obtenção de indicadores de desempenho relativos à assunção dos riscos de operação.

5.1.4.4 Riscos de Receita

Os riscos de receita são compartilhados.

O risco de concorrência é assumido, em parte, pelo Parceiro Público, em relação à concorrência com os ônibus intermunicipais metropolitanos gerenciados pela EMTU-SP e listados no Edital³⁶.

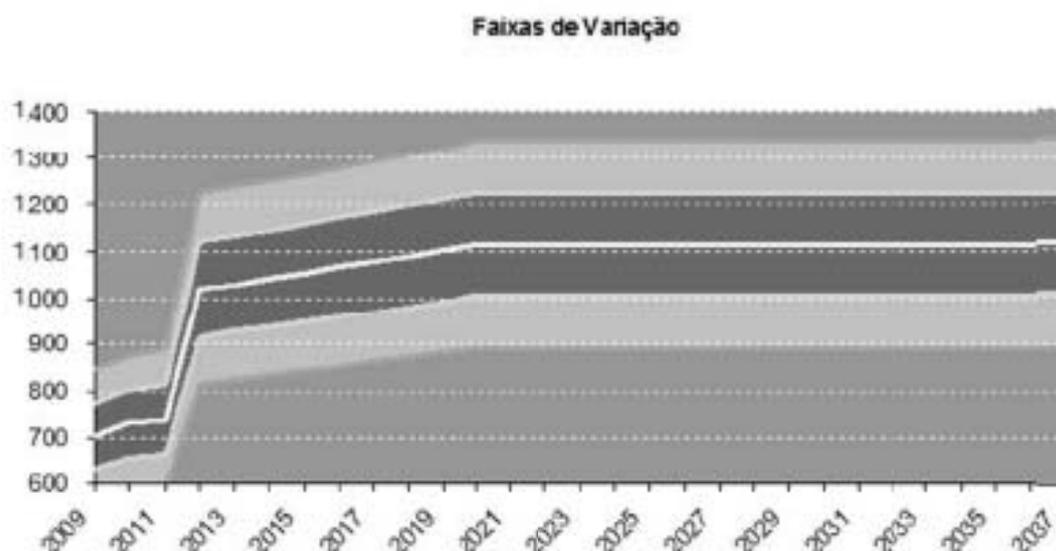
³⁶ O Edital prevê uma compensação total de receita no caso de não realização do seccionamento das linhas: "No caso de não ter sido realizado o seccionamento de alguma da linha de ônibus intermunicipal gerenciada pela EMTU, por omissão imputável exclusivamente à EMTU ou ao PODER CONCEDENTE, a EMTU ficará obrigada a compensar diretamente a CONCESSIONÁRIA pela frustração de demanda daí decorrente na LINHA 4 – AMARELA, no montante equivalente ao resultado da multiplicação do número de passageiros transportados na linha de ônibus intermunicipal da EMTU não seccionada pela TARIFA DE REMUNERAÇÃO."

O risco de demanda é compartilhado, conforme apresentado pelo Metrô-SP (2005):

- Estruturamos a criação de 2 faixas em função da demanda projetada, a primeira equivalente a 10% para mais e para menos da projeção de demanda e a segunda equivalente a 20%;
- Com o objetivo de limitar as garantias do Estado, sugerimos limites máximos e mínimos para aplicação deste mecanismo. Desta forma, a garantia protegerá até o limite de 40% da demanda projetada.
- Caso a demanda se situe dentro da primeira faixa, não ocorre nenhum ajuste e a divisão de receitas nos passageiros integrados será de 50% para o Concessionário e 50% para o Metrô / CPTM;
- No caso da demanda verificada se situar fora da primeira faixa, porém dentro da segunda, ocorrerá um ajuste:
 - o ajuste deverá ser efetuado na forma de um pagamento do Estado ao concessionário, ou o contrário (caso a demanda seja maior que o projetado);
 - este ajuste terá o mesmo efeito que trazer a demanda para mais próximo do limite da primeira faixa (60% da diferença entre o realizado e o limite da faixa);
- Caso a demanda verificada se situe fora da segunda faixa, o ajuste passa a ser de maior intensidade, em um mecanismo similar;
 - desta forma, aumentando o ajuste no caso da demanda verificada se mostrar muito longe da previsão (90% da diferença).

(METRÔ-SP, 2005)

O gráfico apresentado na figura a seguir ilustra as faixas de demandas previstas (no eixo vertical, em milhares de passageiros por dia), sendo que na faixa mais interna não é necessária compensação entre os parceiros, na faixa intermediária a compensação é de 60% e na mais externa de 90%. Fora dos limites previstos, deve ser acionado um mecanismo de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.



**Figura 3 – Riscos e Mitigação por Faixas de Variação da Demanda da Linha 4
(FONTE: Metrô-SP, 2005)**

5.1.4.5 Riscos Financeiros

O risco cambial é compartilhado meio a meio entre os parceiros público e privado, ou seja, o parceiro privado será compensado em 50% do impacto cambial (cuja valoração é definida claramente no edital) e deve absorver o restante.

O risco de inflação é assumido de forma limitada pela Concessionária, pois o reajuste de sua remuneração está anualmente indexado a uma combinação entre o IPC (Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas) e o IGP-M (Índice Geral de Preços de Mercado publicado pela Fundação Getúlio Vargas).

O risco de taxas de juros e de indisponibilidade de financiamento é assumido integralmente pelo parceiro privado. O Poder Concedente, inclusive, exige a apresentação prévia da "efetiva contratação do financiamento e fornecimento dos Trens Metroviários do Sistema de Material Rodante da FASE I e da FASE II" (chamado *financial closure*), com prazo de 60 dias a partir da emissão da respectiva ordem de serviço de cada fase, podendo levar ao rompimento contratual sem que nenhuma indenização seja devida caso a Concessionária deixe de apresentá-las injustificadamente.

Os mecanismos de garantias entre as partes eram bastante extensos. Por parte do parceiro público, as garantias apresentadas são aquelas subscritas pela Companhia Paulista de Parcerias para pagamentos das parcelas de contraprestação e de possíveis multas³⁷. O pagamento da arrecadação tarifária é garantido por uma regra de recebimento prioritário em relação aos demais participantes do sistema de arrecadação. Assim, toda a arrecadação tarifária do Metrô-SP e da CPTM garante o pagamento tempestivo da remuneração tarifária e a compensação por riscos, quando cabível, devida à Concessionária.

Por parte da Concessionária, as principais garantias exigidas foram uma garantia de proposta, no valor de 1,5% do valor dos investimentos e uma garantia de execução contratual, equivalente a 20% do valor dos investimentos da Fase I.

5.1.4.6 Riscos de Caso Fortuito e Força Maior

Conforme disposto no Edital: "Fica excluída a responsabilidade da Concessionária pelo inadimplemento total ou parcial de qualquer obrigação assumida no contrato, ou em qualquer de seus Anexos, nas hipóteses de caso fortuito ou de força maior [...]".

O edital é omissivo, no entanto, aos reflexos desses eventos às obrigações do Estado. Entende-se, nesse caso, que o risco está sendo compartilhado, pois eventos dessa natureza desobrigaria a ambos ressarcir eventuais prejuízos.

³⁷ Conforme Edital, essa garantia é dada pela CPP "no que se refere exclusivamente ao pagamento da Compensação de Atraso da Fase I, Compensação de Atraso da Fase II, Compensação de Demora na Emissão da Ordem de Serviço, Primeira Multa Compensatória de Rescisão, Segunda Multa Compensatória de Rescisão e Contraprestação Pecuniária [...]. Para garantia [...] a CPP constitui neste ato o penhor sobre títulos da dívida pública federal e/ou sobre quotas de Fundo de Investimento lastreado em títulos da dívida pública federal, cujo valor total será de R\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de reais) [reajustáveis] [...]."

5.1.4.7 Riscos sobre os Ativos

O risco do valor residual dos ativos é do parceiro privado, que deve restituir ao Poder Concedente todos os ativos com uma vida útil e capacidade operacional de, no mínimo, cinco anos.

Porém, o risco de obsolescência tecnológica é do Estado, pois não existe nenhuma obrigação de atualização tecnológica além da manutenção do desempenho mínimo.

5.1.4.8 Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato

No caso de inadimplência da Concessionária, existem diversos dispositivos que permitem ao Poder Concedente a encampação, caducidade ou caso de falência e extinção da Concessionária, conforme cláusulas 24 a 28 da minuta do contrato constante no edital. A encampação só é permitida após o pagamento de todas as compensações e indenizações devidas.

No caso de inadimplemento do Poder Concedente, existem multas previstas no caso de não serem emitidas as Ordens de Serviços previstas. Por exemplo, caso o Poder Público emita a Ordem de Serviço para elaboração do Projeto e não emita a Ordem de Serviço para a Fabricação da Fase I, "após o transcurso de 18 (dezoito) meses [...] fica facultado à Concessionária dar por rescindido o contrato, em caráter irrevogável e irretratável, fazendo jus ao recebimento imediato da multa compensatória no valor de R\$ 23.400.000,00 (vinte e três milhões e quatrocentos mil reais [...])."

A rescisão contratual ocorre em face de inadimplência do Poder Concedente se tiver sido decretada judicialmente. Em caso de anulação da concessão patrocinada, a Concessionária poderá fazer jus a indenizações.

5.1.4.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos

Os riscos de fato do Príncipe e fato da Administração são assumidos pelo Poder Concedente. De modo genérico, o Edital cita: "Fica excluída a responsabilidade da Concessionária pelo inadimplemento total ou parcial de qualquer obrigação

assumida no contrato, ou em qualquer de seus Anexos, nas hipóteses [...], ou ainda por motivos imputáveis exclusivamente ao Poder Concedente.”. Mas também é específico ao responsabilizar o Poder Concedente por alterações tributárias, dando direito a compensações ou a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

5.1.5 Análise dos Resultados

5.1.5.1 Estágio da concessão

A licitação foi a primeira Parceria Público-Privada a ocorrer no Brasil. Ela foi concluída em 2006, tendo dois consórcios participantes, sagrando-se vencedor o consórcio MetroQuatro, formado pelas empresas CCR (Companhia de Concessões Rodoviárias), Benito Roggio Transportes S.A. (Metrô de Buenos Aires) e RATP Développement S.A. (Metrô de Paris).

O contrato foi assinado em novembro de 2006 e no início de 2010 os testes dos trens já estavam sendo feitos, com previsão de início de operação monitorada em setembro.

O Sistema de Arrecadação Centralizado foi parcialmente implantado através da adoção do sistema de bilhetagem eletrônica do município de São Paulo (“Bilhete Único”) como uma das formas de pagamento dos bilhetes de Metrô-SP e CPTM. O Estado tentou licitar por duas vezes a complementação desse projeto, ainda sem sucesso.

5.1.5.2 Legalidade e atendimento aos requisitos formais

Os estudos prévios necessários foram feitos e os requisitos formais foram cumpridos, mesmo que deles tenham exigido republicações do Edital (a última versão é a “reti-ratificação 2”) e novas audiências públicas.

Apesar do Estado de São Paulo ter editado sua própria Lei de Parcerias Público-Privadas, regulamentando concessões patrocinadas, o texto da Constituição do

Estado foi levantado como impeditivo³⁸ à validade do modelo de PPP, diante da primeira PPP que o Estado de São Paulo pretendia contratar. Depois esse problema foi afastado por pareceres jurídicos que deram outro entendimento à questão.

Na época da licitação, foram levantados diversos questionamentos junto ao Tribunal de Contas do Estado. Um deles resultou na suspensão do processo e posterior alteração do edital, impondo um valor mínimo de contraprestação (que antes poderia ser zero) para que uma contraprestação nula não fizesse a outorga confundir-se com o instituto da concessão comum³⁹.

Outra questão levantada foi em relação ao Poder Concedente ser o Estado para um serviço inserido unicamente na Cidade de São Paulo. O Metrô-SP possui estrutura física e operação realizadas exclusivamente dentro do Município de São Paulo, mas o Governo do Estado é seu controlador. A Linha 4 possui em seu projeto original, uma terceira fase, não incluída na referida concessão, para extensão da linha até o Município de Taboão da Serra. A rede do Metrô-SP é altamente integrada aos demais serviços de transportes metropolitanos, ainda que grande parte dos passageiros se desloque apenas dentro do Município de São Paulo. Por fim, para evitar questionamentos, o Metrô-SP incluiu uma operação por ônibus com tarifa integrada para fora dos limites do Município de São Paulo, a fim de justificar a caracterização metropolitana do serviço.

Até o presente momento não foi criada a Agência de Regulação, mas a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões está estabelecida no âmbito da Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo.

³⁸ "Artigo 119 - Os serviços concedidos ou permitidos ficarão sempre sujeitos à regulamentação e fiscalização do Poder Público e poderão ser retomados quando não atendam satisfatoriamente aos seus fins ou às condições do contrato. Parágrafo único - Os serviços de que trata este artigo não serão subsidiados pelo Poder Público, em qualquer medida, quando prestados por particulares. (CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1989)

³⁹ Como visto no Capítulo 3.4 o modelo de parceria público-privada, conceitualmente, vai muito além da contraprestação, mas na visão do Tribunal, este entendeu que a existência de contraprestação é uma condição formal necessária para estes modelos.

5.1.5.3 Análise de Valor da Concessão

Não foram divulgados estudos *Value for Money* (VFM) e *Public Sector Comparator* (PSC) para a Concessão Patrocinada da Linha 4. Na época, foram divulgados apenas elementos que permitiram a avaliação do empreendimento sob a ótica do parceiro privado. Não é objetivo deste trabalho quantificar o PSC para o projeto. Porém, é claramente possível avaliar o projeto de forma conceitual, do ponto de vista da eficiência dos recursos.

As análises econômicas (Metrô, 2005) apontaram indicadores de Taxa Interna de Retorno (TIR) de Projeto de 14,3% ao ano e TIR do Acionista de 17,4% ao ano. Esses valores superam em muito os padrões atuais⁴⁰. Convém observar que naquela época, apenas o Risco Brasil era estimado em 4,4% ao ano.

O ineditismo do modelo e o interesse da Administração em viabilizar o projeto deram-lhe contornos de *altos ganhos diante de altos riscos*. Mas, na verdade, a estrutura de garantias e os mecanismos de proteção aos riscos de receita, criaram um projeto atrativo para a iniciativa privada, mesmo comparado a projetos subsequentes⁴¹.

Por outro lado, a divisão de riscos entre os parceiros demonstra-se muito eficiente e com alta capacidade de gerar grande VFM. Ao parceiro privado foram alocados justamente aqueles riscos onde existe a maior capacidade de gestão, como de implantação e operação.

A demanda do sistema depende muito pouco do que a Concessionária fizer e muito mais da evolução dos investimentos nos sistemas metro-ferroviários e na malha viária da região, geridos pela Administração Pública.

Deve-se observar que, com a ampliação da oferta de novos serviços integrados, a arrecadação do sistema poderia sofrer redução devido ao aumento no número de

⁴⁰ Atualmente, os estudos públicos dos projetos têm utilizado como referência uma TIR de projeto em torno de 8% ao ano, como apontado pelo Governador do Estado de São Paulo Geraldo Alckmin (2010) em entrevista para a Folha de São Paulo. À época das primeiras concessões de rodovias, no final da década de 90, quando era Vice-Governador de São Paulo, o cenário macroeconômico e os modelos de concessão impunham expectativas de TIR mais altas pela iniciativa privada.

⁴¹ A Concessão Administrativa da frota da Linha 8 da CPTM, por exemplo. Ver item 5.3.5.3, pág. 205.

integrações, o que poderia gerar um aumento de volume de transporte sem o respectivo aumento de arrecadação.

Nesta PPP a Concessionária auferirá a totalidade da receita decorrente do transporte de passageiros que utilizem exclusivamente a Linha 4. No caso de viagens integradas com outros sistemas de transportes sobre trilhos, caberá à Concessionária metade do valor decorrente da tarifa de remuneração.⁴²

A forma de melhorar o resultado do VFM seria diminuir o impacto da tarifa, uma vez que ela é risco compartilhado. E elevar a contraprestação, pois os investimentos são risco da Concessionária.

Exemplificando, seria a desoneração da arrecadação via redução da tarifa de remuneração, mesmo que isto tivesse implicado numa elevação do valor de contraprestação pecuniária máxima permitida na licitação.

Para corroborar esse raciocínio, observa-se que, pelo baixo impacto da contraprestação pecuniária nas receitas⁴³ e sendo ela o critério de julgamento, o processo licitatório perdeu a oportunidade de capturar maiores benefícios ao Estado.

⁴² Não é por outra razão que sistemas de transportes tendem a ser concedidos por áreas ou por subsistemas, em detrimento de uma delegação por linhas. Operadores separados têm dificuldade de captar os benefícios da integração operacional-tarifária. Quando a integração é imposta entre operadores diferentes, o risco de desequilíbrio econômico-financeiro entre eles é muito maior.

⁴³ Ver nota de rodapé 33, pág. 146.

5.2 Concessão Comum do Rodoanel Oeste (2008)

5.2.1 Apresentação do Projeto

Através do Edital de Concorrência Pública Internacional - Edital Nº 001/2008 (ARTESP, 2008), a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo tornou pública a licitação da "Exploração, mediante concessão onerosa do Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste, interligação entre os corredores de acesso à metrópole de São Paulo - SP-348; SP-330; SP-280; SP-270 e BR-116".

O Rodoanel Mário Covas é uma rodovia perimetral, projetada para contornar toda a Região Metropolitana de São Paulo, formando um anel viário expresso com objetivo de articular o tráfego entre os eixos rodoviários que adentram a capital paulista. O primeiro trecho a ser construído foi o trecho Oeste, com 32 km, identificado na figura a seguir.



Figura 4 – Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste
(Fonte: ARTESP, 2007)

Assim, o Trecho Oeste constitui-se como uma parcela de um projeto maior, de uma rodovia anelar projetada com extensão de 182 km.

O Poder Concedente é o Governo do Estado de São Paulo, através da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP). O anexo 01 do Edital (ARTESP, 2008) apresenta o Regulamento da Concessão, aprovado pelo Decreto 52.467/07, do Governador do Estado de São Paulo.

O objeto da concessão, como definido no Edital (ARTESP, 2008), envolve a exploração da concessão por trinta anos prorrogáveis, dos seguintes serviços: Operação, Conservação de Rotina, Conservação Especial, Estrutura Operacional e Gestão de Tráfego.

A infraestrutura é recebida pela Concessionária, com a rodovia já em operação, que apenas investe na estrutura inicial para sua exploração. A partir de então, o parceiro privado assume uma série de encargos elencados, que serão detalhadas adiante, que estão agrupados em funções operacionais, funções de conservação e funções de ampliação. Além disso, a Concessionária assume obrigações específicas quanto a serviços complementares e apoio a serviços não delegados.

O modelo de concessão é através do pagamento de uma outorga fixa em R\$ 2,0 bilhões (julho/2007), a serem pagos nos dois primeiros anos, e um ônus variável de 3% das receitas brutas ao longo de toda concessão. O critério de julgamento é o menor valor de tarifa básica de pedágio⁴⁴, limitado por uma tarifa básica de pedágio teto em R\$ 3,00.

Os investimentos em infraestrutura previstos ao longo do contrato (ARTESP, 2008), incluindo melhorias e conservações, totalizam R\$ 800 milhões, enquanto a outorga onerosa, somada parcela fixa e variável, resultam em R\$ 2,4 bilhões (julho/2007).

⁴⁴ A "tarifa básica" de pedágio corresponde à tarifa cobrada de veículos de rodagem simples e dois eixos, para pedágio tipo "bloqueio" de saída (ARTESP, 2008). Diferencia-se o termo, pois a tarifa de pedágio tem cobrança diferenciada por tipo de veículo, conforme estrutura tarifária divulgada no Anexo 4 do Edital.

5.2.2 Transferência de Obrigações

5.2.2.1 Projetar

Toda a infraestrutura principal do Rodoanel Trecho Oeste foi implantada pelo Governo do Estado de São Paulo e entregue em fase operacional à Concessionária, portanto o risco de projeto foi largamente assumido pelo Poder Público.

Ao parceiro privado cabe apenas o detalhamento dos projetos executivos dos investimentos complementares, especialmente em relação às praças de pedágio, ampliações e conservação especial ao longo do contrato.

5.2.2.2 Financiar

O financiamento desta parceria deve ser entendido em duas etapas. Antes da concessão, os investimentos nas obras foram feitos pelo próprio Estado de São Paulo. Na fase da concessão, a Concessionária deve financiar todas suas obrigações de investimentos, mas os investimentos do primeiro ano resumem-se a um pequeno investimento direto, da ordem de R\$ 100 milhões (julho/2007), e a outorga de R\$ 2,0 bilhões, paga em curto prazo (dois anos).

A partir do contrato de concessão, então, a Concessionária tem que financiar essa outorga fixa, que retorna ao Estado, num curto tempo, parte dos investimentos realizados anteriormente.

Assim, entende-se em sentido amplo que a obrigação de financiar foi compartilhada entre o Setor Público e o Privado, pois as obrigações concedidas, em especial quanto à outorga fixa, devem ser financiadas pelo empreendedor privado, porém a infraestrutura concedida foi financiada previamente pelo Estado.

5.2.2.3 Arrendar

Os investimentos que cabem à Concessionária são apenas complementares e, no início, visam principalmente estabelecer as condições de operação concedida da rodovia, como a implantação das praças de pedágio e equipamentos de automação por exemplo. É possível verificar isso no quadro a seguir, que demonstra que os

investimentos totais no decorrer de 30 anos foram previstos como correspondendo a menos que 10% do total de desembolsos projetados. Os investimentos no primeiro ano foram previstos em apenas cerca de R\$ 100 milhões.

Quadro 4 – Principais Desembolsos da Concessionária - Rodoanel Oeste

(valores em R\$ mil)	
ITENS	TOTAL (3) anos
Despesas Operacionais	805.485
Despesas Administrativas	419.313
Investimentos	804.096
<i>Conservação Especial</i>	272.961
<i>Praças de Pedágio</i>	70.667
<i>Faixas Adicionais</i>	61.710
<i>Marginais</i>	55.000
<i>Melhoria de Trevos e Acessos Existentes</i>	17.000
<i>Recuperação de Marginais</i>	15.000
<i>CCO / SAU / PMRo / Balança</i>	14.600
<i>Pissarelas</i>	7.500
<i>Demais Obras</i>	32.700
<i>Veículos</i>	43.939
<i>Equipamentos e Sistemas</i>	159.851
<i>Desapropriações</i>	40.000
<i>Estudos e Projetos</i>	13.168
Conservação de Rotina	208.300
Ônus Fixo	2.000.000
Ônus Variável	397.390
Impostos / Contribuições Sociais	3.644.259
Seguros e Garantias	231.489
TOTAL	8.510.331

(Fonte: ARTESP, 2008)

A infraestrutura de 32 km de rodovia construída pelo Estado e transferida à exploração mediante outorga, portanto, é recebida pela Concessionária já em operação. Vale ressaltar que, como nos demais modelos, o bem continua sendo público, porém vinculado aos termos do contrato estabelecido com o parceiro privado, que passa a se responsabilizar por sua operação, manutenção durante o

prazo de 30 anos. Por isso, classifica-se essa obrigação do parceiro privado como “arrendar” os bens concedidos.

5.2.2.4 Ampliar

A responsabilidade de ampliar o Rodoanel Mário Covas Trecho Oeste cabe à Concessionária. Conforme estipulado no edital, cabe à Concessionária o controle do desempenho operacional visando identificar os trechos do sistema que estejam muito saturados (conforme metodologia de normas técnicas estabelecidas) e devendo apresentar projetos das soluções de ampliação de capacidade ou de remanejamento da demanda.

A principal obra de ampliação de capacidade, prevista já no momento da licitação, é uma faixa adicional (5ª faixa) no trecho compreendido entre as Rodovias Castello Branco e Raposo Tavares. A obra visa atender a demanda futura, prevista a partir do 25º ano, com níveis de serviço adequados (ARTESP, 2008).

As demais ampliações correspondem aos sistemas de pedágio (previstas inicialmente 13 praças de pedágio), adequações em obras de artes especiais e outros dispositivos, faixas de aceleração e desaceleração, vias marginais, passarelas, barreiras acústicas e aos sistemas de controle e fiscalização, de telecomunicação e de monitoração de tráfego.

5.2.2.5 Operar

As funções de operação são amplamente transferidas ao parceiro privado. Entre as principais responsabilidades que a Concessionária deve administrar estão:

- **Operação:** serviços de inspeção de tráfego, primeiros socorros, socorro mecânico, serviços de remoção com guinchos leves e pesados, apoio à Polícia Militar Rodoviária;
- **Estrutura Operacional:** Centro de Controle Operacional – CCO, Bases Operacionais – SAL, postos de atendimento ao usuário, postos de pesagem móvel, praças de pedágio, postos de Polícia Militar Rodoviária;

- Gestão de Tráfego: pedagiamento manual, semi automático e automático, monitoramento por CFTV, detectores de tráfego, radares de controle de velocidade, sinalização de emergência, painéis de mensagem variável, *call-box*, monitoramento meteorológico.

Vale ressaltar que, mesmo não sendo delegadas as atividades que envolvam poder de polícia, cabe à Concessionária prover todos os recursos materiais para as atividades policiais e dos demais órgãos de fiscalização instituídos, mantendo os postos de trabalho e sistemas de fiscalização eletrônica, em especial quanto à atuação da Polícia Militar Rodoviária.

5.2.2.6 Manter

As obrigações de manutenção do Parceiro Privado abrangem toda a infraestrutura concedida e sistemas instalados no Rodoanel Mário Covas Trecho Oeste. Estes serviços, denominados pelo edital (ARTESP, 2008) dentro das funções de conservação, são separados em dois grupos:

- Conservação de Rotina: Manutenção do pavimento, manutenção da faixa de domínio (áreas verdes, cercas e preservação da área), reparos dos dispositivos de segurança, limpeza e reparos dos elementos de sinalização, limpeza e desobstrução de dispositivos de drenagem, manutenção de edificações e áreas operacionais; e
- Conservação Especial: Manutenção com investimentos em pavimento, OAE (obras de arte especiais) e OAC (obras de arte correntes), reposição de dispositivos de segurança, manutenção da sinalização.

Uma obrigação contígua a essas estabelecidas e transferida ao setor privado são os serviços de manutenção decorrentes para preservação do meio ambiente. Para tanto, a Concessionária deve realizar um levantamento detalhado de todos os passivos ambientais e apresentar ao Poder Concedente um programa de recuperação dos mesmos, conforme estipulado no edital: "Toda a responsabilidade e

os custos das medidas de mitigação dos passivos ambientais e/ou compensação ambiental (Resolução CONAMA nº 02/2004), durante todo o prazo da concessão, são da Concessionária." (ARTESP, 2008).

5.2.2.7 Transferir

É obrigação da Concessionária a transferência dos ativos de volta ao Estado, através de uma inspeção detalhada, que deve se iniciar um ano antes do término do contrato.

São estabelecidos, inclusive, critérios de condições, desempenho, vida útil residual e tratamentos específicos no Anexo 10 do Edital da Concessão (ARTESP, 2008).

5.2.3 Instrumentos de Qualidade

Os instrumentos de qualidade da Concessão Comum do Rodoanel Oeste são definidos através dos anexos ao Edital de Concorrência Pública Internacional - Edital Nº 001/2008 (ARTESP, 2008), em especial:

- Anexo 01 - Regulamento da concessão;
- Anexo 05 - Serviços correspondentes a funções operacionais;
- Anexo 06 - Serviços correspondentes as funções de conservação;
- Anexo 07 - Serviços correspondentes a funções de ampliação; e
- Anexo 10 - Condições de devolução.

Cada documento estabelece a transferência de obrigações de cada função que a Concessionária deverá assumir e, concomitantemente, define parâmetros de qualidade e a forma que esses parâmetros serão monitorados.

Assim, o Edital é bastante organizado e estabelece as responsabilidades de forma direta, através de um ordenamento claro das obrigações, tal qual serão exigidas, o que diminui problemas de interpretação. Isso facilita a análise por parte de

interessados e mitiga problemas que possam envolver a futura administração do contrato de concessão.

Não existe, no entanto, nenhuma correlação entre a qualidade dos serviços prestados e o potencial de resultado financeiro ao parceiro privado. A Concessionária apenas deve atender aos critérios mínimos de qualidade. Conforme divulgado pela ARTESP (2008) no edital, caso “os serviços estiverem sendo prestados de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade dos serviços” podem levar à declaração de caducidade do contrato de concessão, ou às multas e sanções previstas no Anexo 11 - Das Penalidades, do Edital.

Ou seja, não existe uma parceria propriamente estabelecida para a qualidade dos serviços prestados, mas apenas o atendimento mínimo aos diversos parâmetros previamente estipulados e que serão descritos a seguir.

5.2.3.1 Qualidade de projeto

Apenas os projetos relativos às funções de ampliação requerem atenção especial, pois envolvem obras de infraestrutura e complementares importantes. Existem detalhes especificados para o processo de elaboração e aprovação dos projetos.

O Edital remete diretamente ao atendimento das normas técnicas para projetos rodoviários do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (DER-SP). Atendidas essas diretrizes, o Parceiro Privado tem alguma liberdade de realizar o projeto mais conveniente.

A qualidade do projeto, então, não foi objeto de mecanismo específico, mas seus parâmetros foram bastante detalhados previamente. O mecanismo de avaliação de qualidade foi relegado ao resultado final dos produtos e serviços fornecidos.

5.2.3.2 *Garantia de fornecimento*

Na Concessão Comum do Rodoanel Trecho Oeste, a garantia de fornecimento concentra-se nas funções de ampliação especificadas no contrato, que devem ser realizadas nas condições estipuladas.

A possibilidade de cobrança da tarifa, principal componente da receita, é vinculada à disponibilização dos investimentos iniciais, mas não aqueles que devam ocorrer ao longo do contrato. Assim, a garantia objetiva de cumprimento das obrigações iniciais: “Somente após o cumprimento do Programa Intensivo Inicial, a instalação dos pedágios: manual, semi-automático e automático e a expressa autorização da ARTESP, a CONCESSIONÁRIA poderá iniciar a cobrança de pedágio no trecho” (ARTESP, 2008).

Para os demais investimentos, portanto, não existem instrumentos de qualidade que promovam a garantia de fornecimento, apenas as multas e sanções previstas no Anexo 11 - Das Penalidades, do Edital (ARTESP, 2008).

5.2.3.3 *Eficiência nos investimentos*

A eficiência nos investimentos está atrelada ao sucesso financeiro do empreendedor privado, uma vez que este é responsável por todos os custos de investimentos sob sua responsabilidade.

Porém, como já observado anteriormente, a participação percentual no montante de desembolsos é pequena, sendo limitada a abrangência deste mecanismo de incentivo. O principal dispêndio inicial da Concessionária é fixo, na forma da outorga pela concessão.

O retorno do empreendimento, portanto, dependerá mais da eficiência nos serviços e na manutenção.

5.2.3.4 *Eficiência nos serviços*

A eficiência no dispêndio de recursos para operação e manutenção do Rodoanel Oeste é diretamente responsável pelo sucesso do negócio ao investidor privado e o resultado operacional é a principal fonte financiadora do empreendimento.

Assim, o empreendedor deve buscar ao longo de 30 anos de operação o retorno do capital através de uma alocação eficiente de recursos nos serviços prestados.

5.2.3.5 *Qualidade dos bens*

A qualidade dos bens é especificada, principalmente, através de normas técnicas de projetos e obras. O Edital, em seu Anexo 07 - Serviços correspondentes a funções de ampliação (ARTEPS, 2008), especifica as normas e estabelece diretrizes e orientações técnicas. Da mesma forma que para os projetos, as obras devem atender às normas técnicas rodoviárias do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (DER-SP).

Não existe, contudo, mecanismo de parceria para promoção da qualidade dos bens além dos critérios mínimos definidos.

5.2.3.6 *Qualidade dos serviços*

A qualidade dos serviços é bastante detalhada e especificada no Anexo 05 – Serviços correspondentes a funções operacionais (ARTESP, 2008). São especificados níveis de serviço a serem respeitados para as seguintes atividades:

- Sistema de controle de arrecadação;
- Sistema de controle de fiscalização de trânsito e transporte e apoio aos serviços não delegados;
- Sistema de telecomunicações;
- Sistema de monitoração de tráfego; e
- Operação do sistema viário, segurança e conforto dos usuários.

Não existe, contudo, mecanismo de parceria para promoção da qualidade dos serviços além dos critérios mínimos definidos.

5.2.3.7 Oferta de serviços

O único parâmetro para aumento da oferta de serviços é descrito no Anexo 07 - Serviços correspondentes a funções de ampliação, do Edital:

A CONCESSIONÁRIA realizará, obrigatoriamente, durante todo o período de vigência da CONCESSÃO, controles mensais do desempenho operacional observado nos últimos doze meses sequenciais (independentemente do início ou fim de cada ano fiscal ou contratual), visando identificar os trechos do sistema com mais de 50h/ano operando nos níveis de serviço "E" e "F", ou na iminência de atingir este limite, utilizando para isso os critérios estabelecidos na IP-00.000.000-0-A23/001 e suas revisões.

[...]

Caso o problema causador da superação do padrão de nível de serviço pela demanda tenha origem na esfera da competência de atuação e obrigação contratual da CONCESSIONÁRIA, todo o ônus referente às melhorias provisórias ou definitivas serão da CONTRATADA. A ampliação da capacidade será feita conforme solução e prazos acordados com a ARTESP.

Se a origem do problema não estiver nos limites de competência de ação da CONCESSIONÁRIA, esta deverá realizar ações para minimizar o problema e indicar à ARTESP propostas para a solução definitiva deste.

(ARTESP, 2008)

No entanto, a degradação dos serviços pelo aumento da demanda além do previsto, não será facilmente solucionada apenas através da oferta de serviços, sendo necessária a ampliação da infraestrutura.

5.2.3.8 Qualidade ambiental

Conforme já apresentado, os custos das medidas de mitigação dos passivos ambientais e compensações ambientais são de responsabilidade da Concessionária.

O levantamento da situação inicial desses passivos também deve ser risco do empreendedor privado.

Não existem mecanismos específicos de controle da qualidade ambiental, apenas a remissão ao atendimento aos órgãos de licenciamento e fiscalização ambiental nas diversas esferas.

5.2.3.9 Segurança

A segurança dos usuários é resultado direto da qualidade dos serviços prestados nas concessões de rodovias, uma vez que as condições de manutenção, sinalização, monitoramento e fiscalização de trânsito são as possíveis formas de gerir a segurança do tráfego rodoviário.

A qualidade dos serviços especificada no Anexo 05 – Serviços correspondentes a funções operacionais (ARTEPS, 2008) traz resultados em relação à segurança dos usuários. Existem também atividades obrigatórias sobre este aspecto direto a serem prestadas: engenharia para segurança, ações operacionais (especialmente para administração de condições excepcionais e adversas de tráfego e gerenciamento de acidentes), ações educativas e ações coercitivas.

Não existem, contudo, parâmetros quantitativos, nem sequer instrumentos de qualidade que sejam aplicáveis diretamente ao resultado obtido em termos de segurança dos usuários.

5.2.3.10 Manutenção

A manutenção dos bens é especificada em detalhes no Anexo 06 - Serviços correspondentes às funções de conservação (ARTESP, 2008), que especifica as normas e orientações para as rotinas de manutenção.

As diretrizes estabelecem em detalhes os critérios técnicos e de planejamento das rotinas de manutenção. A primeira parte orienta o “Programa Intensivo Inicial”, que visa estabelecer uma condição de manutenção adequada, no início do contrato, da infraestrutura que a Concessionária recebe do Estado.

Em seguida, são estabelecidas orientações e é exigido que seja apresentado um programa de conservação de rotina, com seus respectivos sub-programas. Também são definidos critérios detalhados para as atividades de conservação e manutenção especial.

A qualidade da manutenção além dos critérios mínimos definidos não traz benefício direto à Concessionária, mas com certeza diminui os investimentos necessários sendo realizada de forma eficiente.

5.2.3.11 Atualidade

Não existe avaliação de qualidade de atualidade em relação ao objeto da concessão, ficando a cargo da Concessionária apenas a manutenção dos indicadores de desempenho.

5.2.3.12 Modicidade tarifária

A modicidade tarifária possui um mecanismo de incentivo muito forte na Concessão Comum do Rodoanel Oeste, pois ela é o critério de julgamento das propostas comerciais na licitação.

A tarifa proposta é a tarifa básica a ser cobrada dos usuários, sendo a tabela de pedágio em função do tipo de veículo é apresentada no Anexo 04 - Estrutura tarifária, do Edital (ARTESP, 2008).

Todo o projeto é bastante rígido, como pode ser observado nos outros instrumentos de qualidade listados, basicamente definido por critérios mínimos de desempenho e especificações de atividades obrigatórias a serem executadas.

Nem mesmo as outorgas fixa e variável estão sujeitas a alteração nas condições iniciais de proposta, apenas a tarifa proposta é resultado da avaliação do negócio frente à expectativa de remuneração e concorrência entre os proponentes.

A tarifa não é alterada por instrumentos de qualidade ao longo do contrato, sendo ela especificada no início da concessão e reajustada ao longo prazo contratual.

5.2.3.13 *Equilíbrio econômico-financeiro*

Existem dispositivos no contrato que buscam garantir o equilíbrio econômico-financeiro. Diversas cláusulas são explícitas nas quais deve ser realizado o cálculo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme apresentado no Anexo 12 – Minuta do Contrato de Concessão – do Edital (ARTESP, 2008).

CLÁUSULA 23. - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

23.1. As PARTES terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, quando este for afetado, observada a legislação vigente, especialmente nos seguintes casos:

I. Modificação unilateral, imposta pelo CONTRATANTE ou pelo PODER CONCEDENTE nas condições do CONTRATO desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique-se para a CONCESSIONÁRIA uma significativa alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos;

II. Ocorrência de casos fortuitos e de força maior, nos termos previstos na Cláusula 47 e observado o disposto no subitem 30.6.2 do Edital;

III. Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais, para mais ou para menos, nos pressupostos adotados na elaboração das PROJEÇÕES FINANCEIRAS, desde que esses eventos não sejam passíveis de serem cobertos por mecanismos efetivamente disponíveis no mercado nacional ou internacional (hedge), a custos razoáveis;

IV. Alterações legais de caráter específico, que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas de pedágio ou sobre os custos, para mais ou para menos, relacionadas com os serviços pertinentes ao desenvolvimento das atividades da CONCESSÃO.

23.2. Sempre que haja direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, esta será implementada tomando como base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, nos itens respectivos das Projeções Financeiras incluídas na PROPOSTA FINANCEIRA, por meio de uma das seguintes modalidades previstas na Resolução ST-2, de 11/03/2005:

I. Prorrogação do prazo de concessão;

II. Revisão tarifária;

- III. Revisão do cronograma de investimentos;
- IV. Utilização do ônus fixo, ouvido o DER previamente;
- V. Utilização do ônus variável;
- VI. Emprego de verbas do tesouro;
- VII. Utilização conjugada de uma ou mais modalidades.

[...]

23.6. Toda vez que ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, as PROJEÇÕES FINANCEIRAS constantes da PROPOSTA FINANCEIRA serão alteradas para refletir a situação resultante da recomposição.

(ARTESP, 2008)

Assim, os mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro são aplicados através do monitoramento das projeções financeiras em relação às alterações que derem causa ao reequilíbrio.

Os possíveis instrumentos para restabelecimento foram previamente listados no item 23.2 da minuta de contrato descrita acima.

5.2.3.14 Qualidade na reversão dos bens

O Edital, em seu Anexo 10 – Condições de Devolução (ARTESP, 2008), define todo o processo de transferência dos ativos de volta ao Estado. São estabelecidos critérios de condições, desempenho, vida útil residual e tratamentos específicos para cada um dos principais componentes a seguir listados: pavimento, obras de arte especiais, sinalização, obras de arte correntes e drenagem, taludes, dispositivos de segurança, paisagismo, sistemas de telefonia e telecomunicação, iluminação, instalações operacionais e equipamentos e limpeza.

5.2.3.15 Igualdade

Não existem menções à igualdade no tratamento dos usuários, ainda que qualquer tipo de discriminação seja proibido por lei.

5.2.3.16 Continuidade

Os serviços concedidos são de natureza ininterrupta e devem ser mantidos pela Concessionária.

Em “casos de manifesta urgência ou de determinação de autoridade com poderes de disciplina de trânsito” (ARTESP, 2008), inclusive, poderá ser deixado de cobrar o pedágio.

Não há instrumentos específicos, contudo, para a avaliação quanto à continuidade dos serviços prestados.

5.2.3.17 Universalidade

A expansão do objeto desta concessão não é prevista, não existindo nenhum vínculo da Concessão do Trecho Oeste, com a ampliação das próximas etapas do Rodoanel (Sul, Leste e Norte), que poderá ser empreendido pelo Poder Público dentro de sua capacidade e por sua avaliação de conveniência e oportunidade.

5.2.4 Divisão de Riscos

Os principais riscos assumidos pelo parceiro privado na Concessão do Rodoanel Oeste são relacionados à operação e manutenção da rodovia e à demanda de tráfego que afeta diretamente a receita.

O Estado retém, basicamente, apenas os riscos relacionados à concepção inicial do projeto, dirimido pela operação antes da concessão entre 2002 e 2008, e quanto à situações excepcionais do contrato de concessão.

Poucos riscos são efetivamente compartilhados, sendo que as cláusulas de reequilíbrio econômico-financeiro aplicam-se para os casos de excepcionais variações cambiais ou de mercado, bem como fatos decorrentes de caso fortuito e força maior.

A seguir, são apresentados em maiores detalhes cada categoria de riscos, com a divisão prevista no Edital de Concorrência Pública Internacional - Edital Nº 001/2008 (ARTESP, 2008).

5.2.4.1 Riscos de Localização e Entorno

Os riscos de localização e entorno foram assumidos pelo Estado, uma vez que a concepção e implantação do projeto foram realizados antes da concessão, incluindo desapropriações e licenças ambientais.

5.2.4.2 Riscos de Projeto e Construção

Os riscos de Projeto, Sobrecustos de Construção, Atrasos de Construção e de Desempenho foram assumidos pelo Estado, que concluiu a implantação do Rodoanel Oeste em 2002. Ou seja, todo o risco das principais obras de infraestrutura foram incorridos e custeados anteriormente pelo Estado.

Ao parceiro privado são transferidos todos os riscos das suas respectivas obras de ampliação durante o contrato. Os atrasos na entrega dos projetos e obras podem resultar em multas, medidas administrativas e postergação do direito ao início da exploração da cobrança de tarifa de pedágio.

5.2.4.3 Riscos de Operação

O parceiro privado assume os riscos de operação, incluindo riscos de Sobrecustos Operacionais, Disponibilidade Operacional, Qualidade dos Serviços e de Acidentes.

O descumprimento de metas e obrigações estabelecidas podem resultar em multas, medidas administrativas.

5.2.4.4 Riscos de Receita

Os riscos de receita são majoritariamente assumidos pela Concessionária, inclusive apresentando suas próprias projeções de demanda na metodologia de execução, conforme orientação do Edital em seu Anexo 08 - Diretrizes para apresentação da metodologia de execução e do plano econômico-financeiro (ARTESP, 2008).

A ARTESP (2008) divulgou em conjunto ao edital, um estudo de viabilidade financeira, com uma projeção de tráfego para o Rodoanel Oeste, com projeções de viagens baseadas em expectativas demográficas e socioeconômicas.

Porém, por sua própria conta e risco, os proponentes deveriam apresentar suas demonstrações de "Proposta de tarifa e projeção do volume de tráfego e receitas".

A demanda concorrencial, que neste caso ocorre principalmente em função de rotas alternativas de fuga dos pedágios, é bastante limitada pelo posicionamento das praças de pedágio nos acessos. Fluxos gerais que, por alguma razão, não utilizem o Rodoanel, constituem igualmente risco transferido ao parceiro privado.

5.2.4.5 Riscos Financeiros

O risco cambial é transferido à Concessionária, que deve assumi-lo integralmente dentro do que seja disponível administrar através de mecanismos de *hedge*. Situações imprevisíveis causadoras de "significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais, para mais ou para menos, nos pressupostos adotados na elaboração das projeções financeiras" (ARTESP, 2008) são sujeitas aos mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro.

O risco de inflação é assumido de forma limitada pela Concessionária, pois o reajuste das tarifas é anualmente indexado pelo IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

O risco de taxas de juros e de indisponibilidade de financiamento é assumido integralmente pelo parceiro privado, incluindo a necessidade de apresentação de diversas garantias ao Poder Concedente para a licitação e assinatura do contrato. Além de uma Garantia de proposta no valor de 1,0% do valor do contrato, durante o prazo de concessão, o vencedor deverá manter, conforme definido pela ARTESP (2008):

24. DAS GARANTIAS

24.1. A CONCESSIONÁRIA prestará garantias específicas do exato e pontual cumprimento das obrigações decorrentes do CONTRATO, especificadas nos subitens seguintes.

24.1.1. Garantia de cumprimento das funções operacionais, de conservação e de pagamento do valor mensal variável, correspondente ao CUSTO OPERACIONAL do exercício anterior, sendo que para o primeiro ano o limite mínimo será de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

24.1.2. Garantia de cumprimento das funções de ampliação correspondente a 1,5% (um e meio por cento) do VALOR DA CONTRATAÇÃO, limitado a 10% (dez por cento) do VALOR DO INVESTIMENTO.

24.1.3. Garantia de pagamento do valor da OUTORGA FIXA, a que se refere o item 10.2.1., correspondente a 4% (Quatro por cento) do VALOR DA CONTRATAÇÃO.

(ARTESP, 2008)

Além disso, para mitigar os riscos já na fase de licitação, em especial pela complexidade de financiar a outorga fixa, foi exigida das proponentes a apresentação de "carta de instituição financeira para compromisso firme de empréstimo ponte", conforme exigência de Edital e modelo sugerido no Anexo 9 (ARTESP, 2008). Nos mesmos termos, foi também necessária a apresentação de "carta de compromisso de emissão de seguro-garantia".

5.2.4.6 Riscos de Caso Fortuito e Força Maior

Os eventos de caso fortuito e força maior tem seu risco compartilhado entre o Poder Concedente e o parceiro privado, exceto aqueles "aqueles cuja cobertura seja aceita por instituições seguradoras bem conceituadas, no mercado brasileiro ou internacional, dentro de condições comerciais razoáveis" (ARTESP, 2008).

Na superveniência desses fatos, aplicam-se os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

5.2.4.7 Riscos sobre os Ativos

O risco do valor residual dos ativos é do parceiro privado, que deve restituir ao Poder Concedente os ativos de acordo com as regras do Anexo 10 – Condições de

Devolução (ARTESP, 2008) para a reversão dos bens, estabelecidos critérios de condições, desempenho e vida útil residual.

Porém, o risco de obsolescência tecnológica é muito reduzido, por se tratar fundamentalmente de uma obra civil. Existe uma parcela de equipamentos, cujo risco de obsolescência é do Estado, pois não existe nenhuma obrigação de atualização tecnológica além da manutenção pelos critérios pré-estabelecidos.

5.2.4.8 Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato

No caso de inadimplência da Concessionária, existem, em primeiro lugar, multas e sanções previstas. O Anexo 11 – Das Penalidades (ARTESP, 2008) descreve as infrações e penalidades. A minuta do contrato, Anexo 12, estabelece as condições de encampação, caducidade, ou falência e extinção da Concessionária.

No mesmo documento, a ARTESP (2008) prevê que o inadimplemento do Poder Concedente é assumido por este apenas de forma genérica, nos seguintes termos das hipóteses previstas para Rescisão do contrato: "Este contrato poderá ser rescindido por iniciativa da Concessionária, no caso de descumprimento pelo contratante de suas obrigações, mediante ação judicial movida especialmente para esse fim".

5.2.4.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos

Os riscos de fato do Príncipe e fato da Administração não são muito bem definidos nos documentos de licitação. Porém, conclui-se das cláusulas de reequilíbrio econômico financeiro, que eles são integralmente assumidos pelo Poder Concedente uma vez que é causador de suas eventuais ocorrências, conforme item 23.2. da minuta do Edital, Anexo 12 – Minuta do contrato de concessão (ARTESP, 2008).

5.2.5 Análise dos Resultados

5.2.5.1 Estágio da concessão

A licitação ocorreu em março de 2008. O proponente vencedor foi Consórcio Integração Oeste, formado pelas empresas CCR (95%) e Encalço Construções (5%), que apresentou a menor proposta para tarifa básica de pedágio, de R\$ 1,1684, correspondente a um deságio de 61% em relação à tarifa básica de pedágio teto de R\$ 3,00.

Mais quatro propostas foram apresentadas, o que confirma o firme interesse que a iniciativa privada teve na licitação, sendo elas feitas pelo Consórcio BRVias, Odebrecht e Cibe (proposta de R\$ 1,2600), Consórcio Triunfo e Iberpistas (R\$ 2,1799), Queiroz Galvão (R\$ 2,468), e OHL (R\$ 2,2807).

O contrato foi assinado e está em operação, com a formação da Sociedade de Propósito Específico chamada Concessionária RodoAnel.

É importante destacar que o Rodonael Mário Covas – Trecho Sul – foi inaugurado em abril de 2010, pelo Governo do Estado de São Paulo. O valor de R\$ 2,0 bilhões, arrecadado através da outorga da Concessão do Rodoanel Oeste, claramente reforçou o Tesouro do Estado e teve papel importante no financiamento dessas obras.

O modelo de outorga fixa e menor valor de tarifa foi utilizado para toda a chamada “2ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias”, do qual o Rodoanel Oeste fez parte e incluiu mais cinco lotes de Rodovias: Dom Pedro I, Raposo Tavares, Marechal Rondon - Oeste, Marechal Rondon - Leste e Ayrton Senna/Carvalho Pinto. Todos licitados e também em fase de operação.

A ARTESP (2010) anunciou em audiência pública que pretende conceder o Rodoanel Sul, já em operação, mas deve incluir as obras do Trecho Leste do Rodoanel entre as obrigações da futura Concessionária. Porém, este modelo ainda não possui data de licitação marcada.

5.2.5.2 *Legalidade e atendimento aos requisitos formais*

A licitação para Concessão do Rodoanel Oeste transcorreu de forma satisfatória, ainda mais por ser um modelo de concessão comum bastante testado no Estado de São Paulo.

Segundo divulgado pela ARTESP (2007), até a publicação da licitação, foram cumpridos os seguintes ritos nas esferas administrativas:

Em 14/11/2006 o PED aprovou modelo de concessão onerosa do Rodoanel Mário Covas para os Trechos Oeste e Sul

Em 14/12/2006 foi realizada Audiência Pública do Projeto

Em Jan/2007 a Secretaria de Planejamento iniciou entendimentos com a Secretaria dos Transportes para avaliação e equacionamento financeiro do orçamento de implantação do Trecho Sul. No novo equacionamento, o Trecho Sul, com as obras já iniciadas pela DERSA, será implantado com recursos do Governo do Estado e do Governo Federal (PAC)

Em 05/07/2007 o PED aprovou a nova modelagem de concessão onerosa para o Trecho Oeste do Rodoanel

Em 03/08/2007 o Governador do Estado de São Paulo aprova a concessão do Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste

Os estudos prévios foram realizados. As licenças ambientais e os estudos de viabilidade econômico-financeiros foram divulgados. Os documentos, inclusive, apresentaram as justificativas para as projeções de demanda realizadas pelo Estado, mesmo que, durante a concessão, o risco dessas previsões coubessem à iniciativa privada.

5.2.5.3 *Análise de Valor da Concessão*

Não foram divulgados estudos de *Public Sector Comparator* (PSC) para estabelecer uma avaliação se a concessão é mais vantajosa do que o empreendimento direto pelo Estado. Como explicado, apenas a viabilidade da concessão foi demonstrada, sem que os investimentos na implantação da Rodovia fizessem parte de uma comparação.

É importante esclarecer que na etapa de construção do Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste, ainda não existia a Lei das PPP (Lei 11.079, de 2004), estando limitado à modalidade de concessão comum, que poderia não viabilizar o projeto como um todo.

Idealmente, um estudo de *Value for Money* (VFM) deveria ser realizado antes do Governo do Estado implantar a rodovia. Desse modo, poder-se-ia definir se seria mais interessante transferir as obrigações de construir à iniciativa privada, ou se, uma vez incorridos todos os riscos de construção, a transferência da exploração é um bom negócio em troca dos recebimentos pelas outorgas fixa e variável e ampliações previstas na Concessão do Rodoanel Oeste.

Pode-se, no entanto, fazer uma crítica ao modelo estabelecido, ainda que qualitativa, diante da seguinte questão: qual o valor acrescido pela Concessão do Rodoanel Oeste, considerando a execução das obras já realizada pelo Estado?

Para encaminhar esta análise, é importante verificar o que foi apontado quanto à transferência de obrigações e divisão de riscos do modelo adotado. Como foi visto anteriormente, os principais desembolsos do parceiro privado estão compostos da seguinte forma:

Quadro 5 – Análise dos Desembolsos - Rodoanel Oeste

Item	% sobre Total	% sobre Total sem Impostos e contribuições
Despesas Operacionais	9,5%	16,6%
Despesas Administrativas	4,9%	8,6%
Investimentos	9,4%	16,5%
Conservação de Rotina	2,4%	4,3%
Ônus Fixo	23,5%	41,1%
Ônus Variável	4,7%	8,2%
Seguros e Garantias	2,7%	4,8%
Impostos / Contribuições Sociais	42,8%	
TOTAL	100,0%	100,0%

(Fonte: Cálculo do autor sobre informações da ARTESP, 2008)

Percebe-se que, descontados os impostos e contribuições sociais, 49,3% dos desembolsos ao longo de todo o contrato correspondem à outorga, sendo que a parcela de 41,1% deve ser paga logo nos dois primeiros anos de contrato.

Ou seja, apenas metade das despesas diretas, correspondente aos investimentos, manutenção e despesas, pode ser administrada pelo investidor em busca de seu retorno.

A expectativa de lucro, então, recai sobre o potencial de receita. O total de receitas previsto pela ARTESP (2008), calculada com a tarifa básica teto de R\$ 3,00, ao longo dos 30 anos de concessão, totalizaria R\$ 12,9 bilhões. As receitas financeiras foram estimadas em 0,5% e as acessórias em 3,0% deste valor.

A receita tarifária, portanto, é responsável por 96,5% das receitas previstas e ocorre exclusivamente em função da demanda de tráfego.

Observa-se que esta parcela relevante da receita não depende de nenhuma ação da Concessionária, que não pode gerir ou mitigá-la, conforme conceitos explicitados pela própria ARTESP:

A metodologia usada para a projeção do tráfego futuro do Rodoanel está descrita em detalhes no "Estudo de Viabilidade Financeira da Operação Privada do Trecho Oeste do Rodoanel e Cálculo do Valor da Outorga", em seu Capítulo V. De uma maneira sucinta pode ser dito que a taxa de crescimento resultante expressa o crescimento esperado de viagens, dado um cenário de crescimento da economia que serviu de base para as estimativas. O conceito subjacente à metodologia adotada é o de que a demanda futura de viagens é derivada do crescimento da economia como um todo no período sob análise. Portanto, projetou-se o crescimento da economia derivando então o volume de viagens na região sob estudo. Esse volume de viagens foi alocado na malha existente, ano a ano, em duas situações: sem o pedágio no Rodoanel e com o Rodoanel pedagiado, o que resultou na referida taxa. (ARTESP, 2008)

Por outro lado, a Administração Pública não assumiu nenhum compromisso de investimentos diante dos projetos de infraestrutura que impactam diretamente essa demanda. A Concessionária não teve como se solidarizar nas expectativas do Estado sobre a consecução das próximas etapas do Rodoanel, trechos Sul, Leste e Norte.

Conclui-se que boa parte dos custos e das receitas da concessão não podem ter seus riscos geridos pelo parceiro privado.

Por outro lado, o Estado assumiu o risco do desenvolvimento dos projetos e obras na implantação da infraestrutura concedida. Esses riscos poderiam ser assumidos, em parte, com eficiência pelo setor privado.

Como as obras foram realizadas nos formatos tradicionais de empreitada e pagamentos por preços unitários, o risco do projeto e de construção foram amplamente custeados pelo Estado.

O Governo, então, assumiu riscos que seriam típicos de uma parceria com o setor privado. Porém, transferiu os riscos de receita, que ele poderia administrar em parte com o poder de decisão sobre as novas etapas do Rodoanel e demais infraestruturas viárias.

Em síntese, o Governo do Estado de São Paulo transferiu altos riscos e de grande monta financeira ao parceiro privado e, por outro lado, entregou investimentos sem riscos remanescentes que a iniciativa privada poderia contribuir com maior eficiência. Por esta concessão, então, foi exigida uma outorga inicial alta no início do contrato, frente a riscos elevados de receita em longo prazo, por conta de incerteza de demanda.

Não se pode confirmar, sem informações financeiras detalhadas, se o modelo passaria numa análise de *Public Sector Comparator* (PSC). Mas têm-se indicativos que, avaliando a execução da obra somada à concessão da operação, não é uma solução ótima de alocação de riscos e, portanto, não é a mais satisfatória do ponto de vista de eficiência de alocação dos recursos (*Value for Money*).

5.3 Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 da CPTM (2009)

5.3.1 Apresentação do Projeto

A Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) publicou através do Edital da Concorrência Internacional Nº 8764083011 (CPTM, 2009), a licitação para "Concessão administrativa para a prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva, revisão geral e a modernização da frota da Linha 8 Diamante da CPTM, dentro de padrões pré-definidos de confiabilidade, disponibilidade e tempo de reparo com renovação total da frota".

A Linha 8 Diamante da CPTM, atende a área Oeste da Região Metropolitana de São Paulo, incluindo 19 estações ao longo de 35 km de extensão, passando pelos municípios de São Paulo, Osasco, Carapicuíba, Barueri, Jandira e Itapevi, transportando uma média de 330 mil passageiros por dia útil (ESTADO DE SÃO PAULO, 2010).

A concessão envolve investimentos da ordem de R\$ 993 milhões, com a aquisição de 36 novos trens de 8 carros, a elevação da motorização de 33% para 50% dos carros, e a manutenção e modernização de toda a frota durante o período de contrato. Os objetivos da CPTM são de reduzir intervalo entre trens para até 3 minutos na Linha 8 em 2014, aumentar a oferta de 24 mil para 49 mil lugares/hora/sentido e executar o ciclo de manutenção completo da frota.

A Fase I compreende assunção da manutenção preventiva e corretiva de 204 carros ferroviários da Série 5000, da frota previamente operante da CPTM. Também envolve a modernização de 12 trens de 8 carros (96 carros), sendo 84 da frota inoperante e 12 em operação, ou com o fornecimento de trens novos em igual quantidade (96 carros), durante o segundo ano da concessão.

A Fase II envolve a modernização de frota com o fornecimento de 24 trens novos (192 carros), entre o 22º e o 36º meses de concessão, incluindo a manutenção preventiva e corretiva de toda a frota ainda não modernizada. O final da Fase II dá-se com a conclusão de modernização da frota completa, totalizando uma frota renovada de 36 trens.

A Fase III da concessão consiste na manutenção preventiva e corretiva de toda a frota renovada, até o termo do prazo contratual total de 20 anos.

O critério de julgamento da licitação foi definido como menor valor de contraprestação a ser pago pelo Estado, comparado através de um desconto que deveria ser ofertado sobre as parcelas máximas estabelecidas.

O investimento para a modernização da frota é em torno de R\$ 900 milhões. Pelos investimentos realizados e pelos serviços de manutenção, o Poder Concedente pagará uma contraprestação pecuniária máxima de 57,2 milhões no primeiro ano, crescente até o valor máximo de 215,5 milhões a partir do quarto ano.

5.3.2 Transferência de Obrigações

5.3.2.1 Projetar

O Poder Concedente e a Concessionária dividem, em parte, a responsabilidade sobre a concepção do empreendimento. A especificação dos trens, a quantidade da frota e as normas de desempenho de veículos e da manutenção foram previamente descritas no edital de licitação (CPTM, 2009). Ao parceiro privado cabe detalhar o projeto de fornecimento e reforma do material rodante.

5.3.2.2 Financiar

Cabe à Concessionária a obrigação de financiar os investimentos de reabilitação e ampliação da frota. O Poder Concedente entrega apenas a frota atual, parte inoperante. Assim o parceiro privado assume a obrigação de financiamento das Fases I e II.

5.3.2.3 Reabilitar

A Concessionária recebe os trens da frota da série 5000 e deve reabilitar essa frota através de duas alternativas: fornecer novos trens em substituição a esses ou reforma-los. Essas composições são de propriedade da CPTM e são entregues à CPTM após a reforma ou conforme sejam substituídos por trens novos. Aqueles que forem reformados permanecerão em operação e sob o contrato de manutenção.

Devem ser reabilitados 12 trens de 8 carros (96 carros), na Fase I, através da reforma ou substituição de equipamentos da frota Série 5000.

5.3.2.4 Ampliar

Cabe à Concessionária, portanto, também a ampliação da frota de 12 para 36 trens. Isso deve ocorrer na Fase II, entre os 22º e 36º meses de concessão (CPTM, 2009).

Essa ampliação dá-se através do fornecimento de frota que permanece como propriedade da Concessionária até o fim da concessão, quando deve ser revertida à CPTM, junto com os outros bens vinculados ao contrato.

5.3.2.5 Manter

Nas Fases I, II e III, o parceiro privado assume a responsabilidade de manter a frota. Na Fase I deve manter toda frota operacional antiga, bem como os veículos reformados ou substituídos por novos. Na Fase II a Concessionária realiza a manutenção de toda a frota em operação, inclusive os novos trens que vão sendo fornecidos. A Fase III é voltada aos serviços de manutenção da frota completa de 36 trens, objeto principal desta etapa do contrato.

5.3.2.6 Transferir

Ao término do contrato, todos os bens deverão ser revertidos ao Estado, bem como devem ser dadas condições para evitar descontinuidade nos serviços contratados. Para isso, é estabelecido um prazo de doze meses antes do término da concessão, para que o parceiro privado estabeleça com o Poder Concedente um programa de desmobilização operacional e de reversão dos bens.

Não apenas são devolvidos à CPTM bens e áreas de sua propriedade, como são transferidos a nova frota e demais bens e equipamentos vinculados ao objeto do contrato.

5.3.3 Instrumentos de Qualidade

Anexo ao Edital de concessão, a CPTM (2009) apresentou os seguintes documentos técnicos de especificação:

- Anexo IV – Escopo dos Serviços de Modernização – 12 Trens da Série 5000;
- Anexo V – Recebimento/Comissionamento e Certificação Definitiva de Recebimento dos Trens Reformados;
- Anexo VI – Especificação Técnica para o fornecimento de 24 trens de 8 carros para a linha 8 – Diamante; e
- Anexo VII – Recebimento/Comissionamento e Certificação Definitiva de Recebimento dos Trens Novos.

Esses anexos listados acima determinam as principais características desejadas para a renovação e fornecimento de frota.

O Anexo II – Plano de Manutenção dos Trens da série 5000 no estado atual, define as ações de manutenção preventiva para os Trens Unidades Elétricos (TUEs) série 5000, relacionando-as com os procedimentos de manutenção e as respectivas periodicidades.

Além disso, a CPTM publicou o Anexo III – Indicadores de Desempenho de Confiabilidade e Reparo. Estes indicadores são ponderados no Anexo XXI – Coeficiente de Mensuração de Desempenho, para cálculo de um fator que interfere na remuneração da Concessionária, conforme descrito a seguir,

A contraprestação pecuniária da concessão administrativa é dividida em duas partes: uma parcela variável (parcela A), paga pelos serviços de manutenção, proporcional à quantidade de trens e ponderado por um fator de desempenho; e outra parcela fixa (Parcela B), paga pelos serviços de renovação da frota, proporcional ao cumprimento das obrigações de reforma e fornecimento de trens novos, conforme indicado no Edital:

18 Da Contraprestação Pecuniária da Concessão Administrativa e da Remuneração da Concessionária

18.1 A Contraprestação Pecuniária da Concessão Administrativa será mensal e composta pelas Parcelas A – Variável (Aa e Am) e

Parcela B (Fixa), representada pelos preços unitários máximos, abaixo identificados, cujo valor final dependerá do número de trens disponibilizados pela Concessionária na prestação dos serviços objeto do contrato da Concessão Administrativa, prevista no escopo da contratação item 2 deste edital e no Anexo XXVI – Cronograma Físico-Financeiro Estimado da Manutenção/Modernização e Disponibilidade de Trens da Concessão Administrativa.

18.2 A Parcela A (Aa e Am) – Variável, será paga mensalmente, a título de remuneração dos serviços de manutenção preventiva e corretiva e revisão geral de trens no estado atual e modernizados (reformados/novos) e sua disponibilidade operacional, a partir do primeiro mês de execução dos serviços de manutenção preventiva e corretiva, até o final do prazo de vigência do contrato da concessão, observada a aplicação do Coeficiente de Mensuração de Desempenho, constante do Anexo XXI, e os quantitativos de trens da frota operacional, observado o Anexo XX – Programa de Quantitativo de Trens em Operação para a Linha 8 - Diamante e o Anexo XXVI – Cronograma Físico-Financeiro Estimado da Manutenção/Modernização e Disponibilidade de Trens da Concessão Administrativa.

18.3 A Parcela B – Fixa, a título de remuneração dos serviços de renovação da frota (reforma de trens/fornecimento de trens novos), será paga mensalmente, a partir do 13º mês da concessão, nos termos constantes do anexo Anexo XXVI – Cronograma Físico-Financeiro Estimado da Manutenção/Modernização e Disponibilidade de Trens da Concessão Administrativa.

18.4 O Cmd – Coeficiente de Mensuração de Desempenho – Anexo XXI é o mecanismo de verificação dos aspectos qualitativos de desempenho operacional da Concessionária e será aplicado após apuração dos Indicadores de Confiabilidade, Disponibilidade e Tempo de Reparo medidos nos serviços prestados, nos termos do Anexo III.

18.4.1 Após apuração do Coeficiente de Mensuração de Desempenho – Cmd, nos termos do Anexo XXI, serão considerados os seguintes aspectos:

a) O resultado encontrado no Cmd incidirá sobre a Parcela A até o limite de 15% (quinze por cento), nos termos do subitem 18.2 supra;

b) O que exceder a esse limitador será tratado na Cláusula Trigésima Primeira – Multas e Penalidades do Contrato.

(CPTM, 2009)

Portanto, além da aplicação de um fator redutor na parcela da contraprestação referente aos serviços de manutenção, os pagamentos das parcelas foram definidos a partir de valores unitários por trem operacional⁴⁵, conforme os investimentos feitos (Parcela B) e serviços prestados de manutenção dos trens atuais (Parcela Aa) e dos trens modernizados (Parcela Am).

5.3.3.1 Qualidade de projeto

Na concessão administrativa da frota da Linha 8 Diamante da CPTM as condicionantes de projeto estão detalhadas nos documentos técnicos, particularmente nos Anexos IV e VI. Se as diretrizes de projeto e indicadores de desempenho forem atendidas, a Concessionária tem liberdade no detalhamento do projeto.

A qualidade do projeto, então, não foi objeto de mecanismo específico, mas seus parâmetros foram bastante detalhados previamente. O mecanismo de avaliação de qualidade foi relegado ao resultado final dos produtos e serviços fornecidos.

5.3.3.2 Garantia de fornecimento

As parcelas das contraprestações referentes à modernização da frota são pagas proporcionalmente ao fornecimento já realizado. Portanto, a forma de remuneração do parceiro privado reforça que o fornecimento seja realizado em prazos e condições adequadas.

5.3.3.3 Eficiência nos investimentos

A eficiência nos custos de modernização da frota, considerando a reforma, substituição e ampliação dos trens, é responsável pelo retorno do empreendedor

⁴⁵ Trens não operacionais por decorrência de vandalismo não são reduzidos do cálculo do pagamento total, conforme Item 18.6.1 do edital (CPTM, 2009).

privado sobre o capital investido. As contraprestações ao longo de todo o contrato, não apenas visam remunerar os serviços de manutenção, como também os investimentos realizados no início do contrato.

Esse fator é muito representativo no retorno do negócio, ainda mais por ser concentrado logo no segundo e terceiro ano da concessão administrativa.

5.3.3.4 Eficiência nos serviços

Complementarmente, a eficiência do resultado operacional da manutenção nas Fases I, II e, especialmente, na Fase III, será responsável por gerar o lucro necessário que vai remunerar o investidor.

Como a projeção de receita ao longo dos anos é de fácil estimação, é na eficiência dos serviços que a Concessionária deverá concentrar seus esforços.

5.3.3.5 Qualidade dos bens

A qualidade dos bens está bastante especificada em termos de indicadores de desempenho. Como a operação das linhas é de responsabilidade da CPTM com utilização da frota mantida e fornecida (ou reabilitada) pela Concessionária, as normas técnicas constantes do Edital estipulam claramente as formas de recebimento e comissionamento da frota (anexo V do Edital da CPTM, 2009), bem como indicadores de desempenho final, que afetam a parcela variável da contraprestação.

Em relação aos trens novos fornecidos na Fase II, ou aqueles que venham a substituir trens antigos na Fase I, a qualidade dos bens afetará o Coeficiente de Mensuração de Desempenho estipulados no Anexo XXI do edital.

5.3.3.6 Qualidade dos serviços

A qualidade dos serviços de manutenção, sem dúvida, é o ponto tecnicamente melhor trabalhado, uma vez que o conceito central dessa concessão administrativa é

um conjunto de investimentos e serviços voltados à disponibilização de frota para a Linha 8 Diamante da CPTM.

A manutenção, portanto, está bastante detalhada no Edital, tanto em termos de procedimentos e responsabilidades, quanto em função da qualidade exigida.

Nas Fases I, II e III, a qualidade dos serviços de manutenção será aferida diretamente pelos atributos do Coeficiente de Mensuração de Desempenho estipulados no Anexo XXI do edital. O resultado do coeficiente afeta automaticamente em até 15% a parcela variável da contraprestação, além de impor multas no caso de ser inferior aos indicadores mínimos.

5.3.3.7 Oferta de serviços

A oferta do serviço de transporte fica a cargo da CPTM, sendo que o parceiro privado apenas deve manter os trens disponíveis. O fornecimento de novos trens permitirá um aumento na quantidade de viagens na Linha 8 Diamante, mas não existe critério para aumento da oferta dos serviços além da frota estipulada.

5.3.3.8 Qualidade ambiental

Não existem indicadores de qualidade ambiental previstos. Mas a responsabilidade sobre o resíduo gerado nas atividades de manutenção desenvolvidas em área compartilhada é detalhada no Edital (CPTM, 2009), responsabilizando a Concessionária por todo esse gerenciamento.

5.3.3.9 Segurança

Não foram estabelecidos critérios de qualidade explícitos de segurança ou acidentes com usuários. A CPTM, afinal, continuará sendo responsável pela operação e acidentes não decorrentes de falhas de manutenção permanecem sob responsabilidade do Estado.

Porém não é correto afirmar que a qualidade na segurança não está presente, pois diversos indicadores afetam o desempenho da segurança operacional na utilização da frota. A eficácia dos serviços da Concessionária, por serem essencialmente relacionados à manutenção, promove a segurança para usuários e operadores da linha.

5.3.3.10 *Manutenção*

Os indicadores de qualidade na manutenção são bastante detalhados nos anexos técnicos do edital e afetam a remuneração do parceiro privado como visto anteriormente.

A principal ferramenta de aferição da manutenção é chamado de Coeficiente de Mensuração de Desempenho (Cmd). No Anexo III – Indicadores de Desempenho de Confiabilidade e Reparo, os indicadores de desempenho da manutenção são representados pelas seguintes análises:

- Indicadores de confiabilidade: por quilometragem média entre falhas (MKBF - *Mean Kilometer Between Failure*);
- Indicadores de disponibilidade: por percentual do tempo disponível no horário de pico de demanda e no horário de vale; e
- Indicadores de manutenibilidade: tempo médio para restaurar funções (MTRF - *Mean Time to Repair Failures*).

Cada fator é ponderado e o mal desempenho representa uma fator de redução na parcela variável da contraprestação pecuniária.

5.3.3.11 *Atualidade*

Não existe avaliação de qualidade de atualidade em relação ao objeto da concessão; apenas está estabelecida nos novos padrões de frota exigidos ao fornecimento da frota nova.

Ao reabilitar, substituir e ampliar a frota antiga, sem dúvida este projeto traz um grande benefício à CPTM e seus usuários na requalificação dos trens.

Após o fornecimento inicial, no entanto, fica a cargo da Concessionária apenas a manutenção dos indicadores de desempenho, sendo de sua iniciativa e risco uma nova alteração dos padrões tecnológicos.

5.3.3.12 Modicidade tarifária

Na modalidade de concessão administrativa, a Concessionária é remunerado exclusivamente pela contraprestação pecuniária. Na Linha 8 Diamante, a CPTM continuará responsável pela operação e cobrança de tarifa dos usuários, definida pelo Governo do Estado. Portanto, não existem mecanismos de promoção da modicidade tarifária.

5.3.3.13 Equilíbrio econômico-financeiro

As situações nomeadas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro são estabelecidas na minuta do contrato (CPTM, 2009):

- Modificação unilateral do contrato, imposta pela contratante, que comprovadamente represente uma significativa alteração dos custos ou das receitas do parceiro privado;
- Alteração de tributos ou encargos legais que causem impacto nos custos para mais ou para menos;
- Incidência de ICMS na aquisição de trens;
- Alteração nos índice de desempenho previstos para parâmetros mais rigorosos que representem encargos adicionais; e
- Ocorrência de eventos de caso fortuito ou força maior com consequências não cobertos por seguros, repartindo os riscos decorrentes.

Vale ressaltar que, em resposta a questionamento do edital (questão 110), foi confirmado (CPTM, 2009) que a garantia oferecida pelo Poder Concedente acompanhará proporcionalmente eventual recomposição de equilíbrio econômico-financeiro.

5.3.3.14 Qualidade na reversão dos bens

A qualidade na reversão dos bens será acompanhada pelo programa de desmobilização operacional a ser desenvolvido pelo parceiro privado. Os indicadores de desempenho da manutenção devem permanecer até o final do prazo contratual, o que garantirá qualidade na condição de desempenho da frota no momento da reversão.

5.3.3.15 Igualdade

O serviço da concessão administrativa é prestado diretamente ao Estado e não aos usuários do serviço de transporte, que será operado pela própria CPTM. Assim, não existem menções à promoção da igualdade.

5.3.3.16 Continuidade

Tanto o pagamento da contraprestação, como os indicadores de desempenho, estão relacionados à continuidade dos serviços, avaliando-se a disponibilidade da frota sob responsabilidade do parceiro privado.

Existe dispositivo expresso do edital (CPTM, 2009) quanto à fase de encerramento do contrato, quando a Concessionária deve dispor de condições para que a CPTM, ou um terceiro, assumam os serviços sem que isso acarrete descontinuidade dos serviços.

5.3.3.17 Universalidade

A quantidade de trens objeto dessa concessão é pré-determinada, sendo que existe a ampliação de frota na Fase II. Esta concessão, portanto, permite que o Estado aumente a oferta de viagens, contribuindo de forma pontual na universalidade do sistema de trens urbanos de São Paulo.

5.3.4 Divisão de Riscos

Os principais riscos transferidos ao particular na Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 Diamante são relacionados aos custos de investimento e aqueles relacionados com a atividade de manutenção dos trens recebidos, reformados e fornecidos por ele.

O Poder Concedente permanece com os riscos de financiar a parceria, independente da intensidade de uso dos trens e da demanda que a Linha 8 irá transportar.

A seguir, são apresentados em maiores detalhes cada categoria de riscos e a respectiva divisão de responsabilidades prevista no edital da Concorrência Internacional Nº 8764083011 (CPTM, 2009), da Concessão Administrativa para manutenção e modernização da frota da Linha 8 Diamante da CPTM.

5.3.4.1 Riscos de Localização e Entorno

O risco de localização e entorno é dividido entre o Poder Público e o Parceiro privado, pois envolvem o uso compartilhado de área do Complexo de Manutenção de Presidente Altino, detalhado através de um contrato de concessão de uso de áreas da CPTM, conforme Anexo IX do edital (CPTM,2009).

Em complemento, as vias de provas a serem utilizadas pela Concessionária para testes de manutenção fora do complexo de manutenção dos trens também são da CPTM, que deve utilizá-las conforme regras de acesso estabelecidas.

5.3.4.2 Riscos de Projeto e Construção

A concepção básica do projeto da frota e o estabelecimento dos indicadores de desempenho são assumidos pelo Estado.

A partir destes critérios, todos os riscos de Projeto, Sobrecustos de Construção, Atrasos de Construção e de Desempenho são assumidos pela Concessionária.

Atrasos no fornecimento resultam em multas, medidas administrativas e postergação do recebimento da contraprestação pecuniária.

5.3.4.3 Riscos de Operação

Todos os riscos de operação são assumidos isoladamente por ambos parceiros. A CPTM é responsável pela operação e a Concessionária pela manutenção da frota.

Assim, o parceiro privado assume, quanto aos serviços de manutenção, os riscos de Sobrecustos Operacionais, Disponibilidade Operacional, Qualidade dos Serviços e de Acidentes. Os índices operacionais de manutenção afetam a receita auferida pela Concessionária.

Os respectivos riscos na operação do transporte permanecem com o Poder Concedente.

5.3.4.4 Riscos de Receita

Os riscos de receita são do Poder Público na Concessão Administrativa. Os riscos de concorrência e demanda, que afetam a receita tarifária da linha não trazem alteração nos valores da contraprestação pecuniária a ser paga.

5.3.4.5 Riscos Financeiros

Os riscos cambial, de taxas de juros e de indisponibilidade de financiamento são assumidos explicitamente pelo parceiro privado, conforme cláusula 13.3 da minuta do contrato constante no edital (CPTM, 2009).

O ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), em relação ao fornecimento de material rodante e componentes para a CPTM neste contrato, é suspenso de acordo com aplicação do Decreto Estadual 54.715/09, que instituiu o Programa de Incentivo à Expansão e Modernização do Transporte Ferroviário no Estado de São Paulo. O risco sobre futuras alterações tributárias ou da incidência do ICMS na aquisição de trens é do Poder Concedente.

O risco de inflação é reduzido pelo reajuste das contraprestações ser indexado ao IPC (Índice de Preços ao Consumidor da Fundação – Instituto de Pesquisas Econômicas). Assim, este risco é assumido de forma limitada pela Concessionária.

Os juros por atraso do pagamento da contraprestação por parte do Poder Concedente são indexados à taxa de juros SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), compatível aos juros dos títulos emitidos pelo Tesouro Nacional. Em um cenário econômico estável e com algum grau recessivo, esses juros podem se tornar muito baixos, ou até mesmo nulos.

A principal exigência de garantia do parceiro privado é de execução contatual no valor de R\$ 95,0 milhões de reais, liberada conforme avanço da execução do contrato, remanescendo pelo menos 25% desse valor até o fim da concessão.

O edital (CPTM, 2009) exigiu também uma garantia de proposta no valor de R\$ 10,0 milhões e só poderiam participar da licitação empresas com experiência prévia em empreendimentos que, somados, comprovassem investimentos de capital próprio ou de terceiros no valor de R\$ 400,0 milhões. Não foram exigidas cartas de compromisso de entidades financiadoras para prestação de financiamento ou garantias.

Por parte do parceiro público, é estabelecida uma garantia do pagamento mensal das contraprestações no valor de R\$ 11.673.000,00, pela CPTM e pela Companhia Paulista de Parcerias (CPP), em direitos de créditos de um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) alavancado pelas receitas tarifárias da CPTM. Até março de 2014, a CPTM poderá substituir por outra garantia real no valor de R\$ 7,8 milhões⁴⁶. A CPP permanece, ainda, como fiadora das obrigações de garantia assumidas pela CPTM até o valor de R\$ 58.365.000,00 (novembro/2009). Estas condições são detalhadas no edital, particularmente em seu Anexo XXX – Minuta de

⁴⁶ Esta alteração futura da garantia foi estabelecida em função das expectativas do Governo do Estado de São Paulo implantar um sistema único de arrecadação, passando a ser os recebimentos deste sistema a garantia da Concessão Administrativa da Frota da Linha 8, conforme divulgado nos esclarecimentos e alterações do respectivo Edital (CPTM, 2009). Caso implantado, esse mecanismo de garantia, na prática, será bastante similar ao da Concessão Patrocinada Linha 4, no qual a toda receita tarifária do sistema de transporte metropolitano de São Paulo serve como garantia do pagamento da contraprestação.

Contrato de Cessão de Direitos Creditórios sob Condição Suspensiva e Outras Avenças (CPTM, 2009).

5.3.4.6 Riscos de Caso Fortuito e Força Maior

Os riscos de caso fortuito ou força maior, que não podem ser segurados, são assumidos de forma compartilhada. O Estado exime a Concessionária de responsabilidades não cumpridas decorrentes desses eventos.

5.3.4.7 Riscos sobre os Ativos

É obrigatória a adoção de seguro de riscos nomeados para o material rodante, quanto à cobertura para incêndio, raio, explosão, danos elétricos e danos materiais como colisão, descarrilamento e abalroamento. Apesar da Concessionária ser responsável pela contratação do seguro, a operação dessa frota estará sob responsabilidade operacional da CPTM.

Ressalta-se a introdução de outro risco nomeado a ser segurado pela Concessionária, correspondente ao seguro de transporte dos trens entre as instalações da CPTM e as instalações da Concessionária e vice-versa.

O risco do valor residual dos ativos é do parceiro privado, que deve atingir os indicadores de desempenho da frota até o término do prazo de concessão. Porém, o risco de obsolescência tecnológica é do Estado, pois não existe nenhuma obrigação de atualização tecnológica, além da modernização da frota no início do contrato.

5.3.4.8 Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato

No caso de inadimplência da Concessionária, dispositivos do edital estabelecem procedimentos de intervenção, encampação, caducidade ou caso de falência e extinção da Concessionária, conforme cláusulas 22 a 26 da minuta do contrato (CPTM, 2009).

A responsabilidade pela interrupção do contrato é assumida pelo Poder Concedente, devendo indenizar a Concessionária na hipótese de encampação. No caso de anulação, a Concessionária terá direito a indenização “desde que não tenha incorrido para o vício de que decorreu a anulação, sendo vedado o pagamento de lucros cessantes”.

5.3.4.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos

Os riscos de fato do Príncipe e fato da Administração são assumidos pelo Poder Concedente, pois a minuta de contrato apresentada no Edital estabelece que cabe direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em alterações unilaterais do contrato ou alterações tributárias que imponham perdas à Concessionária.

5.3.5 Análise dos Resultados

5.3.5.1 Estágio da concessão

A licitação foi concluída no início de 2010, sendo vencedor da concorrência o Consórcio Paulista, formado pelas empresas CAF S.A. *Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles*, a CAF Brasil Indústria e Comércio, e a ICF - *Inversiones en Concesiones Ferroviarias*.

O contrato foi assinado, em 19 de março de 2010, com a empresa de propósito específico CTrens (ESTADO DE SÃO PAULO, 2010).

5.3.5.2 Legalidade e atendimento aos requisitos formais

A aprovação pela Companhia Paulista de Parcerias do projeto de Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 ocorreu em abril de 2009:

Modernização da frota de trens da Série 5000/Linha 8 – Diamante da CPTM – A CPP integrou o grupo de trabalho coordenado pela Secretaria de Transportes Metropolitanos, responsável pela modelagem do projeto. A proposta preliminar foi apresentada ao Conselho Gestor de PPP em 12/07/2007. Em sua 23ª reunião

ordinária, realizada em 09/09/08, após análise dos estudos e alternativas propostas pelas áreas técnicas, o Conselho Gestor de PPP aprovou a modelagem final do Projeto, na modalidade de concessão administrativa, e a CPP foi autorizada a estruturar garantia para o referido projeto com base em ativos de sua titularidade, complementados por recebíveis da CPTM, até o limite conjunto de cobertura de 65% do valor estimado para a contraprestação pecuniária a ser paga ao parceiro privado. (CPP, 2009)

A publicação do edital ocorreu em maio de 2009, com data prevista para entrega das propostas em julho. Ocorreram, porém, diversos adiamentos e alterações do edital, principalmente motivados pelo esclarecimento de questões técnicas ligadas à modernização e manutenção das frotas. A sessão de recebimento das propostas ocorreu efetivamente em novembro de 2009, com resultado publicado em janeiro de 2010.

Os estudos após a primeira apresentação no Conselho Gestor como se percebe, iniciaram-se em julho de 2007. A partir desta data decorreram diversos encaminhamentos internos nas diferentes esferas administrativas, resultando em dois anos e meio entre o início do processo e a contratação da concessão.

Mesmo para um Governo Estadual com experiência prévia em duas outras Parcerias Público-Privadas já contratadas (Linha 4 Amarela do Metrô e Sistema Produtor do Alto Tietê ETA – Taiaçupeba), esse prazo dilatado pode ser apontado como um caso célere. Diversos outros projetos transcorrem durante muito mais tempo sem êxito.

5.3.5.3 *Análise de Valor da Concessão*

Não foram divulgados estudos *Value for Money* (VFM) e *Public Sector Comparator* (PSC) para a Concessão Administrativa da Frota da Linha 8. Mas é interessante ressaltar que a taxa de desconto considerada no modelo de apresentação das propostas (CPTM, 2009) foi de 8,3% ao ano, compatível com diversos outros projetos observados e constatando o que foi indicado anteriormente neste trabalho⁴⁷.

⁴⁷ Ver item 5.1.5.3 , pág. 162, e nota de rodapé 40 pág. 162.

Avaliando a divisão de obrigações e risco, para estabelecer uma comparação de valor, com o que seria o projeto realizado diretamente pelo Setor Público, pode-se verificar um resultado bastante eficiente.

Ao parceiro privado foram alocados riscos de investimento e manutenção, que ele poderá gerir a partir dos parâmetros de desempenho previamente acordados. Não é por outra razão que o consórcio vencedor inclui uma grande indústria fornecedora de material rodante.

A modalidade de concessão administrativa traz um conceito bastante interessante ao desvincular o risco de demanda do resultado financeiro do parceiro privado. Neste projeto, cabe à CPTM estabelecer a operação da Linha 8 da melhor forma, sem que seu desempenho operacional afete diretamente as receitas da Concessionária.

A demanda do sistema de trens urbanos depende muito pouco do que a Concessionária privada possa fazer. Esse eixo de transporte está estabelecido há muito tempo e, mesmo operando de forma precária com uma frota muito antiga de trens, atende mais de 300 mil passageiros por dia.

A Linha 8 Diamante pode chegar a dobrar sua capacidade de transporte, mas isso está associado a um amplo conjunto de investimentos do Estado em sua malha ferroviária. O parceiro privado que tivesse seu resultado atrelado a esse risco estaria suscetível a fazer uma análise muito conservadora, por não poder interferir neste processo, onerando o Estado com uma proposta menos vantajosa.

Não pareceria eficiente um modelo em que um potencial parceiro privado tivesse receio do Estado não cumprir metas de investimento. Também não seria favorável um modelo que, feitas as novas melhorias pelo Estado, permitisse ao particular auferir os benefícios de aumento de receita.

Assim, julga-se que o modelo de divisão de riscos e modalidade de concessão é bastante adequado neste caso.

5.4 Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas (2010)

5.4.1 Apresentação do Projeto

A publicação do Edital de Concessão N° 001/2010 (ANTT, 2010) para “Concessão para Exploração de Serviços Públicos de Transporte Ferroviário por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222”, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres. – ANTT.

Conforme divulgação do Ministério dos Transportes (2010), desde 1981 existem estudos para uma ligação ferroviária de alta velocidade entre as cidades de São Paulo (SP) e Rio de Janeiro (RJ). Somada a cidade de Campinas (SP), o eixo que conecta as três metrópoles representa 33% do Produto Interno Bruto e 20% da população nacional.

O traçado do Trem de Alta Velocidade (TAV) foi baseado nas seguintes diretrizes:

Para o desenvolvimento dos estudos de traçado realizados foram estabelecidas as seguintes premissas para o projeto de implantação do TAV Brasil:

- linha exclusiva para transporte ferroviário de passageiros de alta velocidade;
- via permanente dupla e com capacidade para operar trens com velocidade de até 350 km/h;
- ligação das cidades do Rio de Janeiro, São Paulo e Campinas;
- conexão dos aeroportos de Viracopos, Guarulhos e Galeão;
- consideração da presença de duas estações intermediárias no Vale do Paraíba, sendo uma em São Paulo e outra no Rio de Janeiro; e
- sem restrições à operação de trens desenvolvidos a partir de qualquer tecnologia.

(MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, 2010)

O resultado do projeto é uma linha de aproximadamente 520 km de extensão, com estações no Rio de Janeiro (RJ), Volta Redonda(RJ)/Barra Mansa(RJ), São José dos Campos (SP), São Paulo (SP) e Campinas (SP), além de estações nos Aeroportos de Galeão, Guarulhos e Viracopos. Ainda podem ser estabelecidas estações em Resende (RJ), Aparecida (SP) e Jundiaí (SP), conforme indicado na figura a seguir.



Figura 5 – Traçado proposto para o TAV Rio de Janeiro Campinas
(Fonte: MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, 2010)

Os investimentos totais previstos são da ordem de R\$ 34,6 bilhões, conforme quadro abaixo, indicado nos estudos de viabilidade divulgado.

Quadro 6 – Custos de Investimentos do TAV Rio de Janeiro – Campinas

ITEM	Em milhões de R\$	(%)
Terraplenagem	2.208,7	6,4
Estruturas	18.155,0	52,5
Via permanente	2.138,5	6,2
Edificações e equipamentos	1.417,8	4,1
Sinalização	316,4	0,9
Telecomunicações	314,3	0,9
Eletrificação	1.361,4	3,9
Medidas socioambientais	3.894,1	11,2
Material rodante	2.739,8	7,9
Serviços complementares	2.080,8	6,0
TOTAL	34.626,8	100

(Fonte: MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, 2010)

A licitação tem como objeto a “Concessão do serviço público ferroviário de passageiros por TAV incluindo o projeto, a construção, a operação, a manutenção e a conservação do TAV Rio de Janeiro – Campinas [...]. A Concessão será remunerada mediante cobrança de Tarifa e a cessão do direito de exploração econômica das estações próprias, bem como de Receitas Extraordinárias, caso ocorram.” (ANTT, 2010).

A modalidade da outorga é a concessão comum, porém o vencedor da licitação não constitui a Concessionária. Ele deverá estabelecer uma sociedade de propósito específico denominada “Acionista Privado”, que terá participação na “Concessionária”, celebrando um acordo de acionistas com a “Empresa Pública Federal”⁴⁸. O Poder Público exerce também importante papel de financiamento através de instituição financeira federal.

O critério para definição do vencedor da licitação será a oferta do menor valor da tarifa quilométrica de referência (Tarifa-Teto quilométrica para o Serviço Ferroviário Expresso Tarifado), limitado ao valor máximo de R\$ 0,49 (quarenta e nove centavos de reais) por quilômetro. Isto resulta em uma tarifa de quase R\$ 200,00 para a viagem entre Rio de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP), prevista para realizar-se em, no máximo, 93 minutos.

⁴⁸ Como esclarecimento, segundo as definições no Edital (ANTT, 2010):

“Acionista Privado: sociedade de propósito específico, constituída na forma de sociedade por ações pela Adjudicatária de acordo com as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, para deter a participação da Adjudicatária na Concessionária e celebrar o Acordo de Acionistas com a Empresa Pública Federal, na forma deste Edital e do Contrato de Concessão.”

“Concessionária: pessoa jurídica titular da concessão do serviço público de transporte ferroviário de passageiros por TAV na Estrada de Ferro EF-222 (Rio de Janeiro - Campinas), a ser integrada com participação majoritária do Acionista Privado e minoritária da Empresa Pública Federal, de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, com a finalidade de explorar a Concessão.”

“Empresa Pública Federal: empresa estatal de transporte ferroviário de alta velocidade, a ser criada pela União, vinculada ao Ministério dos Transportes, que tem por finalidade planejar e promover o desenvolvimento do transporte ferroviário de alta velocidade de forma integrada com as demais modalidades de transporte, por meio de estudos, pesquisas, administração e gestão de patrimônio, desenvolvimento tecnológico e atividades destinadas à absorção de novas tecnologias.

5.4.2 Transferência de Obrigações

As obrigações transferidas aqui listadas são aquelas transferidas à Concessionária, formada por uma associação entre a União e pelo parceiro privado. A relação entre os parceiros é regida pelo contrato de acionistas ou por disposições específicas, quando indicado.

5.4.2.1 Projetar

A Concessionária assume a responsabilidade de projetar o TAV Rio de Janeiro – Campinas. O traçado divulgado⁴⁹ e investimentos orçados são referenciais, cabendo à Concessionária seu completo estudo, definições tecnológicas, desenvolvimento e detalhamento do projeto. A Concessionária deve, inclusive, apresentar as normas técnicas de outros países a serem adotadas, conforme definição da tecnologia.

5.4.2.2 Financiar

O financiamento dos investimentos necessários será tomado pela Concessionária, que tem garantia de Financiamento Público.

Dentro da perspectiva dos estudos prévios, a composição do capital de investimentos da Concessionária foi previsto da forma apresentada no quadro a seguir.

⁴⁹ O edital define três etapas de desenvolvimento do traçado: "Traçado Referencial", disponibilizado pelo Poder Concedente no edital; "Traçado Proposto", apresentado pela proponente em sua Metodologia de Execução; e o Traçado Definitivo, que fornecerá os elementos necessários para Licença Ambiental Prévia e Desapropriações. Este último é de responsabilidade da Concessionária e dará origem ao projeto detalhado.

Quadro 7 – Modelagem Financeira dos Investimentos do TAV Rio de Janeiro - Campinas

Item	Resultado (R\$ bilhões)	%
Capital Próprio	10,39	30%
Capital Privado	6,99	20,2%
Capital Público	3,40	9,8%
Terceiros	24,24	70%
Financ. Principal (União)	20,87	60,3%
Eximbank	3,37	9,7%
Total do Investimento	34,63	100%

(Fonte: BRASIL, 2010)

As condições para o financiamento principal possuem as seguinte condições:

Taxa de Juros:

- 100% em TJLP + 1% a.a.;
- Os juros serão capitalizados durante o período da carência;
- A taxa de juros total do financiamento poderá ser reduzida, caso a receita bruta do projeto nos primeiros 10 anos fique aquém do originalmente previsto. O valor máximo desta redução será limitado a R\$ 5 bilhões, na data-base de dezembro de 2008, atualizado pelo IPCA.

Participação máxima do financiamento [através de instituição financeira federal]: até R\$ 19.977.227.000,00, na data-base de dezembro de 2008, atualizado pelo IPCA, limitado a 80% dos itens financiáveis ou 60,3% do investimento total, o que for menor. O capital próprio dos acionistas deverá ser de, no mínimo, 30% do investimento total do projeto.

(ANTT, 2010)

Assim, o financiamento máximo (*debt*), a taxas muito inferiores às práticas do mercado financeiro privado, é limitado a 80% dos investimentos financiáveis, 60,3% do capital total, ou um montante máximo de Financiamento Público de quase R\$ 20 bilhões, o que for menor entre esses três.

O capital próprio (*equity*) da Concessionária será formado por aportes da União, através da Empresa Pública Federal, e do Acionista Privado. O aporte público será no valor de R\$ 3,4 bilhões. O aporte privado deve ser, no mínimo, o suficiente para que o capital próprio atinja 30% do total dos investimentos, e deve fornecer também todo o complemento necessário para que, dadas as restrições anteriores, seja alcançado o investimento total necessário.

Em outras palavras, o Acionista Privado deverá aportar diretamente o investimento necessário, menos R\$ 3,4 bilhões investidos pela Empresa Pública Federal e com a possibilidade de financiar até 70% dos investimentos totais, utilizando o benefício do financiador público, conforme as regras mencionadas.

Assim, a composição final do capital da Concessionária depende dos aportes finais no projeto. A participação percentual da Empresa Pública Federal será de R\$ 3,4 bilhões dividido pelo Capital Próprio (*equity*) total da Concessionária, estimado na projeção inicial da ANTT (2010) em 32,7%.

O Acionista Privado terá que aplicar capital próprio e terá maior parcela societária na Concessionária, quanto mais os seus investimentos excederem os parâmetros apresentados, sendo sua participação estimada inicialmente em 67,3%.

5.4.2.3 Construir / Fornecer

A Concessionária assume a obrigação de implantar instalações, obras de arte, infraestrutura, superestrutura, material rodante, sistema de sinalização, estações de passageiros e demais bens para implantação do TAV Rio de Janeiro – Campinas.

Os investimentos serão detalhados com o desenvolvimento do projeto detalhado, porém devem respeitar o “Programa de Exploração Ferroviária” constante do Anexo 1 do edital (ANTT, 2010), com parâmetros básicos das obras e serviços, parâmetros técnicos mínimos, parâmetros de desempenho e a Metodologia de Execução apresentada na proposta.

O prazo para a construção do TAV Rio de Janeiro-Campinas é de no máximo seis anos, a partir da emissão da licença ambiental prévia e da transmissão da posse para a Concessionária da área relativa ao primeiro Trecho Operacional.

5.4.2.4 Ampliar

Cabe à Concessionária apenas a oferta de serviços no Trecho Rio de Janeiro – Campinas e estações intermediárias, adicionando, quando for o caso, a quantidade de horários de viagens e o respectivo aumento de frota.

Cabe ao Poder Público ampliar a malha ferroviária de Trens de Alta Velocidade. A Concessionária, neste caso, deverá permitir o direito de passagem de operações entre outras localidades, compartilhando o uso da infraestrutura.

5.4.2.5 Operar

A Concessionária terá o direito de exploração e a obrigação de operar o TAV Rio de Janeiro – Campinas pelo prazo de 40 (quarenta) anos. Conforme estabelecido na minuta do contrato de concessão do Edital (ANTT, 2010), o prazo é contado “a partir da data da expedição da licença ambiental de operação para a integralidade do TAV Rio de Janeiro – Campinas ou da última licença ambiental de operação, caso a construção seja faseada, na forma da Metodologia de Execução”. Ou seja, o início do prazo dá-se com a autorização ambiental para que a operação se inicie.

A Concessionária irá auferir as receitas tarifárias, de exploração econômica das estações que sejam exclusivas do TAV Rio de Janeiro – Campinas e de outras fontes de receitas extraordinárias.

5.4.2.6 Manter

Durante todo o período de concessão, a Concessionária se obrigará a manter e conservar toda infraestrutura, equipamentos e instalações do TAV Rio de Janeiro – Campinas.

5.4.2.7 Transferir

A Concessionária deverá reverter, ao final do prazo de 40 anos de operação, toda infraestrutura, equipamentos e sistemas do TAV Rio de Janeiro Campinas. O Edital de licitação define que a ANTT exercerá uma fiscalização detalhada no último ano do prazo para avaliar as condições dos bens reversíveis e dos trechos operacionais, inclusive em relação ao cumprimento dos Parâmetros de Desempenho definidos no Plano de Exploração Ferroviária.

5.4.3 Instrumentos de Qualidade

O principal instrumento de especificação de diretrizes técnicas e parâmetros de qualidade da concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas é apresentado no edital, em seu Anexo 1 – Plano de Exploração Ferroviária (ANTT, 2010). Este documento detalha os requisitos técnicos e parâmetros dos investimentos e da prestação do serviço, além de orientar o detalhamento da proposta técnica dos licitantes. Ele é dividido em três partes, a saber:

- Apêndice A – Parâmetros Técnicos Mínimos
- Apêndice B – Parâmetros de Desempenho
- Apêndice C – Termo de Referência da Metodologia de Execução

O primeiro, Apêndice A, estabelece diretrizes para especificações técnicas mínimas, descrevendo os objetivos a serem atingidos quanto à segurança, nível de serviço, traçado, via permanente, conforto, túneis e pontes, estações, material rodante, pátios, sistemas operacionais, operação e controle dos trens, eletrificação, confiabilidade, disponibilidade, manutenibilidade e vida útil dos ativos. Essas especificações são gerais, cabendo aos proponentes e à futura Concessionária o seu detalhamento.

O Apêndice B traz parâmetros quantificados a serem obtidos no desempenho dos serviços, determinando indicadores de segurança, operação, infraestrutura, material rodante, satisfação dos usuários e meio-ambiente.

A avaliação do resultado dos indicadores de desempenho é traduzida em um percentual a ser aplicado sobre a receita operacional líquida, na forma de multa, caso os parâmetros de tolerância sejam desrespeitados. As multas variam de 0,5% a 2,0% para cada um dos 12 indicadores que, na soma, podem atingir 10,0% da receita operacional líquida da Concessionária. Na fase de início de operação é previsto um período de dois anos de adaptabilidade, durante o qual as multas são reduzidas.

A terceira parte do Anexo 1, o Apêndice C, determina a Metodologia de Execução que deve ser apresentada pelos proponentes na licitação, como forma de demonstrarem o projeto que pretendem implantar. Esta metodologia deve contemplar, conforme edital:

A Proponente deverá ter em vista, na elaboração da Metodologia de Execução de sua proposta, a análise global das condicionantes físicas, econômicas, sociais, urbanas e ambientais da região de influência do TAV Rio de Janeiro - Campinas, assegurando que o estudo técnico incorpore, no mínimo: (i) estudo de traçado e indicação do Traçado Proposto; (ii) obras-de-arte correntes e especiais; (iii) estabilidade de taludes de cortes e aterros; (iv) drenagem; (v) condições ambientais; (vi) plano operacional; (vii) material rodante; (viii) sistemas completos de sinalização, (ix) comunicação e eletrificação, inclusive alimentação de energia elétrica; (x) estações, oficinas e demais instalações físicas; (xi) orçamento, parcial e total, do empreendimento e, finalmente (xii) transferência de tecnologia. (ANTT, 2010).

Além disso, o traçado referencial está disponível para consulta, bem como um estudo geológico e geotécnico numa faixa de 2 km de largura sobre o traçado referencial⁵⁰.

Deve-se destacar, por fim, o Anexo 3 - Diretrizes Mínimas para a Transferência de Tecnologia, publicado com o edital (ANTT, 2010) estabelecendo regras para que a

⁵⁰ O projeto de traçado referencial e os estudos geológicos e geotécnicos são disponibilizados gratuitamente aos proponentes interessados durante o processo licitatório. Os resumos desses estudos estão disponíveis publicamente nos sítios <<http://www.tavbrasil.org.br>> e <www.cmpr.gov.br>, respectivamente (último acesso: 23 out 2010).

tecnologia do Trem de Alta Velocidade seja incorporada pela Empresa Pública Federal.

O TAV Rio de Janeiro – Campinas é uma concessão cujo objeto, claramente, não se limita à implantação de uma linha de transporte, mas também envolve a obrigação de transferência de uma nova tecnologia ferroviária, que não existe ainda no Brasil.

5.4.3.1 Qualidade de projeto

As condicionantes de projeto estão estabelecidas no Plano de Exploração Ferroviária, constante do Anexo 1 do edital (ANTT, 2010). Os objetivos do projeto foram definidos de forma abrangente, através de um “traçado de referência”, cabendo duas etapas em seu desenvolvimento: na fase de licitação e na fase de concessão.

Na fase de licitação, os proponentes devem apresentar um projeto baseado em um “traçado proposto”, com os detalhamentos técnicos das obras de infraestrutura, tecnologia, sistemas, equipamentos, material rodante, bem como as especificações do serviço e de orçamento. Tecnicamente isso corresponde ao projeto funcional do TAV São Paulo – Campinas, a ser elaborado pelos proponentes.

A qualidade do projeto funcional é determinante para que o proponente tenha sua proposta válida, pois qualquer falha no atendimento a quesitos e normas técnicas pode levar à sua desqualificação.

Depois de definido o vencedor e constituída a Concessionária, procede-se à elaboração de um projeto mais detalhado sobre o “traçado definitivo”, que corresponde ao projeto básico, a partir do qual poderão ser solicitadas as licenças ambientais e desenvolvidos os projetos executivos.

A qualidade do projeto básico é essencial para viabilizar o empreendimento em seus vários aspectos: atingir as especificações dos serviços, os indicadores de desempenho, licenciar e implantar a obra e desenvolver soluções com custos mais eficientes.

Desde a definição inicial até o detalhamento executivo, a Concessionária tem liberdade de realizar o projeto mais conveniente. Destaca-se que a elaboração do

projeto de uma tecnologia estrangeira envolverá a determinação de todo um novo conjunto normativo técnico brasileiro inédito, para trens de alta velocidade.

O controle da qualidade do projeto, portanto, não foi definido através de um mecanismo específico de avaliação, mas sim através dos parâmetros de desempenho final dos serviços prestados, avaliando apenas o resultado final da infraestrutura e serviços fornecidos.

5.4.3.2 Garantia de fornecimento

A garantia de fornecimento na Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas está relacionada à própria implantação dos serviços, pois a remuneração da Concessionária virá da exploração da linha de transporte ferroviário de passageiros.

A Concessionária receberá, para implantação, aportes de recursos do Acionista Privado e da Empresa Pública Federal, que só obterão o retorno esperado com o efetivo fornecimento da infraestrutura e serviços projetados.

5.4.3.3 Eficiência nos investimentos

O TAV Rio de Janeiro – Campinas envolve um período estimado em seis anos de investimentos intensivos em infraestrutura. O capital alocado ao projeto será vultoso e o prazo de operação, para o completo retorno financeiro esperado, é estipulado em quarenta anos. A eficiência nos investimentos está, portanto, atrelada diretamente ao sucesso financeiro dos empreendedores.

A Concessionária será responsável por administrar todos os custos de investimentos e o retorno sob o capital investido, portanto, depende muito da eficiência no dispêndio desses recursos.

Deve-se ressaltar que a participação de capital por parte do acionista público é limitada, devendo o Acionista Privado arcar com todo o excedente que venha a ocorrer no decorrer dos investimentos.

5.4.3.4 *Eficiência nos serviços*

De forma recíproca ao exposto acima, a eficiência no dispêndio de recursos na fase operacional é essencial ao resultado financeiro do empreendimento. A receita tarifária é a principal fonte de receita operacional e o resultado operacional deve remunerar o capital investido.

Assim, o empreendedor deve esforçar-se na obtenção do retorno do investimento através de uma alocação eficiente de recursos nos serviços prestados, ao longo de 40 anos de operação.

5.4.3.5 *Qualidade dos bens*

As especificações de qualidade dos bens a serem fornecidos são abordadas no Anexo 1 – Apêndice do edital (ANTT, 2010). Como existe grande liberdade para o projeto da infraestrutura, foram definidos critérios mais objetivos de vida útil para cada componente do sistema de trem de alta velocidade.

Deve-se ressaltar que as licitantes vinculam-se aos termos de sua proposta de metodologia de execução que, como explicado anteriormente, é o projeto funcional proposto para os serviços, incluindo a qualidade dos bens ofertada.

A qualidade dos bens possui ainda alguns parâmetros preestabelecidos no Anexo 1 – Apêndice B do edital (ANTT, 2010):

- **Qualidade da via permanente:** Representado pelo Índice de Conforto para aceleração lateral, vertical e longitudinal.
- **Condições dos Ativos:** Índice ponderado das pontuações das condições dos ativos, incluindo as pontuações para sinalização, fornecimento de energia e obras civis, incluindo túneis.

Esses dois indicadores de desempenho devem ser obtidos sob pena de multa de até 1,0% das receitas operacionais líquidas da Concessionária.

A avaliação mais ampla de qualidade de todos os bens, contudo, será determinada pelo resultado final dos produtos e serviços fornecidos e à vida útil exigida dos bens.

Como a Concessionária irá explorar por um longo prazo a utilização desses bens, existe uma forte razão econômica quanto à durabilidade e desempenho desses investimentos.

5.4.3.6 Qualidade dos serviços

A qualidade dos serviços é objeto de indicadores de desempenho específicos constantes no Anexo 1 – Apêndice B do edital (ANTT, 2010).

Os parâmetros determinados para qualidade do serviço são:

- **Satisfação do Usuário:** proporção de usuários satisfeitos (ou muito satisfeitos) com o serviço prestado pela Concessionária de uma maneira geral e em áreas específicas, incluindo o estado geral de conservação, a limpeza dos trens, a limpeza das estações, por meio de pesquisas de opinião.
- **Reclamações de Usuários:** número de reclamações por milhão de usuários.

Os indicadores de desempenho relacionados à satisfação e reclamação pelos usuários dos serviços podem punir, em caso de não atendimento ao mínimo exigido, em multa de até 1,5% da receita líquida operacional.

Deve-se aqui ressaltar que os serviços a serem oferecidos pelo TAV Rio de Janeiro – Campinas possuem alternativas, principalmente pelas viagens rodoviárias de automóvel e ônibus e transporte aéreo. Assim, a concorrência com outros modos de transporte deve induzir a Concessionária a empenhar-se na prestação do melhor serviço possível.

5.4.3.7 Oferta de serviços

A qualidade da oferta dos serviços é objeto de indicadores de desempenho específicos constantes no Anexo 1 – Apêndice B do edital (ANTT, 2010). Os parâmetros determinados para oferta de serviços são:

- **Disponibilidade do Serviço:** proporção dos trens operados em comparação ao quadro de horários da Concessionária em todo o sistema.
- **Pontualidade:** proporção de trens no horário comparado ao quadro de horários programado e definida como a chegada dos trens em até 5 (cinco) minutos depois dos horários de chegada programados.

Os parâmetros de oferta, como todos aqueles listados no Apêndice B – Parâmetros de Desempenho, atribuem padrões obrigatórios de metas a serem atingidas. Em termos de disponibilidade e pontualidade, a Concessionária pode ser multada em até 3,0% das receitas operacionais líquidas.

5.4.3.8 Qualidade ambiental

O Anexo 1 – Apêndice B do edital (ANTT, 2010) também prevê parâmetros de qualidade ambiental, indicados a seguir:

- **Medida de ruído:** níveis de ruído de pico em pontos chave, com valores limite estabelecidos para diferentes categorias de trens, considerando-se: ruído fora da cabine, quando o trem está em movimento; ruído fora da cabine estacionário, nas estações; e ruído a bordo.
- **Consumo de energia:** consumo da energia de tração, baseado na média de kWh/usuários.km para as Operações Comerciais em Trecho Operacional.

Os indicadores de desempenho relacionados à geração de ruído e consumo de energia devem ser alcançados. No caso de desrespeito aos indicadores limites eles podem comprometer até 1,0% das receitas operacionais líquidas da Concessionária na forma de multas.

5.4.3.9 Segurança

Quanto à segurança, o Anexo 1 – Apêndice B do edital (ANTT, 2010) determina os seguintes parâmetros de desempenho a serem verificados durante o período de concessão:

- **Danos aos empregados:** Ferimentos aos empregados, incluindo prestadores de serviço, decorrentes de incidentes ocorridos no sistema e instalações adjacentes, divididos por nível de gravidade: falecimento ou invalidez permanente; ferimento grave; e ferimento leve.
- **Danos aos usuários:** Ferimentos aos usuários, decorrentes de incidentes ocorridos nos trens, estações, oficinas, pátios, via permanente e instalações adjacentes sob a responsabilidade da Concessionária, divididos por nível de gravidade: falecimentos ou invalidez permanente; ferimentos graves; e ferimento leve.

O descumprimento dos parâmetros de segurança, somados, podem gerar multas equivalentes a até 2,5% da receita operacional líquida da Concessionária.

5.4.3.10 Manutenção

A qualidade relacionada aos atributos das atividades de manutenção foi estipulada através de parâmetros constantes no Anexo 1 – Apêndice B do edital (ANTT, 2010), indicados a seguir:

- **Falhas do Material Rodante Operacional:** Taxa média de falha, medida pela Distância Média Entre Falhas (DMEF), classificadas independentemente do tipo de causa, considerando falha um problema que gere atraso maior que dois minutos.
- **Condição das Estações e Oficinas:** Indicador composto quanto à disponibilidade de uso das estações e das oficinas, relacionado à qualidade e ao desempenho em longo prazo que envolve: plataformas; áreas de circulação das estações; informações aos usuários nas estações; áreas de espera para os usuários; acesso às oficinas; e máquinas para lavagem dos vagões.

Conforme demais indicadores de desempenho listados no Apêndice B – Parâmetros de Desempenho, os parâmetros de manutenção atribuem níveis de qualidade

mínimos. A Concessionária pode ser multada em até 1,0% das receitas operacionais líquidas caso infrinja esses índices estipulados para desempenho do material rodante, estações e oficinas.

5.4.3.11 Atualidade

Os quesitos de atualidade, na Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas, devem ser entendidos de uma forma ampla. O projeto é um raro caso de concessão de serviço público no Brasil que almeja não apenas estabelecer o estado da arte, mas trazer uma tecnologia que atualmente se encontra indisponível no País.

Assim, não apenas a atualidade na prestação deste serviço é uma das metas da concessão, como ele permitirá, se implantado, que a União detenha, através da Empresa Pública Federal, condições de elevar o nível tecnológico de todos os serviços de transporte ferroviários.

Os princípios básicos a serem adotados na transferência de tecnologia são descritos a seguir:

1.2. A Transferência de Tecnologia deverá compreender todos os conhecimentos técnicos e científicos criados e transmitidos por meio de um conjunto de materiais, processos, métodos, ferramentas e programas de assistência técnica e treinamento, protegidos ou não por direitos industriais e autorais, necessários ao projeto, construção, operação e manutenção de sistemas de TAV em condições operacionais compatíveis com as do TAV Rio de Janeiro – Campinas.

1.3. A Transferência de Tecnologia deverá possibilitar que, ao término do processo de transferência da Tecnologia: (i) a Empresa Pública Federal e os Agentes Locais por ela indicados detenham a Tecnologia necessária para o desenvolvimento do ciclo completo da cadeia de serviços e produtos compreendida no Foco Tecnológico; (ii) a Empresa Pública Federal e os Agentes Locais por ela indicados sejam capazes de reproduzir o desenho, o desenvolvimento e a implementação de um projeto de TAV; (iii) haja a nacionalização progressiva dos sistemas, produtos e serviços utilizados no TAV Rio de Janeiro - Campinas; e (iv) haja o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento nacional.

(ANTT, 2010)

O Anexo 3 - Programa de Transferência e Absorção de Tecnologia, do edital (ANTT, 2010) estabelece, portanto, normas para incorporar o domínio e o direito de utilização das tecnologias de material rodante, sistemas de eletrificação, sistema de controle da rede de trens e do projeto integrado de engenharia para implantação e operação de trens de alta velocidade.

5.4.3.12 Modicidade tarifária

A modicidade tarifária é estabelecida no edital (ANTT, 2010) de forma bastante eficaz, através de instrumentos contratuais e das características do processo licitatório.

O primeiro ponto a ser retomado é que o critério de julgamento do leilão da concessão é a menor valor de tarifa-teto quilométrica. Essa tarifa-teto é aquela estabelecida para o trecho São Paulo (SP), estação Campo de Marte, até o Rio de Janeiro (RJ), estação Barão de Mauá. No mínimo 60% (sessenta por cento) dos assentos por composição devem ser oferecidos na Classe Econômica, na qual se aplica essa tarifa-teto.

O segundo instrumento de racionalização das tarifas a serem praticadas, denominado "Fator X" no edital, é um fator de redução, em valores reais, do limite tarifário, conforme definido na minuta do contrato apresentada pela ANTT (2010):

Fator X: fator redutor aplicado ao reajuste da Tarifa-Teto, com vistas a permitir o compartilhamento com os usuários do TAV Rio de Janeiro - Campinas dos ganhos de produtividade operacionais que se pretende que sejam obtidos pela Concessionária. (ANTT, 2010).

Esse fator é um redutor aplicado no reajuste anual de valor da tarifa-teto, que obrigará a Concessionária a perseguir um incremento de eficiência operacional mínimo, que será repassado aos usuários na forma de modicidade tarifária. Ele será aplicado como redutor do valor do reajuste da Tarifa-Teto e foi inicialmente estabelecido indo de zero (nos primeiros cinco anos da concessão) até 1,0% (nos últimos cinco anos), podendo ser revistos de forma a melhor refletir os ganhos de eficiência do setor.

Os descontos nas tarifas são livres por parte da Concessionária, que poderá estabelecer tarifas promocionais “em horários ou vagões específicos, não sendo obrigatório o oferecimento de igual promoção em todas as poltronas disponibilizadas na mesma viagem ou vagão.” (ANTT, 2010). Como já observado, o serviço do TAV Rio de Janeiro – Campinas sofrerá concorrência com outros modais de transporte já existentes (rodoviário e aeroviário). A liberdade tarifária frente à concorrência deve levar a Concessionária a promover seus serviços também em termos de descontos, a exemplo do que já praticam as companhias aéreas no Brasil⁵¹.

5.4.3.13 Equilíbrio econômico-financeiro

Existem dispositivos na minuta de contrato publicada (ANTT, 2010) que permitem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em condições diferentes daquelas estabelecidas na proposta do adjudicatário, do respectivo contrato de concessão e da alocação de riscos nele estabelecida, da seguinte forma:

[...] caso a recomposição tenha sido julgada cabível, a ANTT deverá adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de recomposição que julgar adequadas, incluindo, mas não se limitando a: (i) aumento ou redução do valor da Tarifa-Teto; (ii) pagamento à Concessionária, pelo Poder Concedente, dos investimentos, custos ou despesas adicionais que tenham sido efetivamente incorridos ou do valor equivalente à perda de receita efetivamente ocorrida; (iii) modificação de obrigações contratuais da Concessionária, de forma proporcional e diretamente relacionadas ao evento provocador da

⁵¹ Comparando tarifas, para passagem de ida São Paulo – Rio de Janeiro:

TAV: tarifa máxima do Serviço Expresso na classe econômica de aproximadamente R\$ 200,00.

Passagem de ônibus rodoviário interestadual, independente do horário, variando conforme classe (convencional, leito, ou primeira classe): entre R\$ 64,50 e R\$ 100,00.

Passagem aérea, para classe econômica, variando conforme horário e aeroportos (Congonhas ou Guarulhos, Galeão ou Santos Dummont): entre R\$ 70,00 e R\$ 300,00.

Preços para viagens em 10 nov 2010. (Fonte: divulgação nos sites, acesso em 23 out 2010: <itapemirim.com.br>, <expressobrasileiro.com>, <expressodosul.com.br>, <autoviacao1001.com.br>, <www.tam.com.br>, <voegol.com.br>, <voepantanal.com.br>, <avianca.com.br>, <webjet.com.br> e <voetrip.com.br>.)

recomposição; ou (iv) diminuição ou extensão do prazo para a construção ou do prazo para a operação, manutenção e conservação do TAV Rio de Janeiro – Campinas.

Segundo este contrato, a Concessionária só poderá pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato no caso de alterações das condições citadas exclusivamente nos casos cujos “riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente” (ANTT, 2010), e que serão expostos neste trabalho.

5.4.3.14 Qualidade na reversão dos bens

Ao final do prazo de concessão, a ANTT realizará no último ano uma fiscalização detalhada específica para avaliar a condição dos bens reversíveis e a condição de cada Trecho Operacional, inclusive verificando os parâmetros de desempenho definidos. Entre os parâmetros estão critério objetivos de qualidade e de vida útil que devem ser atendidos.

5.4.3.15 Igualdade

O contrato de concessão prevê que seja implantado um sistema de transporte com acessibilidade, devendo o projeto permitir que mesmo os usuários com deficiência, tenham a maior autonomia possível em seu uso, o que significa a proteção da igualdade: “A Concessionária obriga-se a garantir que o TAV Rio de Janeiro - Campinas seja concebido, implantado e adaptado segundo o conceito de desenho universal, garantindo o seu livre acesso e uso pleno com segurança e autonomia por todos os usuários, conforme a legislação e regulamentação aplicável.” (ANTT, 2010)

O tratamento discriminatório aos usuários também é expressamente vedado: “A Concessionária não poderá dispensar tratamento tarifário discriminatório entre usuários de um mesmo Trecho Operacional, Classe e horário de viagem que atendam às mesmas condições, salvo se tal diferenciação decorrer da cobrança de Tarifas Promocionais [...]”

5.4.3.16 Continuidade

A continuidade dos serviços é um fator avaliado, em certo grau, pelos quesitos de qualidade em relação à oferta dos serviços e de manutenção.

Porém, de forma mais ampla, a continuidade é expressa com importância no contrato de concessão. O documento, como um todo, visa também proteger a continuidade dos serviços. Assim, o acompanhamento e controle da ANTT como agente fiscalizador, bem como as medidas administrativas previstas ao Poder Concedente, são exercidos como forma de garantir a continuidade.

5.4.3.17 Universalidade

Não estão previstas metas de ampliação dos serviços oferecidos pela Concessionária. No entanto, algumas características da Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas promovem duas oportunidades: do aumento da fruição do serviço por usuários de menor renda e da União ampliar a rede de Trens de Alta Velocidade.

A oportunidade de aumento da fruição no transporte é resultado das regras tarifárias que permitem descontos nas tarifas através de promoções, promovendo a modicidade tarifária. A amplitude de tarifas que pode ocorrer, caso se estabeleça de fato uma concorrência com as tarifas rodoviárias e aéreas, trará uma oportunidade dos usuários de menor renda utilizar os serviços. Não há como garantir *ex ante* que isso aconteça, mas o setor aéreo já deu claras demonstrações que existe a oportunidade⁵², em especial em horários de menor movimento.

A transferência de tecnologia⁵³ de trens de alta velocidade para a União, através da Empresa Pública Federal, tem como objetivo possibilitar que se criem e estendam

⁵² Ver item 5.4.3.12 , pág. 223, e nota de rodapé 51, pág 223.

⁵³ Ver item 5.4.3.11 , pág 222.

novas linhas. A Concessionária do TAV Rio de Janeiro – Campinas tem como obrigação prover direito de passagem para novos serviços que se estabeleçam.

5.4.4 Divisão de Riscos

Na Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas, o Poder Concedente assume os riscos de: custos excedentes ambientais e disponibilidade do terreno; eventos causados por manifestações sociais prolongadas; interrupção do serviço público de energia; caso fortuito e força maior; fato do Príncipe; e fato da Administração.

Em linhas gerais, os principais riscos assumidos pela Concessionária são: condição de terreno e infraestrutura existente; projeto; construção; operação; receita; e riscos financeiros.

É importante lembrar que a Concessionária tem como participantes o Acionista Privado e a Empresa Pública Federal. Assim, todos os riscos imputados à Concessionária são transferidos ao investidor privado e à Administração Pública na proporção da participação acionária de cada um, salvo disposições contratuais específicas, como será apresentado adiante.

Os riscos explanados a seguir estão estabelecidos de forma bastante concisa no Edital de Concessão Nº 001/2010 (ANTT, 2010), mais especificamente na cláusula 24 - Alocação de Riscos, do Anexo 2 - Minuta de Contrato de Concessão para Exploração de Serviços Públicos de Transporte Ferroviário de passageiros por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222 (Rio de Janeiro - Campinas).

5.4.4.1 Riscos de Localização e Entorno

A Concessionária e o Poder Concedente dividem os riscos de localização e entorno.

O Poder Concedente arcará com os custos socioambientais para implantação que ultrapassem o valor de R\$ 1.135.000.000,00 (um bilhão e cento e trinta e cinco milhões de reais).

A Concessionária terá que dispender os valores até esse limite e assumir os riscos decorrentes da operação, incluindo a obtenção de licenças, permissões e

autorizações, a responsabilidade pelo passivo ambiental e a responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes de suas ações.

Os riscos de disponibilidade do terreno são assumidos de forma limitada pela Concessionária, assumindo a sua parcela de custos até o limite do traçado proposto, caso ele seja igual ou superior ao traçado de referência. O Poder Público assume os riscos decorrentes caso o traçado referencial seja revisado acima do traçado proposto, ou de sua parcela percentual caso seja inferior.⁵⁴

5.4.4.2 *Riscos de Projeto e Construção*

Os riscos de Projeto, Sobrecustos de Construção, Atrasos de Construção e de Desempenho são assumidos pela Concessionária. São especificados no contrato (ANTT, 2010):

- Atraso no cumprimento dos cronogramas previstos;
- Riscos decorrentes da Metodologia de Execução e do Projeto Executivo;
- Riscos decorrentes da Tecnologia empregada;
- Prazos, custos e obrigações decorrentes da construção das linhas de transmissão e distribuição de energia da rede pública e das subestações, excetuada a obtenção das licenças ambientais prévias; e
- Vícios ocultos dos bens construídos, adquiridos, arrendados ou locados pela Concessionária.

⁵⁴ Estes dispositivos são necessários, pois o Poder Concedente se comprometeu a apresentar uma reavaliação do traçado de referência ("Valor da Reavaliação do Traçado Referencial), que pode alterar os custos de desapropriação. (ANTT, 2010)

5.4.4.3 *Riscos de Operação*

A Concessionária assume todos os riscos de Sobrecustos Operacionais, Disponibilidade Operacional, Qualidade dos Serviços e de Acidentes. Entre os riscos indicados pelo edital, estão relacionados:

- Custos excedentes relacionados aos trabalhos e aos serviços objeto da Concessão;
- Contratação e aquisição da energia elétrica;
- Risco de insuficiência ou aumento dos custos relacionados ao fornecimento de energia elétrica;
- Prejuízos causados a terceiros no exercício das atividades abrangidas pela Concessão;
- Perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos bens da concessão; e
- Riscos que possam ser objeto de cobertura de seguros, mas que deixem de sê-lo como resultado direto ou indireto de ação ou omissão da Concessionária.

Única exceção é feita no caso de “interrupção do fornecimento de energia elétrica por falha no sistema [...] que não seja de responsabilidade da Concessionária ou de seu fornecedor, ou que não pudesse ser evitada pelo seu comportamento” (ANTT, 2010), na qual o Poder Público assume o risco.

5.4.4.4 *Riscos de Receita*

São atribuídos exclusivamente à Concessionária os riscos de demanda e de concorrência, no caso da quantidade de passageiros ocorrer fora das projeções da proposta, ou aquelas divulgadas pela ANTT. Igualmente assume os riscos sobre os descontos ou práticas sobre serviços diferenciados nas tarifas.

O Poder Concedente apenas assume os riscos de receita decorrentes de “decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de

cobrar a Tarifa de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão". (ANTT, 2010).

5.4.4.5 *Riscos Financeiros*

Os riscos financeiros são assumidos pela Concessionária, incluindo risco cambial e de inflação. A Tarifa-Teto tem seu valor reajustado anualmente com base no IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

O risco de indisponibilidade de financiamento e de taxa de juros é assumido pelo Poder Público através da oferta prévia de financiamento através de instituição financeira federal⁵⁵.

Os proponentes devem declarar expressamente sua capacidade de obter recursos financeiros. É exigida garantia de proposta no valor de R\$ 340,0 milhões para poder participar do leilão e uma comprovação do valor do patrimônio líquido de, no mínimo, R\$ 10,0 bilhões para qualificação econômico-financeira.

5.4.4.6 *Riscos de Caso Fortuito e Força Maior*

A Concessionária assume de forma limitada riscos de caso fortuito e força maior.

Riscos de "manifestações sociais ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato" (ANTT, 2010) são assumidos pela Concessionária por um tempo limitado. Ao exceder os prazos determinados no contrato, o risco é assumido pelo Poder Concedente.

Fatos advindos de caso fortuito e força maior são assumidos pelo Poder Concedente, exceto aqueles fatos que possam ser objeto de "cobertura de seguros oferecidos para projetos a serem implantados no Brasil, em condições normais de mercado, à época de sua ocorrência" (ANTT, 2010).

⁵⁵ Ver item 5.4.2.2 , pág. 210.

5.4.4.7 Riscos sobre os Ativos

O risco do valor residual dos ativos é da Concessionária, que deve restituir à União todos os ativos com vida útil e desempenho estipulado pelo edital.

O risco de obsolescência tecnológica ao final do contrato de concessão é do Poder Público, que inclusive recebe os direitos sobre a tecnologia do Trem de Alta Velocidade através da Empresa Pública Federal para utilização em outros possíveis projetos.

5.4.4.8 Riscos de Inadimplência e Interrupção do Contrato

O Poder Concedente assume expressamente os riscos do descumprimento de suas obrigações contratuais ou regulamentares, inclusive quanto a prazos previstos neste Contrato e legislação vigente. Essa declaração expressa é importante, pois decorre no direito de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Com a inadimplência do Poder Concedente de suas responsabilidades contratuais, a Concessionária poderá rescindir o contrato, através de ação judicial, permanecendo a ressalva que o serviço poderá ser paralisado apenas 20 (vinte) dias decorridos do trânsito em julgado da rescisão.

No caso de encampação, o Poder Público deve indenizar a Concessionária anteriormente. No caso de anulação, a Concessionária terá direito a indenização "se a ilegalidade for imputável apenas à própria ANTT" (ANTT, 2010).

No caso de inadimplência da Concessionária, dispositivos da minuta do contrato estabelecem procedimentos de intervenção (cláusula 29), caducidade (cláusula 33), ou caso de falência e extinção da Concessionária.

5.4.4.9 Riscos Institucionais, Legais e Políticos

Os riscos de fato do Príncipe e fato da Administração são assumidos pelo Poder Concedente.

De modo específico, o edital dispõe que cabe a esse assumir “custos adicionais ou prejuízos decorrentes de atrasos causados pelo Poder Concedente na emissão de autorizações ou na execução de atos que sejam de sua responsabilidade” (ANTT, 2010).

Em seguida, a Administração Pública também se responsabiliza por alterações legislativas, de regulamentação, incluindo aquelas tributárias, excetuada legislação dos impostos sobre a renda. Esta exceção mencionada é risco assumido pela Concessionária.

O risco de intervenção política também é tratado no contrato, pois a encampação da Concessionária é prevista apenas mediante autorização legislativa, mitigando o risco de arbitrariedade do Poder Executivo. Caso isso ocorra, há responsabilidade do Poder Público em indenizar a Concessionária.

5.4.5 Análise dos Resultados

5.4.5.1 Estágio da concessão

O projeto do Governo Federal não encontra precedentes no Brasil em termos dos desafios. Ao mesmo tempo significa uma das maiores obras de infraestrutura da história, a alavancagem do projeto num período de 40 anos e a implantação de uma tecnologia inédita no País.

Entre as dificuldades, deve-se lembrar outros pontos. As receitas tarifárias projetadas são advindas de uma demanda com meios substitutos concorrentes de transporte. A intervenção das obras ocorrerá em áreas de grandes desafios ambientais e geológicos a serem mitigados. Outra questão é a estruturação financeira, que demanda uma participação privada mínima prevista em R\$ 7 bilhões⁵⁶.

⁵⁶ Ver item 5.4.2.2 , pág. 210.

O edital, datado de 13 de julho de 2010 (ANTT, 2010), prevê o recebimento de propostas dos interessados em sessão no dia 29 de novembro de 2010, data posterior à conclusão deste trabalho.

5.4.5.2 *Legalidade e atendimento aos requisitos formais*

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem acompanhado desde o ano de 2006 o desenvolvimento deste projeto, concluindo pela sua aprovação com ressalvas em Acórdão (TCU, 2010) do dia 30 de junho de 2010.

Na primeira etapa, em 2006, o TCU considerou que os estudos tinham nível de detalhamento insuficiente para um Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica, questionando diversos aspectos do projeto proposto. Os principais estudos prévios exigidos pelo TCU e apresentados oportunamente pela ANTT estão presentes no seguinte trecho do acórdão:

40. Vale destacar que o projeto atual, além da atualização e do aprimoramento dos estudos apresentados, incorporou, em sua essência, as principais disposições apresentadas no Acórdão nº693/2007 – TCU – Plenário, dentre as quais, pode-se citar:

a) apresentação de cópia da proposta econômico-financeira do licitante vencedor e dos correspondentes anexos, inclusive em meio magnético, em que conste, no mínimo:

- demanda de passageiros projetada, bem como as premissas utilizadas;
- discriminação de todas as receitas esperadas;
- discriminação e cronograma econômico-financeiro dos investimentos e dos custos operacionais;
- fluxo de caixa estimado com a demonstração da taxa interna de retorno, ou de qualquer outro parâmetro que se destine a aferir o equilíbrio econômico-financeiro da concessão;

b) fixação de diretrizes técnicas mínimas ou gerais para a concessão a serem observadas pelo licitante vencedor, em conformidade com os estudos de viabilidade, contendo, pelo menos:

- a descrição do traçado da linha;
- os requisitos operacionais;
- os sistemas a serem adotados;
- as normas e planos de segurança e de prevenção de acidentes; e

- os índices de desempenho e os padrões de qualidade na prestação do serviço.

(TCU, 2010)

Assim, entendeu o TCU à época, que os estudos prévios não eram suficientes para que o Governo pudesse licitar a concessão, além de levantar questões em relação à divisão de riscos, garantias e receitas extraordinárias.

Após novo avanço nos estudos e a realização de diversas audiências públicas em 2010, foram retomadas as análises pelo TCU com maior intensidade.

O TCU aprovou as definições de localização das estações, avaliada como ato “discricionário, razoável e compatível com o Plano Nacional de Viação”. Também foi aprovado o prazo de concessão e solicitada a inclusão de alguns detalhamentos e exigências técnicas.

Ao mesmo tempo, foi solicitada exclusão de exigência simultânea de capital social ou patrimônio líquido mínimo da licitante e de prestação de garantia de proposta⁵⁷.

O Tribunal elaborou diversos questionamentos e estudos que resultaram na alteração da previsão de investimentos de R\$ 34,6 bilhões para R\$ 33,1 bilhões.

A principal ressalva do TCU permaneceu sendo a falta de detalhamento do projeto, com destaque à suposta insuficiência dos estudos geotécnicos, mas encaminhando o seu parecer favorável com diversas sugestões pontuais, acolhidas no edital apresentado aqui.

⁵⁷ Foi considerada uma exigência duplicada, conforme acórdão do TCU (2010) “a exigência cumulativa de capital social ou patrimônio líquido mínimo, juntamente com a garantia de participação e na mesma fase procedimental do certame, contraria dispositivos legais vigentes”. O Edital atual permanece exigindo garantia de proposta para participação e comprovação de patrimônio líquido mínimo na fase de qualificação.

5.4.5.3 Análise de Valor da Concessão

Não foram realizados estudos *Value for Money* (VFM) e *Public Sector Comparator* (PSC). Conforme documento do TCU (2010), foram realizados apenas estudos que permitiram a avaliação do empreendimento (*project finance*) sob a ótica da remuneração do projeto. Também não foram divulgados os estudos dos benefícios sociais do empreendimento⁵⁸.

A taxa de desconto utilizada para determinação da tarifa-teto foi de 6,32% ao ano, considerada compatível para projetos de infraestrutura pelo TCU. Parece ser um referencial inicial baixo para um projeto licitado por menor tarifa e que possui grandes riscos, comparado a outras concessões em operação apresentadas anteriormente nesta pesquisa. Porém, os baixos juros de empréstimos oferecidos pelo Governo Federal para este projeto são uma justificativa razoável para um padrão de remuneração menor.

Sob a ótica da Concessionária, entende-se como coerente a assunção dos riscos de projeto, construção e operação. A contribuição do Poder Concedente em limitar os riscos ambientais e de desapropriações transferidos à Concessionária também é positiva ao negócio.

Reservam-se, no então, dúvidas quanto à transferência do risco de receita à Concessionária⁵⁹. A liberdade tarifária, respeitada a tarifa-teto, e a possibilidade de oferecer um serviço parcial diferenciado mais caro permitem alguma capacidade de disputa pela demanda com as demais alternativas de transporte.

Mas a demanda de uma ligação tão importante é, sem dúvida, derivada de condições macroeconômicas, que estimulam as viagens regionais no importante eixo econômico Rio de Janeiro, São Paulo – Campinas.

⁵⁸ Considera-se premissa básica para a implantação de qualquer projeto o resultado social positivo numa análise econômica de benefícios e custos. Esse tipo de estudos não é objeto desta tese. Ressalta-se, no entanto, que têm sido levantados muitos questionamentos sobre a decisão política de implantar o projeto. Por exemplo, como relatado em declaração de voto no Acórdão do TCU (2010).

⁵⁹ Lacerda (2008) fez um levantamento sobre todos os sistemas de TAV existentes. O autor aponta tanto na Coréia do Sul (1997), como em Taiwan (2007), que são as duas experiências mundiais mais recentes, a demanda de passageiros transportados ficou bem abaixo das previsões iniciais.

A avaliação do investidor privado sobre riscos dessa natureza é sempre conservadora. Isso é agravado pelo fato da metodologia do estudo de demanda e os resultados obtidos serem bastante controversos, sofrendo diversas críticas (TCU, 2010).^{60, 61}.

O modelo de divisão de riscos, como um todo, é bem construído e detalhado pelo edital e compatível com a divisão de responsabilidades. Existe um potencial de ganho pela liberdade de projeto.

Mesmo sendo uma concessão comum, regida pela Lei 8.987/95, o edital incorporou práticas inovadas pelos modelos de Parceria Público-Privada como, por exemplo, a existência de contragarantias ao financiador, a remuneração associada a indicadores de desempenho e uma detalhada divisão de riscos.

Isso impõe um limite claro e muito positivo ao conceito geral que “a concessão comum é por conta e risco da Concessionária”, o que não significa assunção geral e irrestrita dos riscos.

Através desse contrato, o Poder Concedente participa dos investimentos, sem que seja através do mecanismo de contraprestação definido pela Lei 11.079/04.

Analisando em profundidade, o modelo estabelecido para a Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas é um modelo de parceria de *Joint Venture* entre o parceiro público e o parceiro privado. A Administração Pública é o Poder Concedente e faz parte da Concessionária, que estabelece um contrato de acionistas com um sócio privado escolhido através de licitação pública.

⁶⁰ Segundo auditoria do TCU (2010), o método de aplicação da Pesquisa de Preferência Declarada induziu uma avaliação artificialmente positiva no projeto.

⁶¹ O autor considera que: (a) Caso seja verdadeira a denuncia do TCU, o estudo de demanda apresentado pode estar com suas projeções comprometidas, pois determinaria um nível de captura da demanda mais alto em relação aos demais modos; (b) A existência do novo serviço TAV induz um número maior de viagens que o existente hoje, porém é discutível a quantificação. Parece otimista o aumento no fluxo de demanda estimado na ligação expressa, dobrando a demanda com a introdução do serviço além de um crescimento de 6% a 4% até 2044; e (c) O estudo para esse tipo de serviço deve estar baseado em um estudo de elasticidade da demanda pela tarifa, para determinação do potencial de receita máxima. Os estudos de demanda só podem ser avaliados com a indicação dos resultados deste modelo.

A efetiva parceria através do acordo de acionista, da minuta de contrato e do edital (ANTT, 2010) vai além do tradicional modelo "Poder Concedente X Concessionária Privada", introduzindo um modelo formado pelo Poder Público Concedente, um Acionista Privado, uma Empresa Pública Federal e um Financiador Público, estes três últimos formando a Concessionária.

E é justamente nas regras inovadoras de formação de capital que reside o maior risco dessa parceria para o TAV Rio de Janeiro – Campinas. Antes de tudo, deve-se observar o desequilíbrio de forças: a empresa privada que se interessar deve honrar todo o sobrecusto de um projeto que terá a União como Poder Concedente, acionista e financiadora.

Em seguida, quanto maiores forem os investimentos⁶², menor a participação societária do parceiro público. Assim, o sobrecusto de investimentos resulta numa participação menor do Poder Público e, por consequência, uma menor associação aos riscos totais do negócio.

Assim, quanto mais o projeto se afasta das hipóteses iniciais para uma posição de maior exposição financeira, mais o Estado estará se afastando dos riscos e deixando ao empreendedor privado a obrigação de recuperar o negócio.

Para ilustrar melhor, é importante entender o destino das receitas operacionais do projeto⁶³. Em primeiro lugar, obviamente, as receitas devem pagar o custeio da Concessionária. Em seguida, deve ser honrada a dívida do financiamento. Apenas o excedente a essas parcelas que será distribuído como dividendos, na proporção da participação dos acionistas na Concessionária.

Se a operação dos serviços remunerar o capital de acordo com as expectativas favoráveis, o parceiro privado que correu o risco de sobrecustos receberá apenas a sua parte. Porém, tem-se que essa participação privada será menor, quanto mais eficiente for a administração do projeto e dos investimentos.

⁶² Deve-se ressaltar que os sobrecustos nas obras e fornecimentos em projetos de Trens de Alta Velocidade têm sido verificados como, por exemplo, no caso da Coréia do Sul em 1997, aonde o custo total chegou quase ao dobro dos US\$ 18 bilhões orçados inicialmente (LACERDA, 2008).

⁶³ Lembrando que o risco de receita é totalmente assumido pela Concessionária, formada pelo Acionista Privado e pela Empresa Pública, como visto anteriormente.

Caso o lucro seja inferior ao resultado esperado no plano de negócios, a única alternativa que resta ao investidor privado é refinarciar as parcelas à baixa taxa de juros baixa oferecida pelo Financiador Público⁶⁴, para buscar uma melhor remuneração do capital do acionista.

Se as receitas, no entanto, forem inferiores ao necessário para pagar o serviço da dívida, de nada adiantará o seu refinanciamento sendo o investidor privado responsável por dar continuidade ao projeto sob pena de ver executada a garantia de execução contratual. Nessa situação, o Acionista Privado estará trabalhando para honrar os compromissos com o Financiador Público.

O que emerge do modelo é que apesar da Administração Pública compartilhar todos os riscos do projeto ao promover uma *Joint Venture*, os mecanismos contratuais levam ao agravamento da situação do parceiro privado nas situações adversas, ao contrário do que seria esperado de um empreendimento em efetiva parceria.

Assim, a forma com a qual a União definiu sua participação de capital e como acionista na Concessionária deve tornar muito difícil a efetiva participação de empreendedores privados na licitação frente aos riscos de receita associados ao projeto.

⁶⁴ As condições de financiamento propostas permitem com que a amortização do empréstimo seja feita de acordo com o fluxo de caixa operacional do projeto, limitado apenas à sua liquidação em 25 anos.

5.5 Síntese dos Atributos dos Projetos Selecionados

Nos itens anteriores deste Capítulo, a análise de cada projeto foi feita apenas de forma singular.

É apresentada a seguir uma análise sistêmica dos quatro projetos de concessões, com base no método nesta pesquisa. O objetivo desta síntese é o avanço numa discussão conjunta dos aspectos mais relevantes.

Para isso, são resumidos e avaliados os aspectos de **transferência de obrigações, divisão de riscos, instrumentos de qualidade e da análise de elegibilidade e legalidade** dos projetos.

5.5.1 Síntese da Transferência de Obrigações nos Projetos Selecionados

Os quatro projetos selecionados para análise possuem características distintas de objeto e de obrigações transferidas ao setor privado.

A Concessão Patrocinada da Linha 4 constitui-se no projeto e fornecimento do material rodante e sistemas de controle, bem como a operação e manutenção de uma linha de metrô, que foi projetada e construída pelo Estado.

O Rodoanel Oeste configura-se como a Concessão Comum de uma obra projetada e construída integralmente pelo Poder Público, assumida para exploração e conservação, com investimentos de ampliação de menor relevância frente ao projeto como um todo.

A Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 estabelece as obrigações de assumir e reabilitar uma frota antiga, projetar e fornecer a ampliação, e manter os trens por um contrato de longo prazo, sem assumir contudo a operação.

O Trem de Alta Velocidade Rio de Janeiro – Campinas, por sua vez, é o desenvolvimento completo, envolvendo projetar, construir, operar e manter um sistema de alta velocidade por conta de uma Concessionária constituída por um acionista público e um privado.

Apresenta-se no quadro a seguir o resumo das obrigações transferidas às Concessionárias nos projetos selecionados.

Quadro 8 – Resumo de Obrigações Transferidas às Concessionárias nos Projetos Selecionados

	Concessão Patrocinada da Linha 4	Concessão Comum do Rodoanel Oeste	Concessão Administrativa da Frota da Linha 8	Concessão do TAV Rio de Janeiro - Campinas
Concepção	Projetar		Projetar	Projetar
Viabilização	Financiar	Financiar	Financiar	Financiar
Provisão	Construir Ampliar	Arrendar Ampliar	Reabilitar Ampliar	Construir
Operação	Operar Manter	Operar Manter	Manter	Operar Manter
Conclusão	Transferir	Transferir	Transferir	Transferir

O único projeto que não recebe a operação é a Concessão Administrativa da Frota da Linha 8, ficando apenas com o serviço de manutenção. Nos empreendimentos da Linha 4 e do TAV Rio de Janeiro – Campinas, a operação tem fundamental relevância na concepção da parceria. No Rodoanel Oeste tem importância relativa, pois a manutenção é a atividade mais importante.

Em todos os projetos a iniciativa privada deve financiar suas próprias obrigações e reverter os bens ao Poder Público no término da concessão. Este é um retrato claro das motivações que fomentaram o desenvolvimento do modelo de concessões e PPP no Brasil⁶⁵. Com orçamentos muito comprometidos com custos e endividamentos, falta ao Estado capacidade para investir diretamente em infraestrutura.

⁶⁵ Ver item 3.4 , pág. 47.

Entretanto, a Concessão Comum do Rodoanel Oeste não está financiando a própria infraestrutura. Está financiando o Estado, através de um ônus de pagamento pela outorga da concessão. Isso quer dizer que, caso o Governo do Estado de São Paulo utilizasse a verba obtida com esta concessão para qualquer finalidade que não a promoção de uma nova infraestrutura, o efeito do projeto seria contrário, indisponibilizando um ativo do Estado em troca do custeio.

Neste caso específico, é de notória divulgação que o Estado investiria nos novos trechos do Rodoanel, em especial o Trecho Sul, inaugurado em 2010. Mas os valores obtidos pela outorga da Concessão Comum do Rodoanel Oeste não foram vinculados, caindo diretamente na conta do caixa único do Tesouro Público.

Nos demais projetos, que envolvem fornecimento de bens de grande relevância, deve-se destacar que o único empreendimento que realmente transfere à Concessionária a fase de concepção é a Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas. Nos outros dois empreendimentos, o Estado relegou ao privado apenas o detalhamento do projeto dos trens, com um sistema de transporte bastante determinado.

5.5.2 Síntese da Divisão de Riscos nos Projetos Selecionados

A análise seguinte faz-se a partir da divisão de riscos estabelecida nos quatro projetos selecionados.

Após a análise dos projetos, foi possível identificar que existem diferentes formas de assunção dos riscos. Quando um dos parceiros assume o risco de forma abrangente, tem-se:

- Pelo setor público, majoritariamente, quando condições, fatos ou ações permanecem sob responsabilidade da Administração Pública, que assume os riscos e compensa possíveis efeitos decorrentes;
- Pelo setor privado, majoritariamente, quando maior parcela da responsabilidade é transferida ao setor privado, inclusive absorvendo possíveis perdas no negócio;

Existem situações em que o risco permanece com ambos, podendo haver mecanismos de compartilhamento ou de separação de cada situação em contrato.

Assim, a divisão de risco pode ocorrer:

- De forma compartilhada, quando ambos concorrem juntos na responsabilidade de gerir ou assumir os efeitos dos riscos nas diversas situações;
- Por ambos separadamente, quando assumem os riscos em situações diferentes um do outro.

A seguir, o quadro de resumo aborda as principais modalidades de riscos estudadas, indicando simplificada e a forma de sua divisão entre o Poder Concedente e a empresa Concessionária.

Quadro 9 – Resumo da Repartição de Riscos nos Projetos Selecionados

	Concessão Patrocinada da Linha 4	Concessão Comum do Rodoanel Oeste	Concessão Administrativa da Frota da Linha 8	Concessão do TAV Rio de Janeiro - Campinas
Localização e Entorno	PC	PC	PC	PC
Projeto e Construção	PC, EC	PC	EC	EC
Operação	EC	EC	PC, EC	EC
Receita	Comp.	EC	PC	EC
Financeiros	Comp.	EC	EC	PC
Caso Fortuito e Força Maior	Comp.	Comp.	Comp.	PC
Sobre os Ativos	PC, EC	EC	PC, EC	PC, EC
Inadimplência e Interrupção do Contrato	PC, EC	PC, EC	PC, EC	PC, EC
Institucionais, Legais e Políticos	PC	PC	PC	PC

Legenda: PC Assumido majoritariamente pelo Poder Concedente
 EC Assumido majoritariamente pela Empresa Concessionária
 Comp. Compartilhados por ambos
 PC, EC Assumido separadamente por ambos

O risco mais imediato de observar é o de receita, que está fortemente associado à modalidade da concessão. A Concessão Comum do Rodoanel e a Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas assumem esse risco de forma integral. Na Concessão Patrocinada da Linha 4, parte da receita é fixa através de contraprestação e o risco de demanda é compartilhado através de um sistema de faixas de proteção. Por último, na Concessão Administrativa da Frota da Linha 8, todo o risco de receita tarifária é do Poder Concedente.

Os riscos financeiros, hoje em dia, são transferidos ao setor privado, que usualmente tem a responsabilidade de financiar suas obrigações, como visto antes. No caso da Concessão Patrocinada da Linha 4, o risco cambial foi compartilhado pois, à época, os insumos importados diante de uma alta incerteza do valor do Real perante o Dólar, fariam o custo de *hedge* inviabilizar o negócio.

A exceção mais notável é a assunção dos riscos de financiamento pelo Poder Público no projeto do TAV Rio de Janeiro Campinas, devido a impossibilidade de utilizar apenas os mecanismos tradicionais privados para alavancar um projeto desse porte.

Os riscos de projeto, construção e operação estão fielmente atrelados, em todos os projetos, às obrigações assumidas. Ou seja, cada parceiro assume o risco sobre o cumprimento de suas obrigações nas condições previamente acordadas.

A mesma coerência, no entanto, não aparece sobre os riscos de localização e entorno. Como as obras civis de infraestrutura são de responsabilidade do parceiro público nas concessões da Linha 4 e do Rodoanel Oeste, o empreendedor privado recebe as áreas já implantadas e licenciadas.

Na Concessão da Frota da Linha 8, mesmo que as áreas já existam e estejam disponíveis, há a necessidade do convívio de dois operadores, um público e outro privado, nas áreas de oficina e operacionais, devendo ambos concorrer pela preservação e monitoramento do uso desses locais.

No caso do empreendimento do TAV Rio de Janeiro – Campinas, os custos ambientais e de desapropriações são assumidos pelo Poder Público a partir de um determinado valor. Mas caso a Concessionária proponha um projeto com maiores custos de desapropriações que a referência inicial, ela passa a se responsabilizar.

Especificamente em relação aos riscos ambientais, percebe-se que, mesmo quando a obrigação e o risco de projeto são transferidos à empresa Concessionária, o setor privado ainda detém grande aversão a assumir esse risco.

A capacitação técnica disponível no setor privado e a correlação evidente entre o projeto e as soluções ambientais fariam crer que esses riscos deveriam estar sempre associados. O que se percebe, no entanto, é que os órgãos ambientais

oferecem tratamento diferenciado quando quem solicita a licença é o próprio Governo, ainda mais quando ambos são autarquias do mesmo ente federativo.

Criou-se um consenso que as exigências para emissão de licenças são maiores aos empreendedores privados. O que denota duas distorções. A primeira é existirem práticas técnicas e processuais subjetivas em vigor, no qual só deveria haver critérios e normas técnicas para licenciamento ambiental. O outro ponto é a falta de entendimento que uma concessão não desnatura o caráter público e, conseqüentemente, de interesse social da atividade.

Os riscos sobre os ativos têm recebido tratamento similar nos diversos casos. A Concessionária assume o risco de valor residual, pois os contratos estipulam condições de desempenho e vida útil dos bens no momento da reversão. Mas nenhum dos projetos estudados exige uma renovação tecnológica. Especialmente nos três casos ferroviários isso é correto, pois os prazos são compatíveis com o período mínimo de vida útil esperado de um material rodante e uma renovação tecnológica precoce não faria sentido econômico.

Os riscos de inadimplência e interrupção do contrato também tem tratamento homogêneo entre os casos, em suma, responsabilizando pelos prejuízos a parte que der causa.

Teve também tratamento adequado, nos quatro projetos, o conjunto de riscos institucionais, legais e políticos, sendo assumidos pela Administração Pública. A alteração na legislação tributária (exceto imposto de renda), por exemplo, é sempre citada como causa de recomposição de equilíbrio econômico financeiro nos editais.

A divisão dos riscos nas situações de caso fortuito e força maior é discutida nos quatro projetos analisados⁶⁶. É notável, no entanto, a dificuldade em prever o efeito da repartição proposta nos casos da Linha 4, da Frota da Linha 8 e do Rodoanel Oeste, que remete ao reequilíbrio econômico do contrato ou simplesmente expurgam do privado a responsabilidade sobre esses eventos.

⁶⁶ No caso de Parcerias Público-Privadas, aparecem textualmente (Lei 11.079/04, art. 5, III). Deve constar dos contratos "a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do Príncipe e álea econômica extraordinária" (BRASIL, 2004).

Não fica claro, portanto, até que ponto o estado está efetivamente assumindo essas situações e irá reparar os custos gerados, fazendo crer que isso será decidido apenas diante da ocorrência concreta desses fatos. Na Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas, a questão é muito mais clara, transferindo apenas situações que podem ser securitizadas à Concessionária, com o Poder Público assumindo os demais casos.

5.5.3 Síntese dos Instrumentos de Qualidade nos Projetos Selecionados

Entre os projetos selecionados e apresentados, são identificados os instrumentos de qualidade que os modelos de concessão utilizaram. Foram empregadas quatro caracterizações dos instrumentos de qualidade:

- Instrumento de qualidade ou disposição contratual a respeito específica presente;
- Instrumento presente com parâmetro, indicador ou meta quantitativa a ser atingida;
- Instrumento parcialmente presente, especificações mínimas sem mecanismo de incentivo de melhoria, disposição contratual genérica ou sem resultado por seu descumprimento;
- Qualidade obtida por incentivo econômico do próprio operador devido ao modelo de concessão.

A divisão acima é útil, pois, além de verificar quais questões são tratadas, também será analisado o tipo de mecanismo adotado.

O quadro na página a seguir ilustra o resumo dos instrumentos de qualidade constantes nos quatro projetos selecionados: Concessão Patrocinada da Linha 4, Concessão Comum do Rodoanel Oeste, Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 e Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas.

Quadro 10 – Resumo dos Instrumentos de Qualidade dos Projetos Selecionados

	Concessão Patrocinada da Linha 4	Concessão Comum do Rodoanel Oeste	Concessão Administrativa da Frota da Linha 8	Concessão do TAV Rio de Janeiro - Campinas
Qualidade de projeto	/	O	/	\$
Garantia de fornecimento	X	X	X	X
Eficiência nos investimentos	\$	\$	\$	\$
Eficiência nos serviços	\$	\$	\$	\$
Qualidade dos bens	O	/	X (#)	X (#)
Qualidade dos serviços	X (#)	X	X (#)	X (#)
Oferta de serviços	X (#)	O	O	X (#)
Qualidade ambiental	O	/	O	X (#)
Segurança	X (#)	X	O	X (#)
Manutenção	X (#)	X (#)	X (#)	X (#)
Atualidade	O	O	O	X
Modicidade tarifária	O	X	O	X
Equilíbrio econ.-financeiro	X	X	X	X
Reversão dos bens	X (#)	X (#)	X (#)	X (#)
Igualdade	X	O	O	X
Continuidade	X	/	/	/
Universalidade	O	O	O	/

Legenda: X Instrumento ou disposição presente
 (#) Parâmetro ou meta quantitativa de resultado
 / Instrumento ou disposição parcialmente presente
 \$ Incentivo econômico do modelo
 O Instrumento ou disposição ausente

Ratificando o que já foi apontado sobre os projetos de concessão aqui estudados, os investimentos e serviços transferidos à Concessionária geram um modelo de incentivo privado pela eficiência na administração desses recursos.

A garantia de fornecimento é efetivada por vincular o início do direito de exploração à entrega dos investimentos, em todos os projetos analisados. Mesmo no Rodoanel isso ocorre, pois os investimentos nas praças de pedágio eram condicionantes da cobrança,

Nos casos das Concessões do Metrô e da CPTM, os projetos possuem diretrizes e normas técnicas, não existindo incentivo a melhorias adicionais. Na Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas, no entanto, existe muito maior liberdade para desenvolver o projeto, que deve ser melhorado por livre iniciativa do privado.

Os fatores de qualidade que apareceram consignados a indicadores de desempenho foram: qualidade dos bens, qualidade dos serviços, oferta de serviços e manutenção. O quesito reversão dos bens também aparece com destaque, com os quatro projetos indicando desempenho e vida útil dos bens ao final do prazo.

Medidas que também receberam destaque foram relacionadas aos aspectos de segurança. Os editais da Linha 4 e do TAV Rio de Janeiro – Campinas estabeleceram parâmetros numéricos de qualidade.

Apenas o modelo da Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas estabeleceu indicadores quantitativos para medida de qualidade ambiental.

Os quatro editais estabelecem situação de aplicação e, o que é mais importante, as formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A modicidade tarifária só foi objetivo em dois projetos, cujo critério de julgamento da licitação é a menor tarifa. A Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 não admite tarifa à Concessionária e a Concessão Patrocinada da Linha 4 tem como receita uma tarifa de remuneração diferente da tarifa paga pelo usuário.

Todos os serviços analisados possuem, obviamente, a obrigação da continuidade, sendo que apenas a Linha 4 oferece uma alternativa de fato à interrupção superveniente dos mesmos, que é a utilização da frota de ônibus que a Prefeitura de São Paulo utiliza em situações desse tipo.

A promoção da igualdade é colocada no tratamento dispensado aos usuários na Concessão da Linha 4. Também consta como norma contratual para projeto e prestação de serviço na Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas.

A universalidade não aparece nos projetos analisados de forma efetiva. Nem em abrangência territorial do acesso ao serviço, sequer em promover o efetivo usufruto por parcelas excluídas da população.

Nenhum dos projetos, tampouco, apresentou incentivo à ampliação da abrangência da oferta ao longo do contrato, além do previsto inicialmente. Pode-se explicar isso por serem grandes empreendimentos de infraestrutura, que foram dimensionados em função de previsões de cenário social e urbano.

Porém, como discutido anteriormente, o projeto do TAV Rio de Janeiro – Campinas oferece liberdade à Concessionária para praticar descontos. Somando-se isso à existência de concorrência com outros modos de transporte, pode-se criar prática promocional de tarifas, permitindo a inclusão de novos usuários no transporte desse eixo, à semelhança do que já ocorre no transporte aéreo.

5.5.4 Síntese da Avaliação de Elegibilidade e Legalidade nos Projetos Selecionados

Quanto aos aspectos de legalidade e atendimento aos requisitos formais, como os projetos selecionados encontram contratados, ou em estágio avançado de discussões, percebe-se que já estão em atendimento às normas.

A primeira PPP do Estado de São Paulo levantou muitos questionamentos no Tribunal de Contas do Estado⁶⁷. O projeto do TAV Rio de Janeiro – Campinas também enfrentou uma fiscalização intensa do Tribunal de Contas da União⁶⁸.

⁶⁷ Ver item 5.1.5.2, pág. 160.

⁶⁸ Ver item 5.4.5.2, pág. 233.

Foram levantadas, por esses tribunais, questões específicas de cada projeto, como valor de investimentos, detalhamento de projetos ou estimativa de demanda. Mas também houve discussão acerca, por exemplo, da validade do modelo de PPP em São Paulo frente à Constituição Estadual. Assim, a abertura de alternativas que representou a introdução da Lei 11.079/04, trouxe consigo uma série de dúvidas que serão ainda discutidas nas diferentes esferas de poder.

O quadro a seguir apresenta um estudo da conjuntura dos projetos, dos estudos e condições que antecederam as contratações.

Quadro 11 – Resumo dos Estudos Prévios e Situação dos Projetos Seleccionados

	Concessão Patrocinada da Linha 4	Concessão Comum do Rodoanel Oeste	Concessão Administrativa da Frota da Linha 8	Concessão do TAV Rio de Janeiro - Campinas
<i>Public Sector Comparator</i>	Não realizado	Não realizado	Não realizado	Não realizado
<i>Value for Money</i>	Não realizado	Não realizado	Não realizado	Não realizado
Requisitos Formais	Atendidos. Questionamentos TCE-SP	Atendidos.	Atendidos.	Atendidos, Questionamentos TCU
Situação	Contratado, operando.	Contratado, operando.	Contratado.	Em licitação

Os projetos estudados não tiveram divulgados estudos de valor das concessões (*Value for Money*) nem comparação com o projeto sendo realizado diretamente pela Administração Pública (*Public Sector Comparator*).

Apenas foram divulgados estudos, ou elementos de subsídio, para avaliação do empreendimento sob a ótica privada (*Project Finance*).

As análises de valor realizadas em cada projeto foram focadas em aspectos qualitativos, principalmente da divisão de riscos.

Ficou claramente exposto que o projeto de Concessão Patrocinada da Linha 4, por tudo que foi visto e comparado até aqui, teve um conjunto de proteções maiores, com o Estado assumindo mais riscos. Mas a comparação deve ser contextualizada,

repetindo o que foi dito em outro ponto desta tese⁶⁹. A forma de contrato inédita, a maior incerteza macroeconômica e a escassez de recursos públicos foram contornados com um modelo que oferecia maior segurança e rentabilidade.

Evidencia-se que as quatro concessões apresentadas neste trabalho detêm qualidades que tomam os empreendimentos concedidos mais eficientes do que a iniciativa pública pura do ponto de vista dos investimentos e custos operacionais.

Através de uma avaliação mais detalhada, contudo, não se pode afirmar que cada projeto apresentou a melhor solução, por exemplo, quando impôs ao particular o custo de assumir o risco de demanda.

Por essas razões que se propõe aqui que os modelos de parcerias de infraestrutura e serviços públicos incorporem entre os estudos prévios à licitação, análise de valor frente à comparação do empreendimento público (*Public Sector Comparator*).

⁶⁹ Ver item 5.1.5.3, pág. 162.

6 CONCLUSÕES

O modelo de outorga de concessões possui hoje notoriedade proporcional ao desafio da ampliação da infraestrutura e dos serviços públicos no País. A sociedade brasileira anseia pelo desenvolvimento, enquanto o Estado não tem estrutura financeira e gerencial para suprir com o ritmo esperado a implantação dos novos projetos.

Neste contexto, a iniciativa privada tem sido a protagonista dos investimentos de interesse social, ficando o Poder Público relegado à função de promover Parcerias com o este setor.

No entanto, as concessões parecem ter sido adotadas no País através de um processo de aprendizado empírico, cabendo a cada novo projeto ajustar sua estrutura, observando acertos e erros das experiências passadas.

O surgimento da Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP) em 2004 (Lei 11.079/04) representou uma evolução no modelo de concessões de 1995 (Lei 8.987/95), ampliando as formas para as parcerias entre o Governo e empresas privadas. Juntamente, surgiu o desafio de compreender como utilizar esse novo modelo.

O objetivo desta pesquisa foi trazer a contribuição teórica da Engenharia de Transportes no estudo dos atributos das parcerias de infraestrutura e serviços públicos de transporte.

Neste enfoque, foi estabelecido um panorama do estado da arte nos estudos sobre Parcerias em diversos países e estabelecida uma sistemática de análise, aplicada a quatro casos selecionados.

Os estudos realizados nesta pesquisa concluíram na proposta de um método para sistematizar a teoria, com objetivo de auxiliar na análise de elegibilidade e estruturação dos modelos de concessão.

A análise de casos selecionados foi realizada para comparar e compreender os reflexos das diferentes alternativas de divisão de obrigações, riscos e adoção de instrumentos de qualidade, extraindo suas experiências.

Os empreendimentos avaliados neste trabalho apresentam uma curva de aprendizagem dos Poderes Concedentes e dos órgãos de fiscalização, como os Tribunais de Contas. Mas muitas questões, porém, permanecem em aberto.

As sínteses desenvolvidas no final Capítulo 5 permitem observar os reflexos desse evidente empirismo, até então predominante nas modelagens de concessão.

Acredita-se que este trabalho de pesquisa contribui para difundir e aprimorar as ferramentas conceituais para a análise da elegibilidade e da estruturação de concessões de serviços e obras de transporte, com particular enfoque no cenário estabelecido após o instituto das Parcerias Público-Privadas.

6.1 Alteração no Perfil dos Empreendimentos Públicos com a Lei de PPP

Novos tipos de projetos são possíveis após a edição da Lei 11.079/04, das Parcerias Público-Privadas. Em conceito, isso é evidente pela abertura de um marco legal que ampliou as espécies de concessão. Além da concessão comum, possibilita-se a contratação das concessões patrocinada e administrativa.

Antes do novo marco, os projetos de concessões no setor de transporte eram usualmente limitados à operação de transporte coletivo por ônibus e à manutenção de rodovias.

Nos tradicionais contratos de operação de transporte coletivo por ônibus, o investimento é menor e mais fragmentado, sendo remunerado pela própria tarifa paga pelo usuário, e sem haver reversão de bens ao Estado. Em essência, apenas a responsabilidade de operar é outorgada. Os riscos são assumidos integralmente pela Concessionária. Os instrumentos de qualidade, em geral, são estabelecidos em edital ou por regulamentos, mas são de baixa eficácia.

As concessões de manutenção e ampliação de rodovias, por sua vez, são contratos que exigem investimentos em ativos, mas limitados à capacidade de financiamento pela tarifa do usuário. Os riscos são amplamente assumidos pelo operador privado. Em muitos casos, os investimentos são reavaliados no decorrer dos contratos, conforme estudos de tráfego e a receita auferida. Os instrumentos de qualidade também têm foco limitado nas condições físicas da infraestrutura.

Neste cenário, os benefícios econômico-sociais de grandes investimentos em infraestrutura ficaram aguardando, em ritmo lento, a disponibilidade de recursos para investimentos diretos pela Administração Pública.

Quando as concessões patrocinada e administrativa foram estabelecidas no Brasil, abriram-se novas oportunidades.

Algumas vezes, observa-se o mecanismo de PPP apenas como uma forma de subsídio de um serviço público ou o financiamento de uma obra pública. A disponibilidade do capital privado, ainda que importante, é apenas um dos fatores de sucesso das PPP. À medida que se alocam obrigações e riscos adequadamente e se criam mecanismos eficientes de gestão da qualidade, o Estado combina os melhores interesses públicos com a eficiência e eficácia da iniciativa privada.

As concessões patrocinada e administrativa inovam ao permitir a participação privada em empreendimentos que não seriam atrativos com a assunção completa de riscos pelo particular. A ampliação do conjunto de projetos de infraestrutura e serviços públicos que podem ser feitos através de parcerias, depois do advento das PPP, comprova que o instituto de 2004 é um mecanismo oportuno para o desenvolvimento nacional.

6.2 O Risco de Demanda em Concessões de Transporte

A demanda por transporte é um reflexo das atividades sociais e econômicas. Ela é influenciada por aspectos de uso e ocupação do solo, demográficos, econômicos e até mesmo de costumes. O transporte não é um objeto de consumo, mas um meio de acesso a habitação, trabalho, bens e serviços⁷⁰.

Neste ponto deve-se destacar a grande contribuição da **Engenharia de Transportes** nos estudos de concessões, que provê ferramentas teóricas

⁷⁰ Incluindo o acesso aos demais serviços públicos. Não é por outra razão que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) define o transporte coletivo municipal como serviço público essencial (CF/88, art. 30, inciso V).

consagradas para as avaliações de demanda, planejamento, organização e projeto dos empreendimentos de serviços e obras públicas de Transporte.

Os fatores que definem a escolha do modo de viagem envolvem, principalmente, o custo, o tempo, a qualidade e a confiabilidade do transporte ofertado. Mas esses fatores são muito mais determinados pelo sistema e tecnologia adotados do que pela gestão da operação. Ou seja, um sistema de ônibus urbano não terá o desempenho de metrô. Nem o transporte rodoviário, a velocidade do modo aéreo.

Os operadores de transporte coletivo normalmente têm capacidade muito limitada de influenciar a demanda de deslocamentos.

As concessões tradicionais de sistemas de ônibus são um bom exemplo. A empresa de transporte assume o risco de demanda e apenas dimensiona e administra os investimentos (frota) e a operação (oferta de viagens).

O compartilhamento do risco de demanda da Concessão Patrocinada da Linha 4 do Metrô-SP permitiu que o investidor privado participasse do empreendimento com um aporte substancial de investimentos.

O Governo do Estado de São Paulo, nos dois programas de concessões rodoviárias já implantados⁷¹, mitigou o risco de demanda ao evitar conceder eixos rodoviários concorrentes, licitando em conjunto, por exemplo, o Sistema Anhanguera-Bandeirantes e Anchieta-Imigrantes.

Apesar desse modelo estabelecer uma demanda cativa à Concessionária, não tem como este influenciar os aspectos principais que levam, em longo prazo, à alteração nos fluxos das rodovias. Este raciocínio é similar para a análise de risco de demanda da Concessão Comum Rodoanel Oeste.

O projeto de Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas, além de assumir os riscos da demanda entre as cidades atendidas, ainda terá pela frente a concorrência de outros modos de transporte. Dos projetos avaliados, esse é o que representa a maior incerteza da demanda prevista se realizar.

⁷¹ Chamados de "1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias", de 1997, e "2ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias", de 2008. Ambos estão sob regulação da ARTESP.

A Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 da CPTM, por sua vez, partiu para solução diametralmente oposta aos demais, retirando completamente o risco de demanda do parceiro privado. O setor público toma o serviço para si, mantendo a operação e o risco sobre a receita tarifária.

Num raciocínio lógico, na grande maioria dos casos, o Poder Público será o único capaz de interferir em grande escala na demanda por transporte, por exemplo:

- Promover a atividade econômica, o que historicamente aumenta o número de viagens;
- Alterar as tarifas públicas;
- Implantar projetos de transporte complementares ou concorrentes aos já estabelecidos; e
- Definir regras de circulação de veículos particulares e coletivos.

Conclui-se que as empresas privadas sempre vão cobrar mais caro para assumir esse risco do que o risco que isso representa ao Governo, pela impossibilidade destas intervirem nesses fatores.

O risco de demanda em concessões de infraestrutura e serviços públicos de transporte não encontra, ainda, uma solução consolidada. Mas fica claro que, na medida em que o Estado pretende estabelecer Parcerias que envolvam recursos cada vez maiores, haverá a necessidade crescente de se mitigar esse tipo de risco.

Antes das Parcerias Público-Privadas, a principal receita das Concessionárias era predominantemente advinda das tarifas. O que fazia com que as tarifas fossem a única fonte de financiamento dos contratos.

Mesmo com a abertura dos modelos de concessão patrocinada, tudo indica que o Poder Público ainda se interessa em utilizar as tarifas para remunerar investimentos.

Exceção feita à Concessão Administrativa contratada pela CPTM, os outros três empreendimentos analisados em detalhe nesta pesquisa, utilizaram a receita tarifária como forma de alavancar os investimentos.

Por isso, é urgente que se comprove o benefício econômico-social sobre cada projeto de concessão de transporte, sob dois aspectos:

- O benefício gerado pelos investimentos compensa o seu custo nas tarifas?
- O custo de assunção do risco de demanda pelo particular é mais eficiente que o Poder Público reter este risco para si?

É claro que todos os riscos apresentados nesta pesquisa merecem igual tratamento. Mas o risco de demanda permanece como o mais controverso em concessões de transporte.

6.3 Estudo de Valor Acrescido pelo Modelo de Concessão

Os projetos apresentados na pesquisa comprovam um avanço muito grande na capacidade do Poder Público empreender infraestrutura e serviços públicos de transporte no País, exatamente como preconizam os promotores dos modelos de Concessão e Parcerias Público-Privadas.

Os resultados alcançados pelo modelo de concessões em outros setores, como Telecomunicações e Saneamento, são também evidências da contribuição indispensável do setor privado nos empreendimentos públicos.

Porém, a ausência de recursos públicos não pode ser utilizada como motivação única na definição a favor do modelo de parceria. Os estudos prévios devem comprovar que a concessão é uma boa solução.

Na fase de estudo das parcerias, o Estado geralmente divulga o modelo de negócio para avaliar o empreendimento sob a ótica da Concessionária, realizado pela metodologia de fluxo de caixa descontado. Esta etapa é o mínimo a ser cumprido, para que se prove ao menos que aquilo que se quer licitar é viável e que haverá interessados na disputa.

Mas isso não tem relação com a avaliação que se propõe exigir, que é a obrigatoriedade de estudos econômicos (benefícios sociais) e de benefícios financeiros ao Estado (VFM e PSC).

Os projetos que recebem financiamento de bancos de fomento internacionais devem apresentar os estudos de benefícios econômico-sociais para obter os recursos pretendidos. A melhor prática exige que seja feito um estudo *ex ante*, no período de estudos, e um relatório *ex post*, demonstrando os resultados obtidos após decorrido um tempo da implantação. Todo projeto de infraestrutura e transporte público, feito por parceria ou não, só deve ser levado à diante caso apresente uma relação benefício-custo positiva.

Sob um enfoque da Economia, portanto, afirma-se que sempre deveriam ser aplicados métodos e divulgados resultados evidenciando que:

- Diante de uma análise econômica, o projeto traz benefícios sociais;
- O modelo de concessão acrescenta valor ao empreendimento;
- A estrutura contratual é uma solução ótima de eficiência dos recursos; e
- O projeto é atrativo à iniciativa privada.

Infelizmente depara-se como uma grande lacuna na prática habitual, que concentra-se apenas na última análise, como forma de justificar a exequibilidade dos projetos em concorrência.

O Autor entende que existe grande contribuição dos modelos de concessão ao desenvolvimento social. Ainda assim, deve sempre ser buscada a solução ótima para o empreendimento. E, do ponto de vista da estruturação do modelo de concessão, isso só pode ser perquirido através do cálculo *Value for Money* que envolva as alternativas de modelos de concessão e que se inclua, neste estudo, o empreendimento realizado pelo próprio Poder Público, o *Public Sector Comparator*.

6.4 Estrutura das Parcerias e as Espécies de Concessão

É de grande valia que o Direito Administrativo oriente a construção de estruturas eficientes das concessões de infraestrutura e serviços públicos de transporte, resguardando a segurança jurídica dos modelos contratuais concebidos.

A espécie de concessão adotada tem relação direta com a estrutura de obrigações e riscos de cada projeto. Do ponto de vista das receitas, na concessão comum a empresa privada será remunerada essencialmente pela arrecadação tarifária.

No modelo de concessão patrocinada, o Poder Concedente subvenciona parte do negócio através de uma contraprestação que complementa as tarifas auferidas. Na concessão administrativa, o Estado é o tomador direto dos serviços, pelo qual a Concessionária recebe apenas a contraprestação pecuniária.

Voltando aos exemplos dos casos estudados, no caso da Concessão Patrocinada da Linha 4, a divisão de riscos protegia a Concessionária parcialmente do risco de demanda. O impacto da contraprestação na receita total do projeto, no entanto, é pequeno⁷².

A Concessão Comum do Rodoanel Oeste teve como principal característica alavancar recursos ao Governo do Estado de São Paulo em curto prazo, para financiar o prosseguimento das obras do Rodoanel Sul.

Na Concessão Administrativa da Frota da Linha 8 da CPTM, a Concessionária não assume a operação, apenas fornecimento de bens e serviço acessório ao transporte. O modelo de concessão administrativa, se comparada à modalidade patrocinada é mais limitado e mais simples. O Estado toma o serviço para si, com regras bem definidas, sem que o Parceiro Privado preste o serviço aos usuários. Isso requer um custo de regulação e fiscalização menor e, em geral, envolverá menor risco.

Nesses três projetos, existe uma divisão clara de papéis entre o Poder Concedente e a Empresa Concessionária, com maior ou menor nível de obrigações e riscos transferidos ao particular.

⁷² Ver nota de rodapé 33, pág. 146.

Apesar da licitação ser de concessão comum, o modelo da Concessão do TAV Rio de Janeiro – Campinas é o mais sofisticado. Ele transcende o conceito de agência reguladora contratante e Concessionária contratada.

Neste projeto, a Administração Pública é Poder Concedente, mas também integra a Concessionária. E além do contrato de concessão com o Acionista Privado, assina um acordo de acionistas, enquanto Empresa Pública Federal sócia da Concessionária.

Este modelo de parceria por *Joint Venture* incorpora uma divisão de responsabilidades entre os acionistas Público e Privado, bem mais detalhada que os típicos contratos de concessão comum.

Este é o melhor exemplo para comprovar que a divisão de responsabilidades e o grau de alocação dos riscos das parcerias dependem muito mais da estrutura contratual elaborada do que uma simples escolha entre espécie de concessão.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABIKO, A.K.; ALMEIDA, M.A.P. **Indicadores de Qualidade de Serviços Públicos Urbanos através da Percepção de seus Consumidores**. Anais do II Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos. Outubro de 2001. São Paulo, SP: Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2001.
- ACIOLI, R.G. **Os Mecanismos de Financiamento das Ferrovias Brasileiras**. 2007. 181p. Dissertação (Mestrado). COPPE, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: 2007.
- ALCKMIN FILHO, G.J.R. "A gente aprende com os erros", diz Alckmin sobre suas derrotas. [entrevista a Vera Magalhães e Breno Costa]. *Folha de São Paulo*, São Paulo, SP, 08 mai 2010.
- ARAGÃO, J.J.G. *et al.* **Parcerias sociais para o desenvolvimento nacional e fatores críticos para o seu sucesso**, 160p. Natal, RN: EDUFRN Editora da UFRN, 2004.
- ARAÚJO, J.R.L.; COSTA JÚNIOR, M.M.C.; ALMEIDA, R.C. **Panorâmica. PPPs - Parcerias Público-Privadas**, pp.21-25 Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.
- ANTT - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Edital de Concessão Nº 001/2010**. Concessão para Exploração de Serviços Públicos de Transporte Ferroviário por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222. Edital e anexos. Brasília, DF: 2010.
- ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Licitação da Concessão do Trecho Oeste do Rodoanel Mário Covas**. 39p (Apresentação). São Paulo, SP: 05 nov 2007.
- ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Concorrência Pública Internacional - Edital Nº 001/2008**. Exploração, mediante concessão onerosa, do Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste, interligação entre os corredores de acesso à metrópole de São Paulo - SP-348; SP-330; SP-280; SP-270 e BR-116. Edital, anexos e demais documentos integrantes da licitação. São Paulo, SP: 2008.
- ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo - Trechos Sul e Leste do Rodoanel**. 38p (Apresentação). São Paulo, SP: 10 jan 2010.
- BING, L. *et al.* **The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK**. *International Journal of Project Management* 23. pp.25–35. 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 05 out 1988.

- BRASIL. Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 18 jul 1979.
- BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 18 fev 1967, retificado em 17 jul 1967.
- BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 27 out 1966, retificado em 31 out 1966.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 22 jun 1993.
- 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. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 14 fev 1995.
- 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. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 08 jul 1995.
- BRASIL. Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 06 jun 2001.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 11 jan 2002.
- 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. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 31 dez 2004.
- BRASIL. Governo Federal. *Trem de Alta Velocidade – TAV – Modelagem Financeira – Audiências Públicas*. 10p. (Apresentação). Brasília, DF: 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria da qualidade das obras rodoviárias federais*. 46p. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2004.

- CÂMARA, J.A.; SUNDFLELD, C.A. **Parceria Público-Privada: Uma Inovação para a Administração Pública Brasileira**. *Boletim de Direito Administrativo*. Editora NDJ, Fevereiro de 2006.
- CAPACLE, V.H. **O Problema do Transporte Rodoviário para o escoamento da Soja Produzida no Centro-Oeste Brasileiro**. 2007. 139p. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP: 2006.
- COASE, R. H. **The Nature of the Firm**, in: *Economica* 4 (16). pp386-405. Inglaterra, Londres: 1937.
- CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA 1/86, de 23 de janeiro de 1986**. Dispõe sobre procedimentos relativos a Estudo de Impacto Ambiental. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: 17 fev 1986.
- CORREIA, M.B.C. **Abordagens Institucionalistas das Parcerias Público-Privadas: As Experiências da Inglaterra e de Minas Gerais**. 2008. 163p. Dissertação (Mestrado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, SP: 2008
- CPTM COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS. **Edital da Concorrência Internacional Nº 8764083011**. Concessão administrativa para a prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva, revisão geral e a modernização da frota da Linha 8 – Diamante da CPTM, dentro de padrões pré-definidos de confiabilidade, disponibilidade e tempo de reparo com renovação total da frota”. Edital e anexos. São Paulo, SP: 2009.
- DA SILVA, E.M. **O Estado Democrático de Direito**. *Revista de Informação Legislativa*, n.167 jul-set/2005, pp213-230. Brasília, DF: 2005.
- DA SILVA, V.A. **Financiamento do Investimento Público: Debate Teórico e Alternativas para o Caso Brasileiro**. 2006. 159p. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: 2006.
- DE CAMPOS, P.G.A.A.G. **Comparador Público-Privado no Sector das Águas em Portugal**. 2005. 248p. Dissertação (Mestrado). Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa, Portugal: 2005.
- DAOU, A.C.A. **A Gratuidade no Serviço Público de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros sobre Pneus**. 2007. 231p. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP: 2007.
- DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 5ª edição. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2006.
- DOS SANTOS, R.T. **Estruturas de Governança e Universalização de Serviços de Infra-Estrutura: a Eficiência Econômica dos Modelos Contratuais de Parceria**

- Público - Privada**. 2006. 170p. Tese (Doutorado). Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: 2006.
- DUTRA, P.P.A.. PPP – Parceria Público-Privada: Uma Inovação para a Administração Pública Brasileira. *Boletim de Direito Administrativo*. Editora NDJ, Maio de 2006.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público Privadas (CGP), Unidade de Parcerias Público Privadas (UPPP). **Manual de Parcerias Público Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro, RJ: abr 2008.
- ESTADO DE SÃO PAULO. **Constituição do Estado de São Paulo**. São Paulo, SP: 05 out 1989.
- ESTADO DE SÃO PAULO. Decreto nº 54.715, de 27 de agosto de 2009. Institui o Programa de Incentivo à Expansão e Modernização do Transporte Ferroviário no Estado de São Paulo. *Diário Oficial do Estado*. São Paulo, SP: 28 ago 2009.
- ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-privadasPPP, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*. São Paulo, SP: 20 mai 2004.
- ESTADO DE SÃO PAULO, Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos (STM), Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô-SP). **Edital da Concorrência Internacional nº 42325212**. Concessão Patrocinada para Exploração dos Serviços de Transporte de Passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, Abrangendo de Luz até Taboão da Serra. Edital de Retificação II, Ata de Esclarecimentos e demais avisos. São Paulo, SP: fev 2006.
- ESTADO DE SÃO PAULO, Secretaria de Economia e Planejamento. **Programa de Investimento do Estado de São Paulo - Parcerias Público-Privadas e Concessões**. 30p (Apresentação). São Paulo, SP: jul 2010.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Research and Innovative Technology Administration (RITA), U.S. Department of Transportation's (DOT), **Intermodal Surface Transportation Efficiency Act of 1991**. **Sítio Oficial da National Transportation Library**. <http://ntl.bts.gov/DOCS/istea.html> (acesso em 10.mar.2010). Estados Unidos da América: 1991
- FILIPINAS. Department of Trade & Industry, Build-Operate-and-Transfer Center. **BOTC Annul Report**. **Sítio Oficial do BOT Center**. <http://www.botcenter.gov.ph> (acesso em 10.mar.2010). Filipinas: 2009.
- FRANCO, V.G. **Parcerias Público-Privadas no Brasil: em Busca de Eficiência por Meio da Alocação de Riscos**. 2007. 165p. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP: 2007.
- GRIMSEY, D.; LEWIS, M.K. **Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views**. *Accounting Forum* (29), 2005, pp.345-378.

- GRIMSEY, D.; LEWIS, M.K. **Public Private Partnerships: the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance**. 2004 (Reimpressão 2007). 268p. Massachussets, EUA: Edward Elgar Publishing, 2007.
- GUIMARÃES, F.V.. **Parceria Público-Privada: Caracterização dos Tipos Legais e Aspectos Nucleares de Seu Regime Jurídico**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, PR: 2008.
- GUIMARÃES, F.V. **Concessão de Serviço Público: A Viabilidade de Tarifação dos Serviços Públicos de Fruição Obrigatória**. Revista Eletrônica do Direito Administrativo Econômico (19), agosto/setembro/outubro 2009. Salvador, BA: 2009.
- LACERDA, S.M. **Trens de Alta Velocidade: Experiência Internacional**. Revista do BNDES, v. 14, n.29, , jun-2008, pp61-80. Rio de Janeiro, RJ: 2008.
- MARQUES NETO, F.A. **As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental**. Revista Eletrônica do Direito Administrativo Econômico (2), maio/junho/julho 2005. Salvador, BA: 2005.
- MEI, L.; QIMING, L.; XIAOPENG, D. **Transaction Cost Analysis of PPP Risk Share**. In: Proceedings of 2008 International Conference on Construction and Real Estate Management, 4-5 October 2008. Ontario, Canadá: University of Toronto, 2008.
- METRÔ-SP COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO. **Linha 4 – Amarela: Modelo de Concessão**. 29p (Apresentação). São Paulo, SP: out 2005.
- MINISTÉRIO DE OBRAS PÚBLICAS, DOS TRANSPORTES E DA HABITAÇÃO DA FRANÇA. **Financiamento das Infraestruturas e dos Serviços Coletivos: o recurso à parceria público-privado: os exemplos da experiência francesa no mundo**. J.Y.Perrot, G. Chatelus (dir). Paris: DAEI, 2000.
- MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Trem de Alta Velocidade TAV Brasil - Resumo dos Estudos de Viabilidade**. (sítio eletrônico oficial do projeto). Disponível em: <<http://www.tavbrasil.gov.br>>. Último acesso em: 23 out 2010.
- MIRRA, A.L.V. **Impacto Ambiental: Aspectos da Legislação Brasileira**. 4ª Edição. São Paulo, SP: Editora Juarez de Olivera, 2008.
- MOREIRA NETO, D.F.. **O Sistema da Parceria entre os Setores Público e Privado – Execução de Serviços Através de Concessões, Permissões, Terceirizações e Outros Regimes – Aplicação Adequada destes Institutos**. Boletim de Direito Administrativo. Editora NDJ, Fevereiro de 1997.
- NG, A.; LOOSEMORE, M. **Risk allocation in the private provision of public infrastructure**. International Journal of Project Management (25). pp66–76. 2007
- PACIFIC ISLANDS FORUM SECRETARIAT. **Forum Economic Ministers Meeting. Public Private Partnerships and Build, Operate and Transfer (BOT) and**

- Suchlike Schemes.** Artigo (fora de sessão). Honiara, Solomon Islands: Julho de 2006.
- PADOVAN, L. R. PPPs em resumo. **PPPs - Parcerias Público-Privadas**, pp.18-20 Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.
- PAIVA S.M.C. E ROCHA, C.A.A.. **Parceria Público-Privada: o Papel do Senado Federal na Discussão e Aprovação da Lei nº 11.079, de 2004.** 76p. Textos para Discussão (25), maio / 2005. Brasília, DF: Senado Federal, Consultoria Legislativa do Senado Federal, maio de 2005.
- PALMA, A.; LERUTH, L.; PRUNIER, G. **Towards a Principal-Agent Based Typology of Risks in Public-Private Partnerships.** Cahier nº 2009-36. Ecole Polytechnique, Centre National de la Recherche Scientifique, Departement d'Economie. França: 2009.
- PARKER, D.; HARTLEY, K. **Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence.** Journal of Purchasing & Supply Management (artigo em publicação, aceito em 31.out.2002). 2002.
- PINTO, M. B. **Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas, Revista do BNDES**, V. 13, N. 25, pp155-182, jun.06. Rio de Janeiro, RJ: Junho de 2006
- PORTUGAL. Arquivo Histórico, XVI Governo Constitucional, 2004-05, Santana Lopes, Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, **Scut - Perguntas e Respostas. Portal Oficial do Governo da República Portuguesa.** www.portugal.gov.pt/pt/GC16/Governo/Ministerios/MOPTC/Documentos/Pages/20041223_MOPTC_Doc_Scut.aspx (acesso em 10.mar.2010). Portugal: 23 de dezembro de 2004.
- PORTUGAL. Tribunal de Contas de Portugal. **Linhas de Orientação (Guide Lines) e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP.** Portugal, Lisboa: Tribunal de Contas, 2008.
- PORTUGAL. Ministério das Finanças. Decreto-Lei nº 86, de 26 de abril de 2003. **Diário da República.** Portugal, Lisboa: 26 abr 2003.
- PRUDHOMME, R. Ensaio de Tipologia das Parcerias Público-Privado. In: Perrot, J.Y.; Chatelus,G. (dir), **Financiamento das Infraestruturas e dos Serviços Coletivos**, pp.375-393. França, Paris: DAEI, 2000.
- SAURIN, V.; PEREIRA, B.A.D. O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. **Revista de Ciências da Administração**, Ano 1, Número 0, Agosto de 1998. Departamento de Ciências da Administração da UFSC. Florianópolis, SC: 1998.
- SAVI, E.M.S. **Parcerias Público-Privadas (PPPs) na Irlanda e no Chile: alternativa de alavancagem para o desenvolvimento em infra-estrutura no cenário brasileiro.** 2006. 145p. Dissertação (Mestrado). Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo. São Carlos, SP: 2006.

- SILVA, L.M. **As Parcerias Público-Privadas como Ambiente de Captação de Investimentos em Estações de Tratamento de Esgotos no Brasil**. 2006. 140p. Dissertação (Mestrado). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo. São Paulo, SP: 2006
- STATE OF VICTORIA. State Government of Victoria, Department of Treasury and Finance. **Public Sector Comparator – Technical Note**. The Partnerships Victoria Guidance. Austrália, Melbourne: 2001.
- TCU TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão Nº 1510/2010 – TCU – Plenário**. Acompanhamento do processo de concessão do serviço público de transporte de passageiros por meio de Trem de Alta Velocidade – TAV no trecho Rio de Janeiro-São Paulo. 93p. Brasília, DF: 30 jun 2010.
- THE WORLD BANK. **Cidades em Movimento**. São Paulo: Sumatra Editorial, 2003.
- WAISMAN, J. **Avaliação de Desempenho de Sistemas de Ônibus, em Cidades de Porte Médio, em Função de Sua Produtividade, Eficiência Operacional e Qualidade dos Serviços**. 1983. Tese (Doutorado). Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo. São Carlos, 1983.