

**PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS- PPI E O DIREITO DA
INFRAESTRUTURA.**

INVESTMENT PARTNERSHIPS PROGRAM – PPI AND INFRASTRUCTURE LAW.

Flávio Amaral

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo identificar as principais características do Programa de Parceria de Investimentos — PPI, criado com o advento da Lei nº 13.334/16, por meio da análise das inovações propostas e do levantamento dos aspectos nos quais ainda será necessário avançar na viabilização dos projetos de infraestrutura prioritários.

PALAVRAS-CHAVE: Infraestrutura. Programa de parceria de investimentos Administração pública. Contratos de parceria. Regulação. Agências reguladoras; Procedimento de manifestação de interesse

ABSTRACT: The purpose of this article is to identify the main characteristics of the Investment Partnership Program - PPI, created with the enactment of Law 13.334 / 16, by analyzing the proposed innovations and examining the aspects in which further progress will be required for the development of priority infrastructure projects.

KEYWORDS: Infrastructure. Investment partnership program. Public administration. Partnership agreements. Regulation. Regulatory agencies. Procedure for expression of interest.

Nota Introdutória.

A racionalidade na concepção, estruturação e execução de projetos de infraestrutura deve obedecer a quatro princípios fundamentais: (i) planejamento, (ii) governança; (iii) segurança jurídica; (iv) eficiência.

O desenvolvimento do setor de infraestrutura no Brasil está diretamente ligado à retomada da confiança no setor público e na sua capacidade de executar projetos de longo prazo com transparência e segurança jurídica.

No setor de infraestrutura o tempo político não pode prevalecer sobre o tempo técnico. Projetos que envolvam construção e operação de ativos como rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, saneamento, energia, gás, telecomunicações demandam investimentos pesados para a sua implementação, cuja amortização e remuneração reclamam prazos bastante alongados e que, seguramente, não coincidirão com os mandatos dos governantes.

Infraestrutura é tudo aquilo que viabiliza o desenvolvimento de outras atividades econômicas. Sem essa base estável nenhum país consegue se mover para frente e atingir um patamar desejável de desenvolvimento econômico e social.

E, lamentavelmente, apesar de alguns avanços, o Brasil ainda não venceu essa etapa. No momento atual de grave crise econômica, com a dificuldade dos entes públicos em cumprirem as suas obrigações mais elementares (ex: pagamento dos vencimentos dos servidores), os investimentos em recursos públicos a serem destinados ao setor de infraestrutura tendem a escassear cada vez mais.

Logo, a alavancagem da infraestrutura depende, fundamentalmente, de recursos do setor privado, cujo investimento está atrelado à maximização da estabilidade, transparência e, principalmente, segurança jurídica.

No mais das vezes o problema não é de ausência de recursos privados (eles existem e estão sobrando em fundos soberanos ou de investimento), mas de falta de confiabilidade no setor público brasileiro.

Uma série de fatores contribui para essa desconfiança generalizada podendo, sem pretensão de esgotá-los, mencionar alguns deles: (i) o alto índice de corrupção identificado na execução dos contratos celebrados com o Poder Público e que foram desvendados com a Operação Lava Jato; (ii) o retrocesso no modelo regulatório brasileiro, com indicações políticas para os cargos máximos das agências que minam a sua autonomia, além dos indevidos contingenciamentos de receitas que enfraquecem uma atuação técnica e independente; (iii) a atuação por vezes excessivamente intrusiva do Tribunal de Contas da União nas atividades finalísticas das Agências Reguladoras, criando um ambiente de insegurança jurídica na execução dos contratos de longo prazo; (iv) o não cumprimento daquilo que foi acordado pelo contratante, gerando, não raro, litígios que vão desembocar nos tribunais arbitrais ou judiciais; (v) o excessivo protecionismo do mercado brasileiro, ainda muito fechado e pouco amistoso para grupos estrangeiros.

É neste contexto e com o desafio de viabilizar projetos de infraestrutura prioritários para o país gestados em ambiente público mais planejado, transparente e estável, que foi editada a Lei nº 13.334, de 13.09.16, criando o Programa de Parceria de Investimentos — PPI.

O objetivo deste artigo é identificar as principais características do Programa de Parceria de Investimentos, analisando as inovações propostas e perceber os aspectos nos quais ainda será necessário avançar.

O objeto do Programa de Parcerias de Investimento – PPI.

O PPI não cria nenhum novo tipo contratual. Trata-se, a rigor, de uma qualificação que determinados contratos e empreendimentos poderão obter e que atrairão, como consequência, o seu tratamento como prioridade nacional por todos os agentes públicos de execução ou controle, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do disposto no artigo 5º, da Lei nº 13.334/16¹.

A teor do disposto no § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 13.334/16, três podem ser os objetos do PPI: (i) os empreendimentos públicos de infraestrutura em execução ou a serem executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União; (ii) os empreendimentos públicos de infraestrutura que, por delegação ou com o fomento da União, sejam executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta ou indireta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios; (iii) as demais medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei nº 9.491, de 09.09.97.

Relevante notar que o PPI não se restringe apenas aos empreendimentos públicos federais, admitindo que projetos estruturados pelos demais entes federativos possam receber a qualificação e se beneficiar do tratamento prioritário do PPI. De fato, determinados projetos municipais ou estaduais podem ser fundamentais para o desenvolvimento do setor de infraestrutura do país.

Quando o legislador menciona “contratos de parceria” a sua compreensão deve se dar em sentido genérico. Integram o conceito mais amplo, a teor do disposto no § 2º do artigo 1º, da Lei nº 13.334/16, os contratos de concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real de uso e outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante, na forma estabelecida

Correta a percepção genérica de parceria para fins de enquadramento no PPI, eis que diversos são os tipos contratuais que podem abranger projetos de infraestrutura prioritários para o país. Especificar taxativamente os contratos administrativos que poderiam se qualificar para fins do PPI seria medida contraproducente.

¹ Art. 5º. Os empreendimentos do PPI serão tratados como prioridade nacional por todos os agentes públicos de execução ou de controle, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Mas não são apenas os empreendimentos públicos que podem ser qualificados para receber o tratamento prioritário previsto no PPI.

Os empreendimentos empresariais privados, que em regime de autorização administrativa, concorram ou convivam, em setor de titularidade estatal ou de serviço público, com empreendimentos públicos a cargo de entidades estatais ou de terceiros contratados por meio das parceiras, poderão também ser enquadrados no PPI, a teor do disposto no artigo 21 da Lei nº 13.334/16.

É o que ocorre, por exemplo, no setor portuário quando diversos empreendimentos poderão ser executados no regime de autorização das instalações portuárias, como é o caso dos terminais de uso privado (artigo, 8º, inciso I, da Lei nº 12.815/13). Não se trata de um porto público, mas de um terminal privado que, pela sua importância no contexto da infraestrutura, poderá ser qualificado no escopo do PPI e receber tratamento prioritário condizente com a sua relevância para o desenvolvimento econômico e social

Enfim, a titularidade do empreendimento, se pública ou privada, não é critério absoluto para fins de enquadramento no PPI, o que se revela medida salutar, eis que determinados projetos privados podem apresentar uma dimensão de interesse público que não é caracterizada em razão do regime jurídico aplicável. Em vários setores da economia vivencia-se a sistemática da assimetria regulatória, que admite a convivência de diversos regimes e distintos títulos habilitantes².

² CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA explicam: “A assimetria regulatória constitui um instrumento legítimo para a implementação de políticas públicas em setores sujeitos à normatização estatal. Emprega-se essa ferramenta, basicamente, para estimular o surgimento de novos operadores em segmentos da economia onde já exista a presença de agentes fortemente consolidados. Trata-se, portanto, de maneira de fomentar a competição e não de frustrá-la. Constatada a dificuldade de nova entrada de competidores, o Estado regulador constrói um ambiente normativo diferenciado, no qual os novos agentes se sujeitem a menos encargos do que os antigos, dominantes do mercado. Cria-se, assim, um ambiente normativo propício para o crescimento da oferta de serviços e de maior competição entre agentes econômicos. Quando a intervenção recai sobre segmento da economia caracterizado como serviço público, é natural que os agentes de maior presença sejam, justamente, aqueles sujeitos ao regime público de exploração (concessionários ou, no caso do setor de portos brasileiros, arrendatários). A esses se costuma imputar os ônus próprios do serviço público (como o controle tarifário, cumprimento, em certos casos, de metas de universalização, e o dever de continuidade). Para fomentar o surgimento de competidores, admite-se a entrada no segmento de prestadores em regime privado, com maior liberdade de atuação. O objetivo da medida, por óbvio, não é prejudicar o serviço público ou criar um ambiente ruinoso para quem o explore economicamente. A finalidade é a criação de competição, a melhoria da eficiência na oferta do serviço e a redução de preços, a ser alcançada com a maior disputa pelo mercado. Ao se admitir a exploração em regime privado de atividade que também é explorada em regime público, produzindo uma assimetria regulatória, pretende-se equilibrar o jogo do mercado por intermédio da normatização diferenciada. O agente com predominância e vantagens fáticas no mercado (explorador em regime público) se sujeita a maiores deveres, enquanto o competidor incipiente (explorador em regime privado) é liberado de alguns ônus para poder se estabelecer e exercer uma concorrência efetiva.”. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 9-26, jan./mar. 2012).

Objetivos e Princípios do PPI.

Prescreve o art. 2º da Lei nº 13.334/16 que são objetivos do PPI: (i) ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;

- (ii) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;
- (iii) promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
- (iv) assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;
- (v) fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Pode-se resumir os objetivos do PPI do seguinte modo: melhorar o ambiente de negócios, aumentando a segurança jurídica e a transparência nos contratos de longa duração.

A sinalização legislativa é, evidentemente, correta e alinhada ao que o país efetivamente necessita. Mas o que se espera é, principalmente, mudança de atitude. Não tem a lei o condão de alterar como num passe de mágica o comportamento do setor público brasileiro.

O inciso III do artigo 2º, da Lei nº 13.334/16 deve ser lido conjuntamente com o inciso III, do artigo 6º, ou seja, a promoção da ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços poderá ser aprimorada com a articulação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, bem como com a Secretaria de Acompanhamento Econômico- SEAE do Ministério da Fazenda, para fins de *compliance* com a defesa da concorrência.

A articulação entre o sistema de contratação pública e o de defesa da concorrência é medida que se impõe, eis que o setor de infraestrutura comporta, não raro, poucos *players* e pode resultar em mercados com alto risco de práticas anticompetitivas.

Assim, contribuições e sugestões dos órgãos de defesa da concorrência na regulação dos editais e contratos poderão ser determinantes para o incremento da competitividade, evitando risco para o interesse público a partir de indevidas concertações entre os potenciais licitantes.

Independente desta saudável articulação com os órgãos e entidades que tutelam a defesa da concorrência, existem algumas medidas que podem, imediatamente, aumentar o grau de competitividade nas licitações realizadas no setor de infraestrutura: (i) divulgar maciçamente os editais em outros países; (ii) divulgar os estudos, projetos, edital e contrato na língua inglesa; (iii) aumentar o prazo entre a publicação do edital e a realização da licitação, elastecendo o lapso temporal para que os operadores econômicos possam conhecer, estudar, avaliar e elaborar

propostas sérias e consistentes, atraindo o maior número possível de licitantes; (iv) não iniciar a licitação sem a conclusão, aprovação e publicação de todos os estudos de viabilidade técnica e econômica, bem como dos demais projetos complementares, valendo a pena gastar mais tempo na modelagem da licitação do que com posteriores e inevitáveis contenciosos que decorram de projetos insuficientes ou estruturados a partir de premissas incompletas.

A destacar, também, a garantia de mínima intervenção nos negócios e investimentos, prevista no inciso III, do artigo 2º da Lei nº 13.334/16. Esta é uma diretriz que deverá ser observada na regulação dos editais e dos contratos, evitando injustificáveis assimetrias ou exorbitâncias que invadam o campo de ação dos atores privados.

Essa diretriz impõe que a regulação dos contratos não exceda o estritamente indispensável para alcançar as finalidades desejadas, privilegiando as medidas menos constritivas e onerosas ao particular, em observância ao princípio da proporcionalidade.

É o caso, por exemplo, da indevida ingerência estatal, ainda no momento da regulação da licitação, quando pretende determinar a Taxa Interna de Retorno (TIR) do futuro concessionário³, desconsiderando que é pela via da competição que se alcançará o melhor resultado⁴.

Outra diretriz importantíssima é o reforço do papel regulador do Estado e da autonomia das Agências. Como dito, houve um claro retrocesso nos últimos anos no modelo regulatório brasileiro, a justificar a edição de uma lei quadro ou lei geral das agências que reforce essa autonomia, com a criação de mecanismos de blindagem de interferência políticas e de instrumentos contemporâneos de governança.

A própria governança das Agências necessita ser aprimorada, garantindo-se um processo de tomada de decisão mais transparente e aberto à participação da sociedade civil e dos agentes regulados, conferindo-se maior previsibilidade regulatória na sua atuação⁵.

³ Fato ocorrido nos editais para concessão dos terminais aeroportuários de Porto Alegre (RS), Florianópolis (SC), Fortaleza (CE) e Salvador (BA), em que o governo fixou a TIR em 8,5% ao ano. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4138896/taxa-de-retorno-em-licitacoes-de-aeroportos-sera-de-85-ao-ano>. Data do acesso: 29/10/2017.

⁴ Os economistas Raul Velloso e Paulo Springer de Freitas demonstram os problemas da fixação da TIR pelo Poder Concedente: “Em terceiro lugar, a TIR é uma taxa endógena para cada empresa, pois, mesmo que os custos dos insumos sejam exógenos, a estrutura de custos (ou seja, a composição dos insumos e seu uso ao longo do tempo) é determinada por um processo endógeno de otimização que considera as vantagens comparativas, estrutura de capital, governança corporativa etc. Como há assimetria de informações, o governo não consegue determinar a TIR da empresa e, por isso, mesmo um governo benevolente, apresenta elevada probabilidade de fixar a TIR em um nível incorreto.” (VELLOSO, Raul; FREITAS, Paulo Springer. Aprimorar as concessões de infraestrutura é a única saída para tirar o País do atoleiro. Disponível em: www.raulvelloso.com.br/?wpdmact=process&did=NzAuaG90bGluaw==. Data do acesso: 29/10/2017).

⁵ Importante, sobre o tema, ver a auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União para avaliar a governança das Agências. Processo TC 031.996/2013-2.

Neste aspecto, a Lei nº 13.334/16 – que cria o PPI – não é suficiente para inibir a forte intervenção estatal nas Agências Reguladoras, que se caracteriza desde a perpetuação de Diretores Interinos até a ausência de autonomia financeira e orçamentária, a demandar a construção de mecanismos formais assecuratórios da independência das Agências. Indispensável que se avance na edição da lei quadro das Agências que se encontra tramitando no Congresso Nacional⁶.

Os princípios/diretrizes referidos no artigo 3º da Lei nº 13.334/16 são conhecidos e não chegam propriamente a inovar no ordenamento jurídico. A conferir: (i) estabilidade das políticas públicas de infraestrutura; (ii) legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; (iii) garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.

Cabe destacar o viés da segurança jurídica necessário também aos agentes públicos e às entidades estatais. Como a atuação dos órgãos de controle, por vezes, ocorre de modo pouco coordenado e excessivamente intrusivo nas decisões dos gestores, tem-se vivenciado o receio diuturno dos administradores no momento da tomada de decisão, com medo de futuras penalizações e responsabilizações, com comprometimento, inclusive, do seu patrimônio pessoal.

Claro que os órgãos de controle devem exercer o seu papel e punir quando ocorrem desvios ou ilegalidades, mas é preciso criar um ambiente de negócios nos quais os agentes públicos não tomem as suas decisões a partir de uma racionalidade de proteção pessoal, mas sempre com vistas ao atendimento do interesse público.

Louvável, portanto, a regra contida no inciso IV, do artigo 6º da Lei nº 13.334/16, quando estabelece que os órgãos, entidades e autoridades da Administração Pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do PPI deverão se articular com os órgãos e autoridades de controle, para aumento de transparência das ações administrativas e para eficiência no recebimento e consideração das contribuições e recomendações.

O ponto é fundamental para o incremento da segurança jurídica. Os órgãos de controle não podem atuar apenas *a posteriori*, devendo, nos limites das suas competências, contribuir e aperfeiçoar o projeto durante a sua elaboração. Daí a importância da audiência e da consulta pública, momento adequado para que o debate seja o mais profícuo possível, sempre com respeito aos limites de mérito da decisão administrativa.

⁶ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6621/16, atualmente na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras.

Não raro, um leilão ou um projeto de infraestrutura é obstruído na véspera da sua realização⁷, a justificar que a própria competência jurisdicional seja repensada, com a criação, por exemplo, de vara especializada que possa concentrar ações que envolvam determinados projetos prioritários para o país.

A regulamentação do PPI.

A teor do disposto no artigo 4º, da Lei nº 13.334/16, o PPI será regulamentado por meio de decretos, que nos limites das leis setoriais e da legislação setorial aplicável, definirão: (i) as políticas federais de longo prazo para o investimento por meio de parcerias em empreendimentos públicos federais de infraestrutura e para a desestatização; (ii) os empreendimentos públicos federais de infraestrutura qualificados para a implantação da parceria; (iii) as políticas federais de fomento às parcerias em empreendimentos públicos de infraestrutura dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A existência de marcos regulatórios estáveis é indispensável para o atendimento da segurança jurídica. Entre as leis gerais e a regulação por contrato, necessário que sejam editadas normas que explicitem a orientação governamental e as diretrizes que nortearão essas parcerias, evitando uma excessiva discricionariedade no momento da contratualização.

Indubitavelmente, existe uma discricionariedade na fixação das escolhas públicas, exercida pela via da *regulation by contract*. Mas essa “*margem de normatividade contratual*”⁸ se comunica e conecta-se aos marcos regulatórios⁹ que, prudencialmente, devem anteceder à contratualização de qualquer atividade.

⁷ Foi o que ocorreu agora no recente leilão do pré-sal realizado pela Agência Nacional do Petróleo, quando o juiz da 3ª Vara Federal Cível da Justiça Federal do Amazonas concedeu liminar suspendendo a 2ª e 3ª rodadas do pré-sal. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/5173010/juiz-de-manaus-da-liminar-que-suspende-leiloes-de-petroleo-desta-sexta>. Data do acesso: 30/10/2017.

⁸ A expressão é de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO. A conferir: “E esse percurso foi fortemente marcado pelas especificidades de cada objeto concedível, o que parece demonstrar, de um lado, a dificuldade de se conceber um regime único aplicável a todas as modalidades e espécies de concessão, e, de outro, que cada concessão (ou seja, cada objeto concedido, mais do que cada modalidade concessionária) deve ter uma normatividade própria, aderente ao objeto concedido. Isso parece apontar para a necessidade de conferir maior margem de normatividade contratual (é dizer, regras que sejam estipuladas pelo poder concedente a cada pacto regulatório ensejador da concessão) evitando insistir na busca de uma normatividade geral e abstrata do texto legal”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 111).

⁹ Explicando a importância de marcos regulatórios na garantia da estabilidade dos serviços públicos, assim manifesta-se ALEXANDRE ARAGÃO: “Em um mundo onde as relações econômicas, sociais, políticas e até mesmo pessoais estão cada vez mais sujeitas a instabilidades e a mudanças imprevistas ou imprevisíveis, mister se faz, mormente nos serviços públicos, pelos altos investimentos que demandam e relevantes interesses públicos que envolvem, que sejam estabelecidos parâmetros normativos mínimos, em razão dos quais a instabilidade seja mitigada. Estes parâmetros normativos dotados de maior estabilidade, mas aptos a serem eventualmente

Marcos regulatórios que antecedam a regulação por contrato são aconselháveis para a fixação de padrões e critérios que, sem retirar o espaço de conformação discricionária da estratégia contratual, confirmem coerência sistêmica a cada setor.

A inexistência de marcos regulatórios estáveis e estruturantes que explicitem as diretrizes básicas orientadoras de cada setor pode aumentar indesejavelmente a discrição regulatória contratualizável, gerando soluções discrepantes para objetos regulados, dotados de ampla similitude¹⁰. A experimentação contratual regulatória pode ser excessivamente perigosa se não for estruturada a partir de critérios metodológicos que obedeçam a uma mesma racionalidade.

Para além disso, requer-se no artigo 6º, inciso I, da Lei nº 13.334/16, que o PPI adote práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais, com a edição de planos, regulamentos e atos que formalizem e tornem estáveis as políticas de Estado fixadas pelo Poder Executivo para cada setor regulado, de forma a tornar segura sua execução no âmbito da regulação administrativa, observadas as competências da legislação específica, e mediante consulta prévia.

Há de se destacar a consulta prévia na edição dos planos, regulamentos e atos. Trata-se de medida extremamente salutar, que incrementa a participação da sociedade e dos agentes econômicos, estabelecendo uma relação dialógica que pode contribuir para o aperfeiçoamento das políticas setoriais e dos próprios marcos regulatórios.

adaptados/atualizados no futuro, constituem o que a doutrina do Direito Administrativo Econômico chama de marco regulatório. O marco regulatório propicia a estabilidade necessária para os investidores em serviços públicos, cujos contratos de delegação são celebrados por décadas, ainda que a total segurança jurídica seja impossível de ser alcançada no mundo contemporâneo e, menos ainda, em se tratando de atividades em relação às quais a Administração Pública possui *ius variandi* para adaptá-las constantemente à evolução dos interesses públicos. O marco regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução político-social da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam ao interesse público, sempre respeitadas as garantias básicas dos delegatários e usuários. A combinação entre a segurança jurídica e a adaptabilidade às mudanças econômicas e sociais revela a manifestação nos serviços públicos da noção de *Sociedade de Confiança*, pela qual é a confiança nas instituições que propicia o desenvolvimento das nações. Visa, em uma palavra, a dar segurança jurídica às mudanças, em um fino equilíbrio entre a confiança dos investidores (sem a qual não investiriam) e as cambiantes necessidades da coletividade (sem cujo atendimento a delegação do serviço público perde o respaldo democrático).” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Marco Regulatório dos Serviços Públicos. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, nº 27, ano 6, set./out. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50327>>. Data do acesso: 25/10/2017.

¹⁰ É o que vem acontecendo no setor de aeroportos no Brasil, que sem um marco regulador setorial prévio, aumenta o risco para o operador econômico em razão de pressões políticas. Veja-se trecho da reportagem do Jornal O Globo, publicado no dia 21.10.17: “Além de desistir de licitar Congonhas, o governo cederá à pressão do PR e vai abrir o aeroporto da Pampulha, administrado pela Infraero, para operações com jatos, o que pode prejudicar a concorrência com Confins, concedido ao setor privado. Segundo estimativas oficiais, dois milhões de passageiros poderão ser retirados de Confins – que ainda busca se fortalecer nas rotas internacionais e em hub (centro de distribuição de voos).” (DOCA, Geralda; BECK, Martha. Pressionado por aliados, Temer adia privatizações. *Jornal O Globo*, publicada no dia 21/10/2017)

Poderia ter-se avançado mais, com exigência de análise de impacto regulatório (AIR) quando da edição ou mesmo alteração de regulamentos, planos e outros atos regulatórios setoriais, na forma do artigo 6, II, da Medida Provisória nº 727, de 12.05.16, que deu origem a Lei nº 13.334/16¹¹.

A governança do PPI.

Para avaliar os empreendimentos que poderão ser submetidos ao PPI, o artigo 7º da Lei nº 13.334/16 criou o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República — CPPI, com as seguintes competências: (i) opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, quanto às propostas dos órgãos ou entidades competentes, sobre as matérias previstas no art. 4º desta Lei; (ii) acompanhar a execução do PPI; (iii) formular propostas e representações fundamentadas aos Chefes do Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (iv) formular recomendações e orientações normativas aos órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União; (v) exercer as funções atribuídas ao órgão gestor de parcerias público-privadas federais, ao Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e ao Conselho Nacional de Desestatização; (vi) editar o seu Regimento Interno.

Caberá, portanto, ao referido Conselho definir quais os empreendimentos integrarão o PPI e que, por conseguinte, receberão o tratamento prioritário a que se refere o artigo 5º, da Lei nº 13.334/16.

Na forma do § 1º, do artigo 7º, da Lei nº 13.334/16, compõem o Conselho do PPI com direito a voto: (i) o Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República; (ii) o Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República; (iii) o Ministro de Estado da Fazenda; (iv) o Ministro de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil; (v) o Ministro de Estado de Minas e Energia; (vi) o Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; (vii) o Ministro de Estado do Meio Ambiente; (viii) o Presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; (ix) o Presidente da Caixa Econômica Federal; e (x) o Presidente do Banco do Brasil.

¹¹ Art. 6 (...) II — análise de impacto regulatório quando da edição ou alteração de regulamentos, planos regulatórios setoriais e outros atos regulatórios setoriais, visando a orientar a tomada de decisões e assegurar a eficiência, a eficácia, a coerência e a qualidade da política regulatória, com integral respeito às normas e direitos envolvidos.

Poderão ser convidados a participar das reuniões do Conselho, sem direito a voto, os ministros setoriais responsáveis pelas propostas ou matérias em exame e, quando for o caso, os dirigentes máximos das entidades reguladoras competentes, a teor do disposto no § 2º, do artigo 7º, da Lei nº 13.334/16.

Os aspectos mais operacionais do PPI ficam a cargo da Secretaria do PPI, cabendo ao Secretário especial, na forma do disposto no artigo 8º, da Lei nº 13.334/16: (i) dirigir a SPPI, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação; (ii) exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto às matérias relativas às atribuições da SPPI; (iii) editar e praticar os atos normativos e os demais atos, inerentes às suas atribuições.

Caberá à SPPI, a teor do disposto no artigo 9º, da Lei nº 13.334/16, dar amplo acesso para o Congresso Nacional aos documentos e informações dos empreendimentos em execução do PPI, fornecendo, em até trinta dias, os dados solicitados, além de enviar, até 30 de março do ano subsequente, relatório detalhado contendo dados sobre o andamento dos empreendimentos e demais ações no âmbito do PPI, ocorridos no ano anterior.

Importante anotar que a Empresa de Planejamento e Logística – EPL passa a ser vinculada à Secretaria do PPI, cabendo-lhe prestar apoio ao Conselho do PPI (artigo 20, da Lei nº 13.334/16).

A estruturação dos projetos.

O artigo 12 da Lei nº 13.334/16 estabelece que os projetos podem se estruturar a partir dos seguintes modos: (i) utilizar a estrutura interna da própria Administração Pública; (ii) contratar serviços técnicos profissionais especializados; (iii) abrir chamamento público; (iv) receber sugestões de projeto, sendo vedado qualquer ressarcimento; (v) celebrar diretamente com o Fundo de Apoio à Estruturação das Parcerias -FAEP contrato de prestação de serviços técnicos profissionais especializados.

A utilização da estrutura interna da Administração Pública (inciso I, do artigo 12) é, não raro, insuficiente para modelar um projeto de forma adequada e eficiente, sendo mais comum o auxílio externo de especialistas para apoiar o órgão ou entidade pública com subsídios e informações técnicas e econômicas.

Daí porque pode a Administração Pública valer-se da contratação de serviços técnicos profissionais especializados para estruturar projetos que integrem ou venham a integrar o PPI (inciso II, do artigo 12).

Cabe observar que as consultorias especializadas costumam ser contratadas por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Isso se explica pela dificuldade em licitar esse tipo de serviço a partir da racionalidade da Lei nº 8.666/93, sendo complexo escolher projetos desta natureza pelo menor preço ou mesmo a partir da rigidez dos tipos melhor técnica e técnica e preço.

Em sendo esse um mercado que, como regra, comporta competição, nos parece que o ordenamento jurídico pátrio carece de um subsistema normativo que pudesse viabilizar a contratação de serviços técnicos profissionais a partir de critérios mais consentâneos com a natureza de projetos com esse grau de especialização. Poderia a Lei nº 13.334/16 ter inovado e criado um procedimento seletivo próprio para esse tipo de contratação, afastando a racionalidade da Lei nº 8.666/93, o que seria extremamente produtivo para o desenvolvimento de competição em um mercado altamente especializado.

Por outro lado, quando o inciso III, do artigo 12 cogita da abertura de chamamento público, melhor seria ter recorrido a nomenclatura usual e conhecida: o Procedimento de Manifestação de Interesse, que vem sendo bastante utilizado na modelagem das concessões e parcerias público-privadas. O seu fundamento legal encontra-se previsto no artigo 21 da Lei 8.987/95 e no artigo 31 da Lei 9.974/1995, sendo regulamentado, no plano federal, por intermédio do Decreto 8.428/2015.

A despeito da nomenclatura, os editais de chamamento público vêm recorrendo à normatização do Procedimento de Manifestação de Interesse, o que significa dizer, na prática, que vem sendo tratados como sinônimos pela Administração Pública Federal. Essa interpretação encontra esteio no próprio artigo 3º do Decreto nº 8.428/15, que faz referência expressa a que o PMI seja aberto mediante chamamento público.

Veja-se, por exemplo, o edital de chamamento público realizado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil¹² e que tem por objeto a apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos técnicos que subsidiem a modelagem das concessões para expansão, exploração e manutenção dos aeroportos de Congonhas, Recife, Maceió, Aracaju, João Pessoa, Juazeiro do Norte, Campina Grande, Cuiabá, Rondonópolis, Alta Floresta, Sinop e Vitória. No preâmbulo do referido edital de chamamento público consta expressa referência ao Decreto nº 8.428/15 (que regulamenta o PMI) e a Resolução nº 14, de 23..08.17 do Conselho do PPI.

¹² Edital de chamamento público publicado no Diário Oficial da União de 01.09.17. Disponível em: http://www.transportes.gov.br/images/CONCESSOES/EditalN01_AEROPORTOS2017.pdf. Data do acesso: 25/10/2017.

Lembre-se que o Procedimento de Manifestação de Interesse tem sido utilizado, na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.

O objetivo do chamamento público ou procedimento de manifestação de interesse consiste em permitir que os particulares possam contribuir para a modelagem da contratação, oferecendo estudos que poderão ser aceitos pela Administração Pública, não sendo, neste caso, impeditivo que aquele que ofereceu os estudos participe da licitação, conforme expressamente autoriza o artigo 31 da Lei nº 9.074/1995.

O autor do projeto poderá, então, participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos caso não se sagre vencedor do certame, a teor do disposto no artigo 4º, inciso II, d e artigo 17 do Decreto nº 8.428/15.

Exatamente por essa razão que o inciso IV do artigo 12, da Lei nº 13.334/16 não pode ser confundido com o Procedimento de Manifestação de Interesse, eis que aduz ao recebimento de sugestões de projeto, com vedação de ressarcimento. Há aqui o risco desta forma de estruturar o projeto não ser bem aceita pelo mercado, porquanto, possivelmente, não haverá interesse de uma sociedade empresária em aprofundar estudos em determinado projeto e dispende o seu tempo e recursos de forma graciosa e sem qualquer expectativa de ressarcimento.

E a última forma de estruturar os projetos no âmbito do PPI é celebrar diretamente com o Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias — FAEP contrato de prestação de serviços técnicos profissionais especializados (inciso V, do artigo 12).

O artigo 14 da Lei nº 13.334/16 autorizou o BNDES a constituir e participar do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias - FAEP, cuja finalidade é a prestação onerosa, por meio de contrato, de serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação de parcerias de investimentos e de medidas de desestatização. Dispõe o § 1º do artigo 14 que o referido Fundo terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, estando sujeito a direitos e obrigações próprios e capacidade de celebrar, em seu nome, contratos, acordos ou qualquer ajuste que estabeleça deveres e obrigações e que seja necessário à realização de suas finalidades.

Criou-se mais uma hipótese de contratação direta: o FAEP poderá ser contratado, pelos órgãos e entidades da Administração Pública sem licitação, visando à estruturação de

contratos de parceria e de medidas de desestatização, na forma explicitada no inciso V, do artigo 12 e do artigo 15 da Lei nº 13.334/16¹³.

O FAEP poderá, ainda, contratar, na forma da legislação, o suporte técnico de pessoas naturais ou jurídicas especializadas, cabendo aos agentes públicos gestores do Fundo, com o apoio da SPPI, a coordenação geral dos trabalhos e a articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos. Ora, se o FAEP ostenta natureza privada (§ 1º, do artigo 14), eventual contratação do seu suporte técnico não deve atrair a racionalidade da subcontratação prevista na Lei nº 8.666/93.

A intenção do legislador foi, exatamente, permitir maior grau de flexibilidade na composição e formação de equipes, na medida em que o objeto de cada PPI poderá ser bastante variável, a demandar distintos suportes técnicos, o que, a bem da verdade, já ocorre no mercado de contratação de consultorias especializadas.

Enfim, o êxito da estruturação de um projeto no setor de infraestrutura está diretamente ligado a um planejamento que se apresente com elevado grau de eficiência e amadurecimento das decisões tomadas. Reitera-se o que já foi dito antes: aqui o tempo político não deve prevalecer.

A liberação de empreendimentos do PPI.

Seguramente, esse é um dos pontos mais relevantes da nova legislação. O artigo 17 da Lei nº 13.334/16 estabelece que os órgãos, entidades e autoridades estatais, inclusive as autônomas e independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com competências de cujo exercício dependa a viabilização de empreendimento do PPI, têm o dever de atuar, em conjunto e com eficiência, para que sejam concluídos, de forma uniforme, econômica e em prazo compatível com o caráter prioritário nacional do empreendimento, todos os processos e atos administrativos necessários à sua estruturação, liberação e execução.

¹³ Art. 12. Para a estruturação dos projetos que integrem ou que venham a integrar o PPI, o órgão ou entidade competente poderá, sem prejuízo de outros mecanismos previstos na legislação: (...) V - celebrar diretamente com o Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias - FAEP contrato de prestação de serviços técnicos profissionais especializados. Art. 15. O FAEP poderá ser contratado diretamente por órgãos e entidades da administração pública para prestar serviços técnicos profissionais especializados visando à estruturação de contratos de parceria e de medidas de desestatização.

Criou-se um dever legal que obriga todos os órgãos e entidades - direta ou indiretamente envolvidos com o empreendimento do PPI — a atuarem de forma articulada e coordenada e dando tratamento prioritário no âmbito das suas respectivas competências.

O próprio § 1º, do artigo 17 conceitua liberação como sendo a obtenção de quaisquer licenças, autorizações, registros, permissões, direitos de uso ou exploração, regimes especiais, e títulos equivalentes, de natureza regulatória, ambiental, indígena, urbanística, de trânsito, patrimonial pública, hídrica, de proteção do patrimônio cultural, aduaneira, minerária, tributária, e quaisquer outras, necessárias à implantação e à operação do empreendimento.

A bem da verdade, essa deveria ser a regra para todo e qualquer projeto de infraestrutura, mas a inovação não perde a sua importância, porquanto ataca um dos principais problemas na estruturação do projeto: a deficiente governança pública.

Infelizmente, vários projetos importantes no setor de infraestrutura não avançam em razão dos órgãos e entidades envolvidos não atuarem de forma coordenada e harmônica, gerando manifestações contraditórias e incongruentes. Ou, o que é pior, por omissão na tomada de decisão administrativa em relação a algum aspecto relevante e primordial para a estruturação do projeto.

Portanto, não há dúvida que a diretriz sobre a prioridade na liberação dos empreendimentos do PPI é correta, mas sempre fica a dúvida se esse dever legal será mesmo observado pelo setor público brasileiro ou se ficaremos no plano de mais uma boa ideia tornada letra morta pela prática administrativa.

Talvez por isso devesse o legislador ter avançado e criado mecanismos operacionais que pudessem dar efetividade administrativa à liberação do empreendimento. Em outra oportunidade, em projeto que serviu de base para o PPI, foi constituído grupo de trabalho¹⁴ no âmbito do Ministério da Fazenda - no qual o presente subscritor deste texto teve a honra de participar - e que se trabalhava na elaboração de projeto de lei denominado PPP mais, cujo autor intelectual foi o Professor Carlos Ari Sundfeld.

Ali se previa a figura de um Estruturador-Chefe, uma espécie de CEO¹⁵ do empreendimento, além da figura de um consórcio público especial formado por todos os órgãos,

¹⁴ O Grupo de Trabalho foi criado pelo então Ministro da Fazenda Joaquim Levy, por intermédio da Ministério da Fazenda, Gabinete do Ministro, Portaria nº 640, de 11 de agosto de 2015, e era composto por este subscritor e também por Carlos Ari Sundfeld (professor da FGV Direito São Paulo), Egon Bockmann Moreira (professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná), Paulo Guilherme Farah Correa (então secretário de acompanhamento econômico do Ministério da Fazenda), Fabrício do Rosário Valle Dantas Leite (então secretário executivo adjunto do Ministério da Fazenda), Valter Shuenquener de Araújo (professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e Floriano de Azevedo Marques Neto (professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

¹⁵ Expressão bem empregada por EGON BOCKMANN em entrevista para a Gazeta do Povo. Nas suas palavras:

entidades e autoridades estatais, inclusive independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com competências de cujo exercício dependesse a viabilização do empreendimento. Entretanto, nenhuma das duas sugestões foi acolhida pela Lei nº 13.334/16.

Outra possibilidade seria estabelecer em determinadas situações – a depender da carga de interesse público envolvido – o silêncio administrativo como mecanismo indutor da eficiência administrativa, evitando indevidas protelações e atrasos em projetos que são fulcrais para o desenvolvimento do país.

O que deve ser evitado a todo custo é o início da execução do empreendimento com pendências administrativas a serem resolvidas, como ocorre, muito frequentemente, com as desapropriações e licenciamentos ambientais. Essas intercorrências provocam uma fuga de potenciais interessados, além de uma inevitável precificação de tais riscos na proposta econômica dos licitantes.

Conclusão.

A Lei nº 13.334/16 representa um inegável avanço no Direito da Infraestrutura. Procurou-se demonstrar as suas principais novidades e contribuições para o desenvolvimento do segmento da infraestrutura. Mas é necessário fazer mais.

É preciso, com urgência, reforçar o marco legal das Agências Reguladoras, dotando-as de instrumentos capazes de lidar com as indevidas interferências políticas e resistir aos “ataques” a sua independência e autonomia financeira, atualmente seriamente comprometida com contingenciamentos e limitações orçamentárias excessivas.

Sem Agências Reguladoras fortes e independentes será difícil atrair investimentos e dar estabilidade aos contratos concessionais duradouros, que são, naturalmente, incompletos e sujeitos a ocorrência de circunstâncias imprevistas e incertas.

É neste cenário que a função das Agências Reguladoras assume uma nova e contemporânea dimensão, eis que intimamente conectada ao reconhecimento de que é cada vez

“Estruturador-chefe vai ser um servidor público qualificado, que vai ser uma espécie de – vou forçar um pouco – CEO dos projetos. Ele vai ser o responsável por estabelecer um consórcio público entre as pessoas envolvidas no projeto. Digamos que seja um projeto de uma ferrovia que passe ao largo de uma área indígena. Esse estruturador vai ter competência para formar esse consórcio público envolvendo órgãos federais, estaduais, municipais, ou Ibama, Incra e que vão estar legislativamente obrigados a dar prioridade a esses projetos nacionais.”. (NEITSCH, Joana. O ‘PPP mais’ é um novo mundo revolucionário das contratações públicas. Reportagem publicada na Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/entrevistas/o-ppp-mais-e-um-novo-mundo-revolucionario-das-contratacoes-publicas-3rqo0hpjmt75yue2tk3gf542p>. Data do acesso: 25/10/2017).

mais difícil, senão impossível, ao legislador, distante das minúcias da realidade, das circunstâncias do momento e das sutilezas técnicas que envolvam a aplicação da lei, definir casuisticamente e exaustivamente todas as situações no plano abstrato.

Também se faz indispensável uma reforma no *hardware* da Administração Pública. Ainda se opera na lógica do Decreto-Lei 200/67, sendo necessário repensar a estrutura dos órgãos e entidades da Administração Pública brasileira, dotando-os de instrumentos operacionais contemporâneos que possam lidar adequadamente com as complexidades do setor público em um mundo em constante mutação. Aqui a lamentar que não tenha avançado o anteprojeto de uma nova estrutura orgânica para o funcionamento da Administração Pública Federal e de suas relações com entes de colaboração e que foi elaborado por uma Comissão de notáveis juristas¹⁶.

Mas o mais importante é a mudança de cultura e de comportamento no setor público brasileiro. Desenvolver infraestrutura pressupõe um ambiente de negócios pautado pela confiança, por relações cooperativas e não adversariais, evitando comportamentos oportunistas tanto do setor público como do setor privado.

No caso de relações contratuais duradouras, como são os contratos concessionais, é a percepção dos elementos da parceria e da colaboração, dos comportamentos lastreados na confiança e no reconhecimento de que relações contínuas são necessariamente dinâmicas, que determinará o êxito da própria consecução do objeto.

E isso, lamentavelmente, não se impõe por lei ou decreto, mas por uma mudança de cultura e de comportamento, que se espera não tarde a acontecer.

¹⁶ A Comissão de Juristas foi constituída pela Portaria nº 426, de 06 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e foi composta pelos professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sérgio de Andréa e Maria Sylvia di Pietro.