

LUCAS GALINDO MIRANDA

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

**O CASO DA LINHA 4 DA COMPANHIA DO
METROPOLITANO DE SÃO PAULO**



PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O CASO DA LINHA 4 DA COMPANHIA DO METROPOLITANO
DE SÃO PAULO

1ª EDIÇÃO. VOLUME 01.



Autor

Lucas Galindo Miranda

DOI: 10.47538/AC-2024.23



Ano 2024

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O CASO DA LINHA 4 DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO

Catálogo da publicação na fonte.

Miranda, Lucas Galindo.

Parcerias público-privadas: o caso da linha 4 da companhia do metropolitano de São Paulo [recurso eletrônico] / Lucas Galindo Miranda — 1. ed. — Natal : Editora Amplamente, 2024.

PDF.

Bibliografia.

ISBN: 978-65-89928-69-0

DOI: 10.47538/AC-2024.23

1. Direito Administrativo - Brasil. 2. Parcerias público-privadas. 3. Administração Pública. 4. Contratos - Legislação. Título.

CDU 342.9
M672

Elaborada por Mônica Karina Santos Reis CRB-15/393

Direitos para esta edição cedidos pelos autores à Editora Amplamente.

Editora Amplamente
Empresarial Amplamente Ltda.
CNPJ: 35.719.570/0001-10
E-mail: publicacoes@editoraamplamente.com.br
www.amplamentecursos.com
Telefone: (84) 999707-2900
Caixa Postal: 3402
CEP: 59082-971
Natal- Rio Grande do Norte – Brasil

Copyright do Texto © 2024 Os autores
Copyright da Edição © 2024 Editora Amplamente
Declaração dos autores/ Declaração da Editora:
disponível em <https://www.amplamentecursos.com/politicas-editoriais>

Editora-Chefe: Dayana Lúcia Rodrigues de Freitas
Assistentes Editoriais: Caroline Rodrigues de F. Fernandes; Margarete Freitas Baptista
Bibliotecária: Mônica Karina Santos Reis CRB-15/393
Projeto Gráfico, Edição de Arte e Diagramação: Luciano Luan Gomes Paiva; Caroline Rodrigues de F. Fernandes
Capa: Canva®
Parecer e Revisão por pares: Revisores

Trabalho de conclusão de curso apresentado a Universidade Federal de Pernambuco para a conclusão do curso de pós-graduação em direito administrativo, sob a orientação do Professor Marcos Nóbrega.



Creative Commons. Atribuição-
NãoComercial-SemDerivações 4.0
Internacional (CC-BY-NC-ND)



Ano 2024

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Andreia Rodrigues de Andrade - Universidade Federal do Piauí
Ms. Caroline Rodrigues de Freitas Fernandes - SESI
Dr. Damião Carlos Freires de Azevedo - Universidade Federal de Campina Grande
Dra. Danyelle Andrade Mota - Universidade Federal de Sergipe
Dra. Dayana Lúcia Rodrigues de Freitas - Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dra. Elane da Silva Barbosa - Universidade Estadual do Ceará
Dra. Eliana Campêlo Lago - Universidade Estadual do Maranhão
Dr. Elias Rocha Gonçalves
Dr. Everaldo Nery de Andrade - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Dra. Fernanda Miguel de Andrade - Universidade Federal de Pernambuco
Dr. Izael Oliveira Silva - Universidade Federal de Alagoas
Me. Luciano Luan Gomes Paiva - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte
Dr. Máximo Luiz Veríssimo de Melo - Secretaria Estadual de Educação, Cultura e Desporto do RN
Dra. Mayana Matildes da Silva Souza
Dr. Maykon dos Santos Marinho - Faculdade Maurício de Nassau
Dr. Milson dos Santos Barbosa - Universidade Tiradentes
Dra. Mônica Aparecida Bortoletti - Universidade Federal do Paraná
Dra. Mônica Karina Santos Reis - Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dr. Romulo Alves de Oliveira
Dra. Smalyanna Sgren da Costa Andrade - Universidade Federal da Paraíba
Dra. Viviane Cristhine Bini Conte - Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Dr. Wanderley Azevedo de Brito - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Dr. Weberson Ferreira Dias - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins

CONSELHO TÉCNICO CIENTÍFICO

Ma. Ana Claudia Silva Lima - Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves
Ma. Camila de Freitas Moraes - Universidade Católica de Pelotas
Me. Carlos Eduardo Krüger - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Ma. Carolina Pessoa Wanderley - Instituto de Pesquisa Quatro Ltda
Me. Francisco Odécio Sales - Instituto Federal de Ciência e Tecnologia do Ceará
Me. Fydel Souza Santiago - Secretaria de Educação do Estado do Espírito Santo
Me. João Antônio de Sousa Lira - Secretaria Municipal de Educação/SEMED Nova Iorque-MA
Me. José Flôr de Medeiros Júnior - Universidade de Uberaba
Me. José Henrique de Lacerda Furtado - Fundação Oswaldo Cruz
Ma. Josicleide de Oliveira Freire - Universidade Federal de Alagoas
Ma. Luana Mayara de Souza Brandão - Universidade do Estado da Bahia
Ma. Luma Mirely de Souza Brandão - Universidade Tiradentes
Me. Marcel Alcleante Alexandre de Sousa - Universidade Federal da Paraíba
Me. Márcio Bonini Notari - Universidade Federal de Pelotas
Ma. Maria Antônia Ramos Costa - Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Rondônia
Me. Maria Aurélia da Silveira Assoni - Faculdade de Ciências da Saúde de Barretos
Ma. Maria Inês Branquinho da Costa Neves - Universidade Católica Portuguesa
Me. Marlon Nunes Silva
Me. Paulo Roberto Meloni Monteiro Bressan - Faculdade de Educação e Meio Ambiente
Ma. Sandy Aparecida Pereira - Universidade Federal do Paraná
Ma. Sirlei de Melo Milani - Universidade do Estado de Mato Grosso
Ma. Viviane Cordeiro de Queiroz - Universidade Federal da Paraíba
Me. William Roslindo Paranhos - Universidade Federal de Santa Catarina



APRESENTAÇÃO

O presente trabalho discorre sobre o contrato de parceria público-privada firmado para a operação da Linha 4 do metrô de São Paulo. O contrato foi emblemático por ter ocorrido pouco tempo após a promulgação da Lei 11.079/04 e pelo grande porte do negócio jurídico envolvido. Primeiramente, é feita breve análise sobre as origens inglesas da parceria público-privada.

É feita, também, uma análise das condições econômicas brasileiras que levaram à necessidade de elaboração de novos meios para a retomada os investimentos em infraestrutura, sob esse aspecto se discorre sobre as medidas desestatizantes anteriores às parcerias público-privadas, como o Plano Nacional de Desestatização, Lei de Concessões e Permissões e o movimento de publicização.

A seguir, são analisados os principais aspectos da Lei 11.079/04, a qual foi a primeira lei federal a tratar das parcerias público-privadas, como, por exemplo, a diferenciação entre as concessões patrocinadas e as concessões administrativas.

Por fim, são discutidos os principais aspectos do contrato de parceria público-privada realizado para a concessão da Linha 4 do metrô de São Paulo, como a diferenciação entre a tarifa política e a tarifa paga à concessionária e as formas de garantia.

Lucas Galindo Miranda



Ano 2024

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
-I- ASPECTOS HISTÓRICOS DA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA	8
1.1 O EXEMPLO INGLÊS	8
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL	10
-II- A LEI DE PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS LEI 11.079/04.....	17
2.1 A CONCESSÃO PATROCINADA E A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA	17
2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS PREVISTAS NA LEI 11.079/04.....	20
-III- A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA FIRMADA PARA A LINHA 4 AMARELA DO METRÔ DE SÃO PAULO	23
3.1 FONTES UTILIZADAS PARA A ANÁLISE DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA LINHA 4 AMARELA	23
3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A LINHA 4 AMARELA.....	24
3.3 OPÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO PELA UTILIZAÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA.....	25
3.4 OBJETO E O PRAZO DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA LINHA 4 AMARELA.....	27
3.5 MECANISMOS DE GARANTIA	28
3.6 SEPARAÇÃO ENTRE A TARIFA REMUNERATÓRIA E A TARIFA POLÍTICA	32
3.7 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	34
-IV- CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39
ANEXO	41
ANEXO 01 – MAPA DO SISTEMA DE TRANSPORTES SOBRE TRILHOS EM SÃO PAULO	41
INFORMAÇÕES SOBRE O AUTOR.....	42

INTRODUÇÃO

Segundo resultado do tesouro nacional apresentado pelo Banco Central do Brasil¹, o governo central fechou o ano de 2017 com um déficit primário de 129,4 bilhões de reais². O valor correspondeu a 1,9% do produto interno bruto³, sendo o quarto ano seguido em que não se consegue alcançar superávit primário. Além disso, as despesas obrigatórias somaram 101% da receita líquida⁴ e os investimentos somaram apenas 47,5 bilhões de reais⁵, que corresponderam a 0,69% do Produto interno bruto⁶.

Fica clara, portanto, a crise fiscal por que passa o Brasil e a incapacidade de o governo realizar investimentos, principalmente em infraestrutura, os quais demandam altas cifras. Nesse contexto, as parcerias público-privadas ganham extrema relevância, pois permitem que os particulares participem de investimentos em áreas fundamentais para o desenvolvimento nacional, com uso de menos recursos públicos.

Na verdade, o esgotamento do Estado investidor e gestor, que realiza diretamente obras de infraestrutura e administra variadas formas de serviço, não é um fenômeno recente no mundo. O maior exemplo ocorre com a Inglaterra e as reformas promovidas por Margareth Thatcher na década de 1980, as quais foram decisivas para o surgimento das parcerias público-privadas.

No Brasil, após passar a atuar fortemente na área de infraestrutura na década de 1930, com Getúlio Vargas, o modelo de Estado investidor exauriu-se na década de 1980, culminando com a moratória da dívida ocorrida no governo Sarney, no ano de 1987. Sobre esse tema, atente-se ao comentário de André Franco Montoro Filho (2018, p. 1)⁷:

1 Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/web/stn/-/historico-resultado-do-tesouro-nacional>

2 Relatório de dezembro de 2017. p. 2

3 Relatório de dezembro de 2017. p. 3

4 Relatório de dezembro de 2017. p. 14.

5 Relatório de dezembro de 2017. p. 15

6 Relatório dezembro de 2017. p. 16

7 FILHO, André Franco Montoro. Parceria Público Privada considerações de um economista. Boletim FIPE, 285, jun/04. Disponível em: www.econ.pucrio/gfranco/PPP_Montoro.htm, acessado em 10/04/2018.



Na verdade, desde a década dos oitenta, o governo, em todos os seus níveis e em suas empresas, passou a conviver com acentuadas restrições de crédito, praticamente inviabilizando os investimentos nestes setores. Houve assim uma drástica redução no volume de investimentos, gerada tanto pela incapacidade de financiamentos como pelas dificuldades de geração de recursos próprios, em grande parte comprometidos no pagamento do serviço da dívida contraída anteriormente.

Com a incapacidade fiscal de realizar grandes investimentos, o Brasil passou por uma onda neoliberal na década de 1990, a qual incluiu privatizações e a criação da Lei 8.987/95, a Lei de Concessões e Permissões. Tendo em vista que esta lei não era mais suficiente para atender as demandas de investimentos pretendidas pelo governo brasileiro, foi criada a Lei 11.079/04, a Lei das Parcerias Público-Privadas.

A seguir, estudaremos a evolução histórica das parcerias público-privadas e discorreremos sobre os aspectos fundamentais da Lei 11.079/04. Em seguida, será apresentado o caso da Linha 4 do Metrô de São Paulo, que foi um importante marco da utilização das parcerias público-privadas no Brasil.

-I-

ASPECTOS HISTÓRICOS DA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

1.1 O EXEMPLO INGLÊS

A Inglaterra foi o berço das parcerias público-privadas. Como dito, a incapacidade de o Estado promover o bem-estar social e ao mesmo tempo realizar investimentos acarretou diversas reformas desestatizantes entre os ingleses na década de 1980. Buscou-se a redução do aparato estatal, com privatizações e transferência para a iniciativa privada de serviços que anteriormente eram prestadas pelo poder público.

No entanto, nem todas as obras de infraestrutura e serviços podem ser pagas apenas com os valores cobrados dos particulares pela utilização dos serviços, como ocorre no caso das privatizações, quando determinado bem deixar de ser público para ser explorado inteiramente pela iniciativa privada. O investimento para construir e manter o serviço de metrô, por exemplo, é demasiadamente alto para que seja lucrativo apenas com a passagem cobrada dos usuários. Dessa forma, constatou-se a necessidade de criar uma forma de parceria entre o poder público e investidores privados, no qual aquele cobriria parte dos gastos destes para a manutenção do serviço, tornando-o lucrativo.

Assim, em 1992, na gestão do primeiro-ministro John Major, é criado o programa *Private Finance Initiative* – PFI, semelhante às PPP's existentes no Brasil. Sobre o tema, eis o exposto por Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima (2014, p. 1)⁸:

A mesma situação observada no Brasil na década de 80, que resultou na ausência de capacidade de investimentos pelo Estado, foi vivenciada pela Inglaterra, só que 10 anos antes. Também com antecedência de 10 anos datam as reformas pelas quais passou o sistema britânico para fazer frente a essa nova realidade.

8 LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira. A instituição das Parcerias Público-privadas e sua aplicação na Administração Pública brasileira. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3925, 31 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27175>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

Na Inglaterra, as PPPs são consideradas um 3º estágio na reforma do Estado. Primeiramente, como aconteceu aqui no Brasil, buscou-se reduzir o tamanho da máquina administrativa, vendendo-se ativos de empresas estatais e transferindo o exercício da atividade inteiramente à iniciativa privada. Trocou-se, portanto, o sistema de solidarização de custos, pelo qual todos, por intermédio de impostos, custeiam a prestação do serviço, a despeito de tê-lo utilizado ou não, pelo modelo tarifário, no qual só aquele que deseja utilizar paga.

[...]

Chegou-se, portanto, ao 2º estágio, no qual delegava-se à iniciativa privada a concepção e a execução das atividades materiais necessárias à execução do mesmo.

[...]

Por fim, já em 1992, na gestão do Primeiro-Ministro John Major, entra-se no 3º estágio, com a criação do programa PFI (Private Finance Initiative), modelo que mais se assemelha às nossas PPPs. Nessa modalidade contratual, o Poder Público contrata com a iniciativa privada, mantendo-se, contudo, responsável pela provisão de parte dos recursos necessários. A título de exemplo, tem-se o contrato pelo qual o setor privado constrói um hospital e o opera, mas a administração é quem fornece os médicos e o restante do pessoal. É bastante utilizado para empreendimentos no qual o retorno social excede o retorno privado.

Além disso, a Inglaterra possui dois órgãos fundamentais ao funcionamento do sistema de *Private Finance Initiative*. O primeiro é o *National Audit Office*, responsável por avaliar a viabilidade dos financiamentos e por auditar as contas. O segundo é o *Partnerships UK*, responsável por avaliar no mercado privado se há interessados para a realização de eventual financiamento (Lima, 2014, p. 1). Dessa forma, antes mesmo de avaliar a viabilidade de uma *Private Finance Initiative*, era feito um estudo sobre a existência de interessados. Tal procedimento é importante, pois, como se estudará adiante, os contratos de parcerias público-privadas são complexos, não sendo fácil ao gestor comum avaliar a sua viabilidade econômica.

A experiência inglesa resultou em vultosos recursos aplicados em infraestrutura por meio de *Private Finance Initiative*. Sobre o tema, eis o seguinte trecho:

A experiência inglesa é a mais emblemática, pois é fruto de projetos desenvolvidos e testados desde o ano de 1992 quando o conceito de PFI (Private Finance Initiative) foi introduzido. Desde a introdução do instrumento das PPP, o governo britânico já assinou 564 projetos de PFI/PPP, que totalizaram um valor de capital de US\$ 54 bilhões, o que representou 11 % de todo investimento público dos anos de 1998 a 2002 (CNI, 2004). O Governo britânico assinou até 2003 compromissos superiores a £100 bilhões em contratos de PPP com vencimento até

2006 . Mais de um terço do valor total dos contratos referiram-se a investimentos na área de transportes, saúde, defesa, educação, trabalho e previdência, presídios e meio ambiente (Lima; Paula; Paula, 2006, p. 5)

Com o sucesso do modelo inglês, vários países adotaram as parcerias público-privadas. A Espanha, por exemplo, criou as *Asociación Público Privada* e até o ano de 2003 já havia assinado 114 projetos. Portugal, por sua vez, utilizou largamente as PPP's para a construção de estradas. Na América Latina, pode-se citar o Chile como país que mais lançou mão das parcerias público-privadas para suprir o déficit infraestrutural (Lima; Paula; Paula, 2006, p. 7-10).

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Até o Governo de Getúlio Vargas, a Administração Pública brasileira era marcada pelo patrimonialismo, ou seja, os governantes tratavam o bem público como se fosse privado. Com Getúlio passou-se para a fase burocrática da Administração Pública, sendo adotadas uma série de medidas para dar mais impessoalidade no trato dos bens públicos, como a criação da Comissão Central de Compras e o Departamento Administrativo do Serviço (Moura, 2015, p. 10-17). O governo passou a ter efetivas preocupações populares e passou a investir em obras de infraestrutura em benefício da coletividade.

O Brasil passou por uma série de investimentos de infraestrutura energética durante o governo de Getúlio Vargas, com a criação, por exemplo, da Companhia Hidrelétrica do São Francisco, Companhia Vale do Rio Doce, Companhia Siderúrgica Nacional e a Petrobrás. Já no governo de Juscelino Kubitschek sobressaíram-se os investimentos em rodovias e a construção de Brasília, nos Governos Militares houve grandes obras energéticas e de transportes, todavia a forma de obtenção dos recursos nesses últimos períodos mudou substancialmente em relação ao que ocorria no período getulista, pois em vez de utilizar recursos diretamente provenientes do orçamento, recorreu-se ao endividamento do Estado (Lima, 2014, p. 1).

Em razão do alto endividamento público e dos crescentes gastos do governo, a capacidade de investimentos do Governo Brasileiro exauriu-se em meados da década de 1980. Com investimentos em infraestrutura bastante inferiores ao crescimento da

economia, os gargalos estruturais tornaram-se fortes limitadores do desenvolvimento nacional. Sobre o tema, eis o que disse Marcos Barbosa Pinto (Pinto, 2005, p. 2):

“Pode-se afirmar com bastante segurança que os investimentos em infraestrutura são essenciais para o desenvolvimento econômico. Diversos estudos demonstram que eles aumentam a produtividade da economia, reduzindo custos e estimulando a produção.

Não por acaso, os investimentos em infraestrutura mantiveram-se elevados no Brasil em períodos de rápido crescimento econômico. Durante a década de 1970, por exemplo, eles mantiveram-se sempre acima de 5% do Produto Interno Bruto – PIB, tendo chegado a 14% no início da década de 1980. Nesse período, o Brasil apresentava taxas de crescimento sempre superiores a 4% ao ano.

A partir de meados da década de 80, contudo, os investimentos em infraestrutura caíram rapidamente, chegando-se a menos de 2% do PIB na virada do século. Quando os investimentos em infraestrutura não acompanham o ritmo de crescimento da produção, formam-se os chamados “gargalos” estruturais, cujos efeitos são extremamente deletérios para a economia do país. Foi o que se viu no setor elétrico brasileiro em 2000, com o apagão e a consequente redução das expectativas de crescimento. É o que ocorre hoje no setor de transportes. Nossas estradas, ferrovias e portos não conseguem atender à demanda, o que atrapalha o escoamento da produção e encarece os produtos nacionais.”

Em 1990 começaram as reformas neoliberais no Brasil, a fim de garantir alívio fiscal e retomar a capacidade de investimento. Durante o governo de Fernando Collor foi instituído o Plano Nacional de Desestatização pela Lei 8.031/90, até março de 1994, foram incluídas 66 empresas estatais no PND, sendo que 25 destas foram privatizadas. Embora tenham reduzido a máquina pública, as privatizações não alcançaram o valor pretendido. Sobre o Plano Nacional de Desestatização, ressaltam-se as seguintes informações (Paiva, 1994, p. 108)

A maioria das empresas incluídas pertence às áreas de siderurgia, petroquímica e fertilizantes. As demais empresas são de diversos outros setores, destacando-se o Lloyd (transporte marítimo), a EMBRAER (aeronaves), a Cobra (computadores), bem como outros empreendimentos industriais, cujo controle foi assumido pelo BNDES. Foram também adicionadas à lista de empresas a serem privatizadas algumas da área de serviço público, como a Light, a Escelsa (distribuição de energia elétrica) e a RFFSA (transporte ferroviário).

Das empresas privatizadas, oito fazem parte do setor de siderurgia, nove da petroquímica, quatro de fertilizantes e quatro de outros setores. A quantidade de empresas até o momento privatizadas e os valores arrecadados ficaram muito aquém das expectativas iniciais (previsão de US\$ 17 bilhões em 1990-91). O total das vendas situou-se em US\$ 7

bilhões no período 1991-94, metade desses recursos arrecadados no Governo Collor e metade no Governo Itamar.

O resultado inferior ao previsto inicialmente pode ser creditado a uma série de dificuldades enfrentadas pelo Programa, dentre elas: ações judiciais, existência de acordos de acionistas limitantes à alienação das empresas, necessidade de saneamento prévio das empresas, bem como resistências políticas à privatização.* O Programa foi também prejudicado pela demanda por ações das estatais menor do que a esperada, em função do quadro de recessão e da retomada da inflação, decorrente do malogro do Plano Collor I.

A desestatização prosseguiu no governo de Fernando Henrique Cardoso. Um importante marco foi a Lei 8.987/95, que instituiu as concessões e as permissões. As concessões, diferentemente das privatizações, caracterizam-se pela transferência da prestação de serviço público a pessoa jurídica, por sua conta e risco, mediante licitação na modalidade concorrência, por prazo determinado (art. 2º, II, Lei 9.987/95). Ou seja, a iniciativa privada não se torna dona do bem, mas apenas concessionária. Já nas permissões, a administração delega à pessoa física ou jurídica, por sua conta e risco, a título precário e mediante licitação, a prestação de um serviço público.

Além disso, foram criadas agências reguladoras, com o fim de reforçar a função fiscalizadora do Estado, em vez da função empresária. Buscou-se a superação do Estado Burocrático e a implementação do Estado Gestor. A ideia era de que a Administração não deveria mais investir por conta própria em áreas que pudessem ser exploradas pelo setor privado sem prejuízo ao interesse público. Sobre o tema, atente-se à dissertação de Carlos Eduardo de Queiroz Pereira (2006, p. 8):

Em 1995, a Lei 8.987 regulamentou o regime geral de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Seguem-na as leis específicas de diversos setores econômicos e criam-se as respectivas agências reguladoras (1996: Aneel, 1997: Anatel e ANP, 2001: ANTT e Antaq, 2005: Anac). Na linha preconizada pela Reforma Administrativa 15, o Estado desonerou-se da função de executor dos serviços públicos, de que não deixou de ser o titular, e assumiu o papel de regulador e fiscal da exploração dessas atividades econômicas por concessionários privados.

Também no governo de Fernando Henrique Cardoso foram criadas as leis das organizações sociais (Lei 9.637/98) e organizações da sociedade civil de interesse público (Lei 9.970/99), chamadas entidades paraestatais. O objetivo foi incentivar a participação do terceiro setor, ou seja, entidades privadas não criadas pela Administração, na prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, mais uma forma de evitar a atuação direta

da administração pública. O movimento de atribuir a entidades privadas a prestação de serviços públicos não exclusivos ficou conhecido como publicização. Observe-se o que disse Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 620-621):

Os teóricos da Reforma do Estado incluíram essas entidades no que denominaram de **terceiro setor**, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe proteção e, em muitos casos, ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda tem que atender a determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para o outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de utilidade pública, o certificado de fins filantrópicos e a qualificação de organização social. Esse tipo de entidade existe de longa data, mas adquiriu feição nova, com a promulgação da Lei nº 9.790, de 22-03-99, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público, e da Lei nº 13.019, de 31-7-14, que dispõe sobre as parcerias voluntárias firmadas entre o poder público e as organizações da sociedade civil (e que entrará em vigor 540 dias a contar de sua publicação, conforme alteração introduzida em seu art. 88 pela Lei 13.204, de 14-12-15).

Ainda em busca da implantação do Estado Gestor, foram criadas medidas com o objetivo de dar transparência e estabelecer padrões de responsabilidade fiscal na Administração Pública. Nesse sentido, eis o seguinte trecho de Luiz Carlos Bresser Pereira, ministro da Administração e Reforma do Estado, do Governo Fernando Henrique Cardoso (1998, p. 60):

Mas, afinal, quais são os componentes ou processos básicos da reforma do Estado dos anos 90, que levarão ao Estado Social-Liberal do século vinte-e-um? São a meu ver quatro:

- a) A delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e “publicização” (este último processo implicando a transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta);
- b) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via de mercado, transformando o Estado em um promotor da capacidade de competição do país em nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional.
- c) o aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de transformar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa

rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas do Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, finalmente,

d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social da democracia direta.

Criaram-se, no mesmo sentido, agências executivas, as quais são autarquias que estabelecem contrato de gestão com a Administração Direta a fim de ganharem maior autonomia a fim de atingirem seus objetivos.

Acontece que as concessões não foram mais suficientes para suprir a demanda de infraestrutura necessitada pelo Brasil. Isso porque no regime de concessões as receitas obtidas pelos concessionários são oriundas apenas da tarifa cobrada pela utilização dos serviços e a iniciativa privada não tem interesse em ser concessionária de bens ou serviços que não sejam lucrativos. Muitas obras de infraestrutura não são lucrativas se for levada em conta somente o valor cobrado dos usuários pela utilização. Assim, surgiu a necessidade de se criar um modelo de contrato em que a administração pudesse arcar com parte dos custos, de modo que o investimento se tornasse atrativo a investidores privados.

Nesse contexto, foi criada a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/04). As concessões tradicionais são utilizadas quando se trata de projetos economicamente viáveis, autossustentáveis do ponto de vista financeiro. Há casos em que implementação do projeto demanda o aporte de recursos fiscais, uma contraprestação da Administração Pública em caráter complementar ao montante arrecadado com a tarifa cobrada dos usuários. Isso ocorre quando a prestação de serviços ou a construção de obras de infraestrutura não for atraente para os agentes privados, devido à limitação dos ganhos passíveis de serem auferidos ou ao elevado nível dos riscos inerentes ao empreendimento. Nesses casos, têm lugar as parcerias público-privadas.

Assim, pode-se concluir que o arcabouço legal que viabilizou a participação de entidades privadas em projetos de infraestrutura no Brasil ocorreu em três etapas: primeiro vieram as privatizações, com o Plano Nacional de Desestatização, depois as concessões, com a Lei 8.987/95 e por fim as parcerias público-privadas, com a Lei

11.079/04. Nesse sentido, é bastante esclarecedor o texto de Ana Cláudia Alem e Fábio Giambiagi (2010, p. 200-201):

O arcabouço legal para a viabilização de projetos públicos com investimentos privados foi consolidado mediante três ações legislativas.

A primeira delas foi o Programa Nacional de Desestatização (PND), criado na esfera federal em 1990, pela Lei 3.031/90, posteriormente consolidado na Lei 9.491/97. Muitos estados brasileiros também criaram seus respectivos programas. De forma geral as leis de privatização destinavam-se à alienação de participações acionárias e à venda de ativos. Embora tais leis considerassem a delegação de serviços públicos uma espécie de desestatização, caberia a uma lei específica dispor sobre a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, conforme previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Nesse sentido, a publicação das Lei 8.987/95 (Lei das Concessões) e 9.074/95 constituíram a segunda ação legislativa para a consolidação do arcabouço legal. Por meio delas, ficaram estabelecidos, entre outras condições, o conceito de serviço adequado, os direitos e as obrigações dos usuários, a política tarifária, os encargos da concessionária e do poder concedente, conteúdo mínimo do contrato de concessão e os procedimentos específicos para a licitação.

A última ação legislativa veio em 2004, com a Lei 11.079 [Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs)]. Destinada a viabilizar projetos que não apresentem sustentabilidade financeira, permite ao poder concedente pagar contraprestações por serviços prestados pelas concessionárias – e/ou oferecer-lhes algum tipo de garantia.

Ressalte-se que embora as parcerias público-privadas tenham sido estabelecidas no âmbito da União, o Estado de Minas Gerais já possuía previsão do instrumento em sua legislação interna. Sobre o tema, eis o seguinte trecho (Costa Neto, 2008, p. 18-19).

No Brasil, esta moderna aplicação de PPPs passa a ser tema de interesse após a realização de um Seminário Internacional de Parcerias Público-Privadas (PPPs), promovido pelo Ministério das Relações Exteriores (MRE), Banco Interamericano de desenvolvimento (BID), e pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em novembro de 2003. Após a realização deste Seminário Internacional, no dia 30 de dezembro de 2004, foi sancionada a Lei Federal no. 11.079, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Mas, vale frisar que, o Estado de Minas Gerais foi o pioneiro na regulação desta matéria. Porque, no Estado de Minas Gerais, já tinha sido consolidada três legislações a respeito e inclusive publicado um Decreto no ano de 2003. Este é um marco histórico no Brasil; porque normalmente, a Legislação Federal serve de impulso, base ou sustentáculo para os demais Estados que compõem a federação brasileira, mas neste caso sucedeu o contrário.



Com a crise fiscal por que passa o Brasil, as parcerias público-privadas tornaram-se ainda mais importantes como alternativas ao investimento em infraestrutura. A emenda constitucional 95/2016 (ADCT, art. 102, §1º, II) estabeleceu que, por 20 anos, o crescimento do orçamento ao valor do orçamento no ano anterior acrescido da inflação corrigida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, elaborado pelo Instituto Nacional de Geografia e Estatística – IBGE. Então, se o Brasil já não dispõe de recursos para investimentos, a magnitude da crise fiscal deixa claro que tampouco disporá nos próximos anos.

Feito esse breve relato sobre a evolução histórica das parcerias público-privadas no Brasil e sua origem com base no modelo inglês, passa-se agora à análise da legislação específica sobre o tema no direito brasileiro. Em seguida, será analisado o caso concreto de aplicação da parceria público privada na Linha 4 do metrô de São Paulo.

-II-

A LEI DE PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

LEI 11.079/04

2.1 A CONCESSÃO PATROCINADA E A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

A partir deste capítulo serão estudados os aspectos mais relevantes da Lei 11.079/04. Para tanto, será feita referência diretamente ao texto legal, bem como comparações a lei 8.987/95.

As parcerias público-privadas foram regulamentadas no âmbito nacional pela Lei 11.079/04, embora ao tempo de sua edição já houvesse legislações sobre o tema no âmbito estadual. Além de disposições de eficácia em âmbito nacional, a Lei 11.079/04 traz, entre os artigos 14 e 21, disposições a serem aplicadas especificamente pela União.

Conforme o art. 1º, a norma se aplica à administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2018, p. 340), contudo, pondera que a concessão patrocinada, a qual será explicada adiante, não pode ser aplicada à administração indireta. Eis a opinião da professora:

Quanto à aplicação das leis às entidades da Administração Indireta, o parágrafo único do art. 1º (alterado pela Lei 13.137, de 19-6-15) causa certa perplexidade. E será de aplicação limitada. Isto porque a delegação de serviços públicos a concessionárias e a outorga a entidades da Administração Indireta são duas modalidades diversas de descentralização das atividades de que o Poder Público é titular. Não existe hipótese em que a titularidade de determinado serviço público seja originariamente de entidade da Administração Indireta. Quando ela desempenha um serviço público, já o faz porque o respectivo titular houve por bem criá-la com essa finalidade específica. Não há possibilidade de a entidade transferir a execução do serviço a terceiros; o que ela pode fazer é celebrar contratos de prestação de serviços, de execução de obra ou de fornecimento, com base na Lei nº 8.666/93, ou,

se atuar como concessionária de serviço público, pode fazer subconcessão, com fundamento no artigo 26 da Lei nº 8.987/95.

As parcerias público-privadas são, na realidade, uma forma especial de concessão de serviço público, na qual o ente privado é remunerado em parte ou totalmente pela Administração. Quando o ente privado for totalmente remunerado pela Administração, ocorre hipótese de concessão administrativa, se a remuneração for feita por meio da tarifa cobrada dos usuários adicionada ao valor pago pela administração, ocorre o caso de concessão patrocinada. Atente-se, contudo, ao fato de que sempre haverá contrapartida da administração, caso contrário não haveria parceria público-privada, mas concessão simples.

Nesse sentido, o art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, é bem didático. Eis o texto legal:

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.

§ 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.

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

Segundo Carlos Ari Sundfeld (2005, p. 29-30, apud Binenbojm, 2005, p.4), há dois tipos de parceria público-privada administrativa. Eis o que estabeleceu o autor:

1) a concessão administrativa de serviço público, espécie do gênero concessão de serviço público, sendo este prestado diretamente ao usuário, sem cobrança de qualquer tarifa, e sendo o concessionário remunerado por contraprestação pecuniária do Poder Público (em conjunto ou não com outras receitas alternativas). Em tal hipótese, a Administração Pública é de ser considerada a usuária indireta dos serviços, vez que estes são prestados diretamente pela concessionária à população. Este seria o caso, por exemplo, de um serviço de coleta de lixo, sem cobrança de tarifa dos usuários diretos;

b) a concessão administrativa de serviços ao Estado, espécie do gênero contrato de prestação de serviços, mediante o qual utilidades são oferecidas à própria administração pública, sua usuária direta. Aqui, diferentemente, todavia, de um contrato comum de prestação de serviços, exige-se do particular um investimento inicial igual ou

superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)⁹ em obra ou equipamento que sejam essenciais à futura prestação dos serviços.

Quanto às parcerias patrocinadas, é interessante notar que a Lei 8.987/95 chegou a prever, em seu artigo 24, o qual foi vetado, que a Administração poderia garantir receita mínima ao concessionário. Observe-se o que dispunha o artigo: “*Art. 24. O poder concedente poderá garantir, no contrato de concessão, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente a um tráfego mínimo, durante o primeiro terço do prazo da concessão.*”

Seria um importante avanço a ser introduzido pela Lei de Permissões e Concessões já no ano de 1995. Nas razões do veto, constante na Mensagem 181, de 1995, alegaram-se preocupações fiscais e preocupações com a eficiência do serviço prestado pelo concessionário caso houvesse a garantia de recursos mínimos. Observem-se as razões do veto:

Garantias como essa do estabelecimento de receita bruta mínima, além de incentivarem ineficiência operacional do concessionário, representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsídio pelo Poder Público. O caso mais recente foi o mecanismo instituído pela Lei nº 5.655/71, que criou a Conta de Resultados a Compensar (CRC), extinta, em 18.3.93, com a regulamentação da Lei nº 8.631/93, gerando dispêndios líquidos para a União da ordem de US\$ 19,8 bilhões.

Embora fosse uma inovação notável para a realidade da Administração Pública brasileira em 1995, o art. 24, da Lei 8.987/95, era muito simples para regular matéria complexa como as parcerias público-privadas. Abria-se margem muito grande de liberdade para o administrador, o que poderia comprometer a hígidez fiscal do país, o que levou ao veto do artigo. A lei 11.079/04 é bem mais robusta e completa, possuindo um regramento claro, de modo a trazer de forma segura a possibilidade de implantação das parcerias público-privadas na administração brasileira. A seguir, serão estudadas as principais características da Lei 11.079/04.

⁹ Atualmente, o valor é de dez milhões de reais, conforme estabelece o art. 2º, §4º, I, da Lei 11.079/04.

2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS PREVISTAS NA LEI 11.079/04

O § 4º, do art. 1º da Lei 11.079/04 é bastante didático ao estabelecer requisitos básicos para as parcerias público privadas: 1) duração entre 05 e 35 anos; 2) valor mínimo de 10 milhões de reais e; 3) não ter como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, fornecimento ou instalação de equipamentos ou execução de obra pública. Sobre o tema, eis os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, *apud* Alexandrino; Paulo, 2011, p. 732):

Por exemplo, a parceria público-privada não poderá ter por objeto só a construção de um hospital ou de uma escola, porque, nesse caso, haveria contrato de empreitada regido pela Lei nº 8.666; após a construção da obra deverá haver prestação de serviço de que a Administração seja usuária direta ou indireta; a ideia bastante provável é a de que deverá haver a gestão do serviço pelo parceiro privado.

A contratação de parcerias-público privadas é complexa, pois tem de ser estudada tanto a viabilidade da proposta pela ótica do parceiro privado, quanto a viabilidade orçamentária para a Administração Pública. Se não houver viabilidade para o setor privado, certamente não aparecerão interessados em firmar a parceria. Todavia, pode acontecer de a Administração, no afã de construir determinada obra ou fornecer determinado serviço, contrate, de forma irresponsável, parceria público-privada inviável economicamente. Dessa forma, o artigo 14, da Lei 11.079/04, prevê, no âmbito da União, a existência de órgão gestor das parcerias público-privadas, o qual terá a função de: 1) definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; 2) disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; 3) autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; 4) apreciar os relatórios de execução dos contratos.

Além disso, o artigo 10, da Lei 11.079/04 estabelece uma série de requisitos para a abertura do processo licitatório, a maioria deles de cunho fiscal, como: 1) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; 2) 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; 3) 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; 4) seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no

âmbito onde o contrato será celebrado; 5) 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. Exige-se também consulta pública, licitação ambiental prévia e, por fim, que seja demonstrado a oportunidade e a conveniência de contratação da parceria público-privada.

É clara a grande preocupação do legislador com a viabilidade fiscal das parcerias público-privadas. De pouco adiantaria que os administradores concedessem ao setor privado a execução de serviços públicos, mas comprometessem irresponsavelmente o orçamento.

Em razão do valor mínimo das parcerias público-privadas ser de dez milhões de reais, a modalidade de licitação adotada deverá ser a concorrência. No entanto, podem ser adotados, além dos tipos de licitação menor preço, preço e técnica e melhor técnica, previstos na Lei 8.666/93, podem ser utilizados os critérios de escolha previstos nos incisos do caput, do artigo 15, da lei 8.987/95, como, por exemplo: 1) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; 2) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; 3) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica. Ademais, a lei 11.079/04, II, ainda prevê outros dois tipos de licitação: 1) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; 2) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital. Por causa da complexidade das parcerias público-privadas admite-se, além das propostas escritas em envelopes lacrados, propostas escritas seguidas de lances orais.

Conforme estabelece o art. 9º, da Lei 1.079/04, o ente privado, o qual poderá assumir a forma de sociedade anônima, deve ser sociedade de propósito específico, ou seja, constituído especificamente para o fim de executar o contrato de parceria público-privada. Ademais, a administração pública não poderá ser detentora da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico contratante.

Outra característica importante das parcerias público-privadas são as possibilidades de oferecimento de garantia por parte do ente público ao parceiro privado.

A garantia é importantíssima para a viabilidade dos contratos, pois, caso não existissem e houvesse inadimplemento por parte da Administração, a sociedade de propósito específico teria de ajuizar ação para obter os valores, sujeitando-se, assim, à toda a morosidade do judiciário e à sistemática dos precatórios.

As garantias são tão importantes para a viabilidade das parcerias público-privadas, como será visto no caso da Linha 4 do metrô de São Paulo, que o artigo 8º, da Lei 11.079/04, prevê, entre elas, até a possibilidade de vinculação de receitas. Observe-se o texto legal:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Sobre a importância especial das garantias nos contratos de parceria público-privada, atente-se à colocação de Gustavo Binenbojm (2005, p.11)

Uma das características peculiares dos contratos de PPP é o reforço das suas garantias em relação à generalidade dos contratos celebrados pela Administração Pública. A razão de ser de tal característica é de fácil compreensão: ao contrário dos demais contratos, as PPPs (i) exigem investimentos iniciais vultosos dos particulares, (ii) propõem sua amortização em longo prazo e (iii) no caso das concessões patrocinadas e das concessões administrativas de serviço público, não oferecem um objeto suficientemente atrativo para justificar per se os riscos assumidos pelos investidores privados.

O inciso V, do artigo 8º, da Lei 11.079/04, prevê a possibilidade de a garantia ser prestada por fundo garantidor. No âmbito da administração federal, a própria Lei 11.079/04 autorizou a União, suas autarquias e fundações públicas, a participar como cotistas de um fundo garantidor, com limite global de 6 bilhões de reais. O fundo tem natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, os quais não responderão por qualquer obrigação, salvo a integralização das cotas.

-III-

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA FIRMADA PARA A LINHA 4 AMARELA DO METRÔ DE SÃO PAULO

3.1 FONTES UTILIZADAS PARA A ANÁLISE DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA LINHA 4 AMARELA

A partir de agora, será estudado o modelo de parceria público-privada utilizado na Linha 4 Amarela do Metrô de São Paulo. Primeiramente, será feito um breve histórico da Linha, em seguida serão estudadas as cláusulas mais importantes do contrato de parceria firmado.

O estudo terá como base o edital de concorrência internacional nº 42325212/2005, o qual pode ser facilmente encontrado na internet. Infelizmente, o contrato de concessão patrocinada nº 4232521201/2006, referente à parceria público-privada da Linha 4 Amarela não pode ser obtido pela rede mundial de computadores.

Além disso, será utilizada como base a dissertação de Pedro do Carmo Baumgratz de Paula, intitulada “As Parcerias Público-Privadas do metrô em São Paulo: as Empresas Estatais e o Aprendizado Institucional no Financiamento da Infraestrutura de Serviços Públicos no Brasil”, realizada a fim de obter o grau de mestre pela faculdade de direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2014. A dissertação analisou as parcerias público-privadas realizadas nas linhas 4 e 6 do Metrô de São Paulo. A pesquisa de Pedro Baumgratz é bastante interessante, pois além da análise documental, promove entrevistas com atores fundamentais na realização dos contratos, os quais permanecem anônimos em sua dissertação, sendo identificados apenas por números.

3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A LINHA 4 AMARELA

Segundo estudo histórico realizado pelo jornal Folha de São Paulo (2015), a construção da Linha 4 Amarela já estava prevista no primeiro projeto detalhado sobre o metrô de São Paulo apresentado à prefeitura em 1968, pelo consórcio HDM, formado por três empresas. Em 1993, o trajeto foi definido pelo metrô de São Paulo. A construção da linha, no entanto, só começou oficialmente em 2004, sob o governo de Geraldo Alckmin. Em 2007, um acidente abriu uma grande cratera nas obras da estação Pinheiros, levando à morte de sete pessoas e ocasionando atraso nas obras. Em 2010 foram inauguradas as primeiras estações da linha: Paulista e Faria Lima. No anexo 1 deste trabalho, consta o mapa atualizado do transporte sobre trilhos em São Paulo até abril de 2018.

Segundo a cláusula primeira da minuta do contrato constante no edital¹⁰, a qual trata do objeto negocial, a linha 4 amarela será desenvolvida em três fases:

Primeira fase: estações Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz.

Segunda fase: estações Vila Sônia, São Paulo – Morumbi, Fradique Coutinho, Oscar Freire, Higienópolis-Mackenzie.

Terceira fase: estação Taboão da Serra.

Atualmente, a fase 1 está concluída, restando as estações São Paulo – Morumbi, prevista para ser inaugurada em 2018, e Vila Sônia, prevista para ser inaugurada em 2019, referentes à fase dois, e a estação Taboão da Serra, a qual ainda não iniciaram as obras e não possui prazo de conclusão, referente à fase 3¹¹. Quando pronta a fase 2, a linha terá 12,8 quilômetros de extensão. Funciona diariamente das 4h40min até 00h00min, exceto nos sábados, quando funciona das 4h40min até 01h00min do domingo¹².

A linha é operada pelo consórcio ViaQuatro, vencedor da concorrência para a realização da parceria público-privada no ano de 2006. O consórcio é composto pela Companhia de Concessões e Rodovias, detentora de 75% do capital acionário, a

10 <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjM5eazkfzaAhWIE5AKHXHsCWcQFghCMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.parcerias.sp.gov.br%2FParcerias%2FDocumento%2FDownload%3Fcodigo%3D2239&usg=AOvVaw1y8A5JloaZ3agqMbIgVL3D>

11 <https://www.metroptm.com.br/veja-com-estao-obras-na-linha-4-amarela-retomadas-em-2016/>

12 Informações constantes na página do consórcio ViaQuatro na internet. Endereço: www.viaquatro.com.br. Último acesso em 08/05/2018

RuaInvest Participações, detentora de 15% das ações, e pela Mitsui & Co. LTDA., detentora de 10% das ações¹³.

O sucesso na concessão da Linha 4-Amarela do metrô de São Paulo fez o Governo do Estado repetir a utilização das parcerias público-privadas com a concessão das Linhas 5-Lilás e Linha 17-Ouro. No dia 19 de janeiro de 2018, ambas as linhas foram concedidas ao Consórcio Viamobilidade, formado pelas empresas Ruainvest e CCR, pelo valor de R\$ 553.000.000,00 (quinhentos e cinquenta e três milhões de reais)¹⁴.

3.3 OPÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO PELA UTILIZAÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

A Linha 4 do metrô de São Paulo foi construída com ajuda de financiamento do Banco Mundial. A entidade, na época, exigiu para a liberação dos recursos que fosse adotado um modelo que contasse com a participação da iniciativa privada. Quando as obras foram iniciadas, contudo, ainda não havia sido promulgada a Lei 1.079/04, o que fez o Banco Mundial abrir exceção no contrato e possibilitar que não houvesse participação da iniciativa privada se a legislação não permitisse.

As obras foram iniciadas, então, por conta da própria Companhia do Metropolitano de São Paulo. Com a possibilidade de realização de parcerias público-privadas, resultante do advento da Lei 11.079/04, decidiu-se, então, que caberia ao concessionário a compra dos trens. Sobre o tema, eis a entrevista realizada com um alto executivo do metrô de São Paulo, o qual se mantém anônimo, constante na dissertação de mestrado de Pedro do Carmo Baumgratz de Paula (2014, p. 48-49):

O negócio chamado metrô, enquanto negócio, é um mau negócio e é autofágico (...) quando eu digo que ele é autodestrutivo do ponto de vista econômico é porque, na medida em que você cresce e oferece mais serviço, você não gera proporcionalmente novos passageiros para pagar o serviço. Na verdade, você gera novos passageiros, mas você os passageiros atuais vão se realocando no sistema de maneira que a tarifa média vai diluindo, caindo.

Eu estou falando isso para voltar lá em 1998, porque quando o Banco Mundial diz “olha você vai ter que fazer a concessão”, o governo de SP

13 Informações constantes na página do consórcio ViaQuatro na internet. Endereço: <http://www.viaquatro.com.br/a-via-quatro/estrutura-acionaria>. Último acesso em 08/05/2018

14 <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/leilao-de-concessao-das-linhas-5-e-17-do-metro-consegue-185-de-agio/>

pensa “como vou fazer a concessão? Eu não posso dar subsídios para a concessionária”. Estamos sob o regime da Lei 8.987/1998, em que o estado não pode subsidiar a tarifa. Portanto, os únicos serviços passíveis de concessão são aqueles em que as internalidades sustentam o negócio. Não é o caso do metrô. E aí o governo volta para o BM e diz “nós podemos tentar, mas com o que tem no Brasil hoje não vai dar”. E aí fica uma cláusula no empréstimo dizendo que o BM poderá considerar cumprida a obrigação se o Governo de SP demonstrar através de estudos que é inviável fazer a concessão.

Bom, começa a licitação da obra estruturada da seguinte forma: túneis – obra civil -, sistema de energia, sistemas auxiliares e as estações, o Estado faz; trem e sistema de sinalização - resumindo-, é um problema para depois a gente ver quem vai fazer.

(...) E aí eu entro na Companhia do Metropolitano em 2002 com essa licitação da obra e sistema de energia em curso. E ainda sem ninguém saber como iria “botar o trem na linha”. A gente até brincava que se não desse certo a compra dos trens, nós teríamos a maior ciclovía subterrânea do planeta.

Outro desafio enfrentado pelo Governo do Estado de São Paulo foi a elaboração do contrato. Era preciso dialogar com os entes privados a fim de compreender como tornar um serviço deficitário em um serviço atrativo economicamente. Um contrato de parceria público-privada do porte do contrato realizado para a concessão da Linha 4 tem que levar em conta o máximo possível de dificuldades e eventualidades que podem surgir durante sua execução.

Dessa forma, contratou-se o Unibanco para realizar a função de consultor, promovendo o diálogo entre o poder público e a iniciativa privada. Sobre a atuação do Unibanco, eis o que disse o Entrevistado 1, um procurador do estado envolvido no processo de elaboração dos editais da Linha 4 (Paula, 2014, p. 50-51):

Na Linha 4 você tinha a figura de um *advisor* do poder público, que era o Unibanco. Não era o *advisor* dos sonhos, tinha uma estrutura limitada para mobilizar esse projeto, até porque foi um projeto que levou muito tempo para avançar, mas ele cumpriu bem o papel de intermediário entre o setor público e o setor privado. Ele fazia isso de uma forma muito institucional, ele ouvia o setor privado, tinha reuniões com o governo para trazer as percepções, filtrar as percepções, opinar sobre elas e propor quais eram realmente relevantes e quais não eram. Ele promoveu vários encontros entre as equipes técnicas do governo e esses players. Fazendo isso nas instalações do banco, noticiava quem quisesse vir para dialogar. Organizava as reuniões, porque, às vezes, se você bota dois competidores numa sala nenhum vai abrir a boca. Então se faziam reuniões separadas com a mesma equipe, faziam-se atas dessas reuniões.

Também sobre o assunto falou o Entrevistado 2, um lato executivo da Companhia do Metropolitano de São Paulo entre os anos de 2002 e 2012 (Paula, 2014, p. 51):

Era o Unibanco que conversava com o setor privado. A gente não tinha contato com eles. Por isso eu sempre fui, depois acabei derrotado dentro das discussões do Governo do Estado, favorável a contratar.(...) Porque quem decide se vai ou não vai haver financiamento, é um banco. Portanto, se você tem um banco do seu lado, você passa a ter um olhar do financiador, que é um olhar diferente do seu (público), que é diferente do investidor, que é diferente do operador. Você passa a ter contato direto com essa figura, que tem um olhar muito peculiar sobre um projeto desse e, portanto, ele faz com que você ganhe muito tempo dizendo “não adianta você colocar isso no edital, isso é legal para você, mas não vai ter um licitante porque não tem um banco que financie”. Ele [também] faz uma ponte com o setor privado que você, e ainda mais agora depois dessa discussão de cartel – e, com todo o respeito, com uma quantidade de ignorância que vem na esteira das discussões; as pessoas acham que o administrador público não pode conversar com o setor privado, então como você contrata, por exemplo, a fabricação de um trem? Você compra um trem e não pode conversar com a empresa? Enfim, o banco cumpre esse papel para a gente, ele dizia “olha, eu conversei com o banco X e ele diz que se for assim ele não vem, mas isso é bobagem, ele vem sim; agora essa outra questão ele não vem mesmo”. E depois, por uma série de razões, o estado decidiu não mais fazer essas contratações, o que eu lamento muito. Acho que seria mais rápido e teríamos modelos melhores se o estado tivesse assessoria de bancos privados.

Contata-se a grande importância da consultoria para a compreensão das condições impostas pelos bancos para a realização de empréstimos às empresas interessadas em firmar o contrato de parceria público-privada. O diálogo com o setor privado não pode ser deixado de lado em parcerias da magnitude da contratada para a Linha 4 do metrô de São Paulo.

3.4 OBJETO E O PRAZO DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA LINHA 4 AMARELA

A cláusula segunda da minuta do contrato prevê as obrigações de investimentos serem realizadas pelo parceiro privado. Na primeira fase, as obrigações são: **1)** 14 (quatorze) Trens metroviários do Sistema de Material Rodante, com seis carros cada; **2)** Sistema de Sinalização – Estações, Via e Pátio; **3)** Subsistema de Comunicação Móvel de Voz e Dados do Sistema de Telecomunicações; **4)** Sistema de Controle do Pátio Vila

Sônia; **5)** Sistema de Supervisão e Controle Centralizado. Para a segunda fase, as obrigações são: **1)** 15 (quinze) Trens Metroviários do Sistema de Material Rodante; **2)** Sistema de Sinalização; **3)** Subsistema de Comunicação Móvel de Voz e Dados do Sistema de Telecomunicações; **4)** Sistema de Controle do Pátio Vila Sônia; **5)** Sistema de Supervisão e Controle Centralizado. Além disso, a concessionária é obrigada a operar e manter a linha de acordo com as diretrizes técnicas previstas no contrato e a operar o trecho entre o Taboão da Serra e a Vila Sônia com ônibus, sem a cobrança de tarifa adicional.

O concedente, no caso o Estado de São Paulo, por sua vez, ainda segundo a cláusula segunda, é obrigado a construir as estações, incluindo os sistemas de ventilação, escadas e esteiras rolantes, elevadores, bombas, iluminação, detecção de inocência e portas da plataforma. Além disso, é responsável pelos túneis para a passagem dos trens, sistema de energia, telecomunicações, construção do pátio Vila Sônia, sistema de controle de arrecadação e de passageiros.

Se constata, então, que o concedente teria atuação focada na execução das obras físicas da Linha 4, enquanto o concessionário teria atuação focada da compra e operação dos trens, juntamente com a sinalização das plataformas. Já a cláusula quarta estabeleceu que o contrato terá vigência de 32 anos, contados de sua assinatura, podendo ser prorrogada até o máximo de 35 anos. O objetivo foi assegurar o prazo mínimo de exploração econômica de 30 anos.

O valor do contrato, segundo a cláusula 5, foi de R\$ 790.000.000,00 (setecentos e noventa milhões de reais). O montante corresponde ao total estimado dos investimentos de responsabilidade da concessionária.

3.5 MECANISMOS DE GARANTIA

Para que o contrato fosse economicamente viável para o parceiro privado, era necessário que existesse garantia de que as obras a cargo do concedente ficariam prontas dentro do cronograma e que o concessionário receberia sua contraprestação pecuniária dentro do prazo. Assim foram estabelecidas compensações, previstas na cláusula 11 do

contrato, para o caso de atraso por parte do concedente. As garantias mais importantes são:

1. Caso os atrasos para a conclusão da FASE I ultrapassem em 3 meses o prazo estimado para o início da operação comercial da Fase I: R\$ 5.220.000,00 (cinco milhões, duzentos e vinte mil reais) mensais, ou *pro rata die*, limitados ao máximo de 18 meses;

2. Caso os atrasos para a conclusão das obras de infraestrutura da Fase II ultrapassem em 3 meses o prazo estimado para o início da operação comercial da Fase II: R\$ 2.335.000,00 (dois milhões, trezentos e trinta e cinco mil reais) mensais, ou *pro rata die*, limitado ao saldo ainda disponível do penhor realizado pela Companhia Paulista de Parcerias;

3. Caso a ordem de serviço de fabricação da Fase I não seja emitida no prazo de 6 meses contados da emissão da ordem de serviço do projeto da Fase I: 1.167.500,00 (um milhão cento e sessenta e sete mil e quinhentos reais) mensais, ou *pro rata die*, até o limite de 12 meses.

4. Possibilidade de rescisão do contrato por parte da concessionária caso as obras de infraestrutura da Fase I não fiquem pronta até 15 meses após findo o prazo para início da operação comercial. Nesse caso, a concessionária fará jus ao recebimento imediato de multa compensatória equivalente ao saldo ainda disponível do valor total das garantias prestadas pela Companhia Paulista de Parcerias.

Como já explicado, o art. 8ª, da Lei 11.079, previu a possibilidade de ser criado fundo garantidor das parcerias público-privadas, a fim de evitar a aplicação da sistemática dos precatórios. Dessa forma, foi usada a Companhia Paulista de Parcerias para garantir os pagamentos. Sobre o tema, atente-se ao que disse Pedro de Paula (2014, p. 54-55):

Por essas razões, optou-se pelo modelo de garantia descrito na cláusula décima-primeira (subitens 11.13 e 11.14, transcritos no anexo 5). Nesse modelo, a Companhia Paulista de Parcerias (CPP) assumiu a condição de fiadora das obrigações acima mencionadas. Como forma de assegurar que a fiança prestada implicaria, efetivamente, no pagamento de valores eventualmente devidos à título de compensação ou multa, a CPP, no mesmo ato, comprometeu-se a dar em penhor quotas de fundo de investimento constituído para esse fim.

Dessa forma, o arranjo contratual orquestrado, ilustrado no Quadro 1, foi o que segue. A companhia Paulista de Parcerias (CPP) aplicou recursos em um Fundo de Investimentos composto por títulos da dívida pública com projeção de rendimento superior à atualização monetária

das contraprestações. Após a alocação de recursos nesse fundo de investimento, a CPP deu em penhor as quotas do fundo como garantia das obrigações que assumiu a título de fiadora no contrato.

Segundo a cláusula 14 do contrato, a concessionária foi obrigada, por sua vez, a prestar garantia no valor de R\$ 79.000.000,00 (setenta e nove milhões de reais). Os recursos serão gradualmente liberados com base nos seguintes percentuais, previstos na cláusula 14.10:

25% (vinte e cinco por cento) na apresentação do conjunto de instrumentos jurídicos que assegurem o financiamento e fornecimento dos 14 (quatorze) Trens Metroviários do Sistema de Material Rodante da FASE I;

20% (vinte por cento) no início da operação comercial da FASE I;

40% (quarenta por cento) na apresentação do conjunto de instrumentos jurídicos que assegurem o financiamento e fornecimento dos Trens Metroviários do Sistema de Material Rodante da FASE II;

10% (dez por cento) no início da operação comercial da FASE II;

5% (cinco por cento) no TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO.

Como afirmado no capítulo sobre a Lei 11.079/04, de pouco adiantariam as garantias se elas só pudessem ser executadas pelo ente privado por meio da sistemática dos precatórios estabelecida pela Constituição da República. O parceiro privado não teria a mínima segurança quanto ao recebimento dos valores, aumentando bastante os custos do contrato ou até mesmo inviabilizando a sua execução.

Dessa forma, a Companhia Paulista de Parcerias (CPP) assumiu a condição de fiadora das obrigações do contrato. Para tanto, aplicou R\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de reais) em um fundo de investimentos composto por títulos da dívida pública, os quais devem ser atualizados com o mesmo índice da tarifa de remuneração, a qual será estudada adiante.

Eis o estabelecido pela cláusula 11.14.1, a qual estabeleceu as características do Fundo de Investimentos, o qual foi fundamental para a viabilidade do contrato:

- os títulos da dívida pública federal deverão ter a forma escritural, cotação de mercado e registro em sistema centralizado de liquidação e custódia, autorizado a funcionar pelo Banco Central do Brasil;
- o Fundo de Investimento constituído para atender ao disposto no item 11.4 deverá ter a CPP como única quotista e aplicará os recursos alocados em títulos da dívida pública federal;

- após a constituição do Fundo de Investimento, o seu regulamento somente poderá ser alterado com a concordância da CONCESSIONÁRIA;
- o gravame do PENHOR estender-se-á automaticamente aos rendimentos produzidos pelos títulos da dívida pública federal ou quotas do Fundo de Investimento ;
- os títulos da dívida pública federal ou as quotas do Fundo de Investimento permanecerão indisponíveis e na custódia de instituição financeira independente, durante toda a vigência do PENHOR;
- a CPP outorgará poderes irrevogáveis à instituição financeira custodiante para liquidar os títulos da dívida pública federal ou das quotas do Fundo de Investimento, no valor necessário ao pagamento das OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS inadimplidas;
- no caso de inadimplemento das OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS pelo PODER CONCEDENTE, a CONCESSIONÁRIA deverá comunicar o fato a CPP, concedendo-lhe o prazo de 5 (cinco) dias corridos para o pagamento espontâneo;
- vencido o prazo de 5 (cinco) dias, sem que tenha ocorrido o pagamento espontâneo, a CONCESSIONÁRIA poderá solicitar diretamente à instituição financeira custodiante a imediata liquidação dos títulos da dívida pública federal ou quotas do Fundo de Investimento empenhados e o pagamento das OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS inadimplidas;
- o PENHOR subsistirá até o início da operação comercial da FASE II, desde que tenham sido integralmente cumpridas as OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS, não sendo admitida a extinção parcial da garantia, sem a concordância expressa da CONCESSIONÁRIA.

Além das garantias apresentadas, não se pode olvidar a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico, previsto no art. 57, §1º, da Lei 8.666/93, o qual foi inserido na cláusula 13 do contrato. O reequilíbrio é fundamental para evitar que o contrato se torne excessivamente oneroso para um dos contratantes.

Segundo a cláusula 13.5, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não poderá importar efeito retroativo superior a 180 dias da data da apresentação do pleito. Além disso, estabelece a cláusula 13.4 que o prazo para a conclusão do procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro não poderá ser superior a 60 dias.

3.6 SEPARAÇÃO ENTRE A TARIFA REMUNERATÓRIA E A TARIFA POLÍTICA

A fim de que a Linha 4 fosse realmente integrada ao restante do metrô e do sistema de trens de São Paulo, geridos pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) e pela Companhia Paulista de Trens Urbanos (CPTM), decidiu-se que o usuário não teria de comprar novo bilhete para acessar os trens da linha 4. No entanto, tal escolha trouxe uma nova dificuldade ao contrato, pois não seria viável que a tarifa recebida pelo parceiro privado ficasse à mercê de decisões políticas do ente público.

Imagine-se, por exemplo, que em determinado ano o governo decida não aumentar o valor das passagens, com base em decisões estratégicas de cunho político. Exemplo disso ocorreu no ano de 2013, quando após aumentar as passagens do transporte público de R\$ 3,00 para R\$ 3,20, a prefeitura da Cidade de São Paulo e o Governo do Estado de São Paulo anunciaram que cancelariam o aumento, em razão dos protestos acontecidos¹⁵. Nesse caso, se o concessionário fosse remunerado com base na tarifa cobrada do usuário, sofreria grande prejuízo financeiro, de modo a inviabilizar a concessão patrocinada.

Dessa forma, as cláusulas sexta à nona do contrato estabeleceram que o concessionário seria remunerado por contraprestações e por remuneração tarifária, chamada tarifa contratual, distinta daquela paga pelos usuários, chamada tarifa política. Ressalte-se, também, que a concessionária pode obter receitas com exploração de comércio, serviços e publicidades, por exemplo, desde que não atrapalhem o transporte de passageiros.

Nesse sentido, eis o afirmado por Pedro de Paula (2014; p. 56-57):

As manifestações sociais iniciadas em São Paulo em junho de 2013 (comumente referidas como “jornadas de junho”) deixam clara a seletividade política da alteração tarifária em transportes públicos nos grandes centros urbanos brasileiros.

Em termos práticos, o problema ao desenhar o modelo da linha 4 era: como, ao se decidir que a tarifa paga pelo usuário não será aumentada de R\$ 3,00 para R\$ 3,20, em junho de 2013, o governo estadual pode assegurar que essa decisão política não impactará na remuneração do concessionário que é, por lei, composta dela tarifa?

A solução foi adotar uma diferenciação das tarifas. Há uma “tarifa política”, aquela paga pelo usuário para acessar o sistema e usar o

15 <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/19/sao-paulo-reduz-tarifa-apos-pessao-popular.htm>

serviço, e há uma “tarifa contratual”, a que o concessionário faz jus por cada passageiro transportado.

Essa diferenciação serviu não só como facilitador da fórmula de reajuste tarifário mas também como equacionador das questões de gratuidades do sistema que seriam uma dificuldade adicional. Isto é, a tarifa contratual tem seu reajuste contratualmente previsto e absolutamente isolado da definição de tarifa política (cobrada do usuário para acessar o sistema). Adicionalmente, a existência das gratuidades legais (redução do valor para estudantes, isenção da cobrança de tarifa para idosos e portadores de determinadas enfermidades, entre outros) é, também, considerada uma questão política e, por isso, não afeta o concessionário, que receberá sua tarifa de remuneração por passageiro transportado, independentemente do “tipo” de passageiro.

As contraprestações, previstas na cláusula sexta da minuta do contrato, consistiam em 48 parcelas, separadas em dois grupos de 24, com cada grupo apresentando parcelas de mesmo valor. Já a tarifa contratual, também prevista na cláusula sexta, foi fixada em R\$ 2,08 por passageiro transportado, na data base de primeiro de fevereiro de 2005.

A cláusula sétima estabeleceu que o valor da tarifa contratual será atualizado anualmente em primeiro de fevereiro. Já a cláusula oitava estabeleceu que o cálculo da tarifa contratual levará em conta o seguinte critério (cláusula 8.1):

- a) 100% (cem por cento) da TARIFA DE REMUNERAÇÃO multiplicada pelo número de entradas de passageiros exclusivos, assim considerado aqueles, pagantes ou gratuitos, que utilizam exclusivamente a LINHA 4 – AMARELA, sem se utilizar de nenhuma outra linha metroferroviária (PASSAGEIRO EXCLUSIVO).
- b) 50% (cinquenta por cento) da TARIFA DE REMUNERAÇÃO multiplicada pelo número de entradas de passageiros integrados no sistema metro-ferroviário, assim considerado aqueles, pagantes ou gratuitos, que utilizam a LINHA 4 – AMARELA, em combinação com outras linhas operadas pela COMPANHIA DO METRÔ, da CPTM, ou de ambas, em qualquer sentido (PASSAGEIRO INTEGRADO).

Ademais, conforme estabeleceu a cláusula 8.2, 20% do valor da tarifa contratual é estabelecido com base em índices de qualidade do serviço prestado pela concessionária. Estes são medidos com base em indicadores técnicos, de reclamação, satisfação do usuário e medição dos resultados.

Os indicadores técnicos são: intervalo entre os trens, tempo médio de percurso, cumprimento da oferta programada, acidentes com usuários na linha, crimes com usuários na linha e validação do acesso. O índice de medição dos resultados é obtido levando em conta: índice de qualidade de manutenção do material rodante, índice de qualidade de

manutenção das estações, índice de qualidade de manutenção da via, índice de disponibilidade do terminal de monitoração no centro de comando Vergueiro e fator multiplicativo de confiabilidade. O indicador de reclamação e o indicador de satisfação são calculados com base no índice Geral de Satisfação do Usuário e do índice de Reclamações Gerais da linha.

Por fim, com base na cláusula 11, a tarifa contratual pode ser ajustada para mais, caso a demanda projetada seja inferior à demanda real de passageiros. Há duas faixas de reajuste, sendo a primeira caso a demanda real fique entre 60% e 80% da demanda projetada e a segunda caso a demanda real fique entre 80% e 90% da demanda projetada.

A tarifa também pode ser reajustada para menos, havendo duas faixas de reajuste. A primeira, na hipótese de a demanda real ser de 110% a 120% superior à demanda projetada, e a segunda, na hipótese de a demanda real ficar entre 125 e 140% da demanda projetada. Na hipótese de a demanda ficar entre 90% e 110% não há alteração na tarifa (cláusulas 11.1.4, 11.1.5 e 11.1.6).

3.7 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O contrato de parceria público-privada referente à Linha 4 do metrô de São Paulo tenta evitar que as controvérsias sejam debatidas no âmbito do Poder Judiciário, o qual é muitas vezes moroso. A morosidade judicial é uma das causas para a insegurança jurídica no Brasil, podendo aumentar o custo dos negócios jurídicos.

Assim, a cláusula 35 do contrato prevê, primeiramente, a possibilidade de instauração de comitê de mediação, a fim de que seja obtida a solução consensual dos conflitos. O comitê, com base na fundamentação, documentos e estudos apresentados pelas partes, apresentará a proposta de solução amigável, que deverá observar os princípios próprios da administração pública. A proposta do comitê de mediação, contudo, não será vinculante para as partes, que poderão optar por submeter a controvérsia a juízo arbitral ou ao Poder Judiciário, conforme o caso. Além disso, a mediação também será considerada prejudicada se a solução amigável não for apresentada pelo comitê de mediação no prazo de 60 dias a contar do pedido de instauração do procedimento.

A cláusula 35.11. estabelece hipóteses em que, caso a solução amigável não seja obtida por meio do comitê de mediação, a controvérsia será necessariamente submetida a juízo arbitral. Eis o que diz o contrato:

- reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO;
- implantação e funcionamento do SISTEMA DE ARRECADAÇÃO CENTRALIZADA, bem como a repartição de arrecadação;
- reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual do PODER CONCEDENTE ou das partes intervenientes e anuentes;
- cálculo e aplicação do reajuste tarifário previsto no CONTRATO;
- acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no CONTRATO;
- definição do número de trens que deverão ser adquiridos pela CONCESSIONÁRIA para operação da FASE II, tendo em vista o resultado dos ESTUDOS DE REPROJEÇÃO DE DEMANDA;
- aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos na Cláusula Décima primeira;
- valor da indenização no caso de extinção da CONCESSÃO;
- inconformismo de qualquer das partes com a decisão do Comitê de Mediação, nas hipóteses previstas no item 20.5.3. da Cláusula Vigésima; e
- qualquer divergência entre as partes quanto aos termos do Programa de Desmobilização previsto no item 23.2. da Cláusula Vigésima Terceira.

Nada impede que outros assuntos sejam discutidos também em juízo arbitral. O que o contrato pretende é apenas estabelecer que os assuntos listados na cláusula 35.11 serão obrigatoriamente submetidos à arbitragem. Ademais, conforme a cláusula 35.13, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) é o foro competente para instaurar e administrar o processo.

O tribunal arbitral será composto por três membros titulares e três suplentes, cabendo a cada parte indicar um titular e um suplente. O terceiro árbitro e seu suplente serão escolhidos de comum acordo pelos titulares indicados pelas partes, devendo ter experiência mínima de dez anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto da controvérsia.



A presidência do tribunal será exercida pelo terceiro árbitro. Caso não haja consenso entre as partes quanto à indicação do terceiro árbitro, ele será indicado pela Câmara de Comércio Internacional.

Caso seja necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral, ou mesmo durante o procedimento amigável de solução de divergências, as partes poderão requerê-las diretamente ao Poder Judiciário. As decisões tomadas pelo tribunal arbitral serão vinculantes entre as partes. Por fim, para a hipótese de demandas judiciais, é estabelecido o Foro Central da Comarca do Estado de São Paulo.

-IV-

CONCLUSÃO

A partir da década de 1980, o modelo de bem-estar social exauriu a capacidade dos países europeus investirem por conta própria em infraestrutura, pois não detinham mais capacidade fiscal para tanto. Foi necessário, então, buscar modos de investir em infraestrutura que não comprometessem as contas públicas. Nesse sentido, a Inglaterra foi pioneira ao criar a *Private Finance Initiative*, possibilitando parcerias entre a iniciativa privada e o poder público.

No Brasil, não foi diferente, embora as soluções para o problema fiscal só tenham começado a aparecer na década de 1990, após o colapso das contas públicas na década de 1980. O Governo Collor criou o Plano Nacional de Desestatização, o qual previu a privatização de empresas públicas, principalmente na área de siderurgia, fertilizantes e petroquímica. Já no Governo Fernando Henrique Cardoso foram dados vários passos no sentido de passar a Administração Pública brasileira da fase burocrática para a fase gerencial. A Lei de Concessões de Permissões possibilitou que o ente público transferisse ao ente privado a exploração de determinado serviço sem que a propriedade fosse, de fato, transferida. Criaram-se, também, as agências reguladoras e agências executivas, além do movimento de publicização, o qual permitiu que entidades paraestatais exercessem serviços públicos não exclusivos da Administração Pública.

Todavia, as reformas realizadas ainda não foram suficientes. Há serviços que não são, por si só, atrativos à iniciativa privada, por não serem lucrativos quando se cobra apenas a tarifa cobrada dos usuários ou por demandarem altos investimentos. Nesse sentido, foi preciso criar um modelo em que a Administração pudesse complementar a tarifa cobrada pelo ente privado aos usuários ou pudesse assumir inteiramente o valor a ser pago. Assim, foi sancionada em 2004 a Lei 11.079, a qual dispôs sobre as parcerias público-privadas.

A Lei 11.079/04 cria duas modalidades de parcerias público-privada: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. As primeiras envolvem, além da tarifa cobrada pelo usuário do serviço, contraprestação da Administração Pública. As segundas ocorrem quando a própria administração é usuária direta ou indireta do serviço e não há tarifa cobrada de particulares.

A Linha 4 do metrô de São Paulo é um caso emblemático de utilização das parcerias público-privadas. Para que fosse viável, houve intensas conversas com o setor privado, através do Unibanco, que exerceu o papel de *adviser*, um contrato da dimensão do aqui estudado precisa levar em conta todas as eventualidades possíveis.

Um dos principais pontos do contrato é a diferenciação entre a tarifa política, aquela cobrada pelo poder público dos usuários, que pode variar de acordo com o cenário eleitoral, e a tarifa remuneratória, aquela efetivamente paga pela Administração ao concessionário e que varia de acordo com taxas preestabelecidas. A forma de garantia do pagamento das prestações pelo poder público, com a constituição de um fundo exclusivo, também é outra característica muito importante.

A principal conquista da parceria público-privada realizada para a concessão da Linha 4 é a demonstração de viabilidade de prestação de serviços públicos por parceiros privado com o auxílio da Administração. É a parceira que se firma para que seja possível a prestação de um serviço sem que o ônus financeiro recaia totalmente sobre o ente público. O modelo mostrou-se vantajoso, como não deixaria de ser, e foi aplicado também na Linha 5 Lilás do metrô de São Paulo, além de que será aplicado em breve à Linha 15 Prata.

Com a crise fiscal pela qual passa o Brasil, a qual culminou com a aprovação da Emenda Constitucional 95/2016, devem ser buscados novos meios para assegurar os investimentos em infraestrutura. Não podem mais os administradores públicos brasileiros pretenderem que a infraestrutura seja construída com base em recursos exclusivamente públicos.

REFERÊNCIAS

ALEM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fabio. **O BNDES em um Brasil em transição. 2010.** Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_brasil_em_transicao/brasil_em_transicao_completo.pdf, acesso em 07/05/2018.

ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado.** 19 ed. São Paulo: Método. 2011

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=32>. Último acesso em 02/05/2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Lua Nova. Ed. 45. **A Reforma do Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle.** 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n45/a04n45.pdf>. Último acesso em 04/06/2018.

COSTA NETO, Rolando Azevedo da. **Parcerias Público Privadas (PPP'S).** Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22 ed. São Paulo: Atlas. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 31 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

EDITAL DE LICITAÇÃO E MINUTA DO CONTRATO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA LINHA 4: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwju8_iGtr3bAhVGlpAKHXtbDo8QFgg4MAI&url=http%3A%2F%2Fwww.parcerias.sp.gov.br%2FParcerias%2FDocumento%2FDownload%3Fcodigo%3D2239&usq=AOvVaw1y8A5JloaZ3agqMbIgvVL3D. último acesso em 11/06/2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/07/1662639-veja-a-saga-da-construcao-da-linha-4-amarela-do-metro-de-sao-paulo.shtml>. Último acesso em 11/06/2018.

LIMA, Jaqueline Baptista de Souza, PAULA, Luciane Argenta de Mattes, PAULA, Rogério Carvalho de. **Entendendo a Parceria Público Privada no Brasil: Uma Análise Preliminar.** Dissertação apresentada no Curso de Especialização Latu Sensu em Administração Pública – Turma V, da Fundação Universidade de Rondônia.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Publica Direito. **Burocracia Brasileira, Reforma Administrativa e Estado Novo: O Papel do Aparato Administrativo no Governo Vargas.** 2015. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb3ab47df27cce33>. Último acesso em 29/05/2018.

PAIVA, Silvia Maria Caldeira. **A privatização no Brasil: breve avaliação e perspectivas.** Ensaio FEE. V.17. N 2. 1996. Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/issue/view/99>. Último acesso em 11/04/2018.

PEREIRA, Carlos Eduardo de Queiroz. **Parcerias Público-Privadas: Novo Modelo brasileiro de Concessão de Serviço Público e Novos Desafios Para o Controle.** Dissertação para a conclusão de curso de especialização latu sensu da Universidade de Brasília. 2006.

PINTO, Marcos Barbosa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** A função econômica das PPPs., Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, p. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 11/04/2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas, in **Parcerias Público-Privadas.** Editora Malheiros. 2005.

VIAQUATRO, página oficial: www.viaquatro.com.br. Último acesso em 11/06/2018

INFORMAÇÕES SOBRE O AUTOR



Lucas Galindo Miranda

Nascido em Ribeirão Preto (SP), em 06/04/1993, passou a residir em Recife (PE) em 1997, onde concluiu o ensino médio. Estudou Direito na Faculdade de Direito na Universidade Federal de Pernambuco, concluindo a graduação em janeiro de 2016, com apresentação de trabalho sobre a cláusula de barreira no direito eleitoral brasileiro. Na graduação, foi monitor de hermenêutica jurídica. Em 2018 concluiu pós-graduação também na UFPE, com a elaboração do trabalho que deu origem a este livro.

Durante a graduação, estagiou na Comissão Permanente de Licitação do Hospital Universitário Oswaldo Cruz. Em seguida, passou pela Justiça do Trabalho e pela 11ª Vara Cível, do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Em 2014 estagiou na Procuradoria Regional Eleitoral de Pernambuco. Em 2015, estagiou no Ministério Público Federal, com experiência em processos penais e processos de improbidade administrativa. Também estagiou em escritório de advocacia, com ênfase em Direito Administrativo.

Trabalhou como advogado autônomo. Em 2017 tomou posse como técnico judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, sendo lotado na Seção de Feitos Cíveis e Administrativos da Corregedoria. Em 2019, assumiu o cargo de analista judiciário – área judiciária, no mesmo Tribunal, sendo lotado no cartório eleitoral de Juquiá-SP. Em 2021 tomou posse no cargo de analista judiciário – área judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, sendo lotado no cartório eleitoral de Buíque/PE.



ISBN: 978-6-58992-869-0



9 786589 928690