

COMENTÁRIOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DE CERTIFICADORAS DE IMPLANTAÇÃO E VERIFICADORES INDEPENDENTES EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Camila Rocha Cunha Viana¹

Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado²

Sumário: 1. Introdução; 2. Certificadora de implantação e verificador independente: o que são?; 2.1. Certificadora de implantação; 2.2. Verificador independente; 2.3. Como escolher e contratar a certificadora de implantação e o verificador independente; 3. A experiência do Estado de São Paulo; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em geral, a fase de modelagem de projetos de concessões e PPPs é a que concentra a maior parte dos esforços materiais e humanos do setor público. Nesse momento, a burocracia estatal dedica-se intensamente à depuração dos *inputs* recebidos do setor privado e à elaboração e redação de instrumentos e documentos técnicos que reflitam as melhores práticas em matéria de licitações e contratos (alocação de riscos, equilíbrio econômico-financeiro, indicadores de desempenho, entre outros temas).

Entretanto, pouco se debate sobre as complexidades e dificuldades que permeiam o acompanhamento da execução desses contratos pelo

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela USP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.

Poder Público. Uma gestão contratual desconectada das premissas de modelagem põe em risco os inúmeros esforços dedicados à estruturação do projeto, bem como os ganhos de eficiência obtidos no *design* contratual e no procedimento licitatório.

Contratos de longo prazo são, por sua natureza, incompletos. Como decorrência, as cláusulas contratuais cada vez mais se dedicam a processualizar a tomada de decisão futura e menos a prever todas as inúmeras intempéries que podem impactar o contrato³. Busca-se, dessa forma, disciplinar a dinâmica do ajuste no tempo para fazer frente à cambiante conjuntura⁴.

Nesse contexto, a boa gestão de contratos de longo prazo pelo setor público, inclusive e especialmente nas hipóteses de lacuna, garante que os projetos atinjam seus objetivos e proporcionem à sociedade equipamentos e serviços de interesse público.

Por outro lado, debater esse tema significa lançar luzes sobre as deficiências da burocracia estatal, a qual padece da escassez de recursos materiais e humanos aptos a gerenciar contratações sofisticadas de valores significativos.

Em setores regulados, as dificuldades aparentam ser mais bem equacionadas em razão da estrutura das agências reguladoras, às quais é atribuída a gestão dos contratos, incluindo a fiscalização da implantação da infraestrutura e o cumprimento de metas de investimentos e indicadores do serviço⁵.

Porém, o que se observa na maior parte dos órgãos e entidades da Administração Pública é a ausência de unidades especializadas e dedi-

3 MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no Direito Brasileiro*. In: LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 1997, p. 4. Disponível em: <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em 30.06.2019. p. 132 *et seq.*

4 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 219.

5 No caso da PPP da Rodovia dos Tamoios, p.e., a ARTESP é responsável pela avaliação de desempenho do parceiro privado na execução do objeto contratual, bem como pela fiscalização e verificação do cumprimento dos eventos para desembolso das parcelas do aporte de recursos e do cronograma executivo do Trecho Serra – SP 099. A cláusula 25.3 autoriza, contudo, que a ARTESP contrate uma fiscalizadora ou entidade certificadora para auxiliá-la em tais atribuições.

cadadas exclusivamente à gestão de contratos de longo prazo, sendo corriqueira a designação de apenas um único servidor público – habituado a acompanhar contratações da Lei federal nº 8.666/93 – como gestor de um contrato de PPP (em geral, o único contrato desse modelo do órgão). Com um acompanhamento deficiente desses contratos, perde-se a oportunidade de colher subsídios relevantes para modelagens futuras a partir dos erros e acertos na experiência adquirida.

Nesse cenário de desafios, emergem as figuras da certificadora de implantação e do verificador independente como auxiliares na gestão dos contratos e na tomada de decisão pelo Poder Concedente e pelas concessionárias.

2. CERTIFICADORA DE IMPLANTAÇÃO E VERIFICADOR INDEPENDENTE: O QUE SÃO?

2.1. Certificadora de implantação

A certificadora de implantação atua na fase pré-operacional do projeto, acompanhando a execução das obras civis e certificando o cumprimento das etapas e especificações técnicas para a implantação da infraestrutura. Trata-se de ferramenta útil tanto em contratos de PPPs com previsão de aporte de recursos pelo Poder Concedente quanto em ajustes nos quais a etapa de investimentos e obras civis demanda um acompanhamento mais próximo⁶.

A certificadora emite laudos e relatórios, atuando como agente técnico e imparcial de apoio ao Poder Concedente na análise e aceite de

6 No Manual de Parcerias do Estado de São Paulo, a Certificadora de Implantação é apresentada nos seguintes termos: “O Certificador de Implantação (CI) é responsável por aferir se as diretrizes, projetos de engenharia e as obras concebidas e desenvolvidas no âmbito do projeto estão em plena conformidade com os objetivos do contrato firmado entre a Concessionária e o Poder Concedente. Esta contratação é uma ferramenta útil tanto em projetos em que há aportes de recursos públicos, assim como em outros que apresentem uma necessidade de acompanhamento mais efetivo na fase de implantação do projeto. O CI analisa a adequação da concepção e a conformidade das obras realizadas, oferecendo assistência técnica sólida, externa e independente, podendo se estender a novas atividades que por ventura (*sic*) necessitem de avaliação, validação ou acompanhamento de uma entidade imparcial.” Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

obras executadas pela concessionária. A propósito, cabe frisar que essa atuação não afasta – ou não deveria afastar – o monitoramento a ser feito diretamente pelo Poder Público do cumprimento das obrigações e marcos contratuais pela concessionária. Nesse sentido, em que pese o apoio de um agente externo, a Administração Pública deve contar com agentes capacitados para avaliar criticamente os laudos e relatórios emitidos pela certificadora, bem como fiscalizar por si só o andamento das obras.

Há certa confusão entre a atuação da certificadora de implantação e o gerenciamento propriamente dito da obra. Em uma tentativa de diferenciar as competências, pode-se afirmar que a certificadora de implantação valida as práticas e procedimentos utilizados pela concessionária, analisando a conformidade das obras civis aos requisitos e especificações previstos nos projetos, no contrato e nas normas técnicas incidentes. O gerenciamento, por sua vez, tem por escopo o acompanhamento do cronograma executivo e da evolução das obras civis previstas no projeto, podendo ser realizado diretamente pela concessionária ou por um terceiro por ela contratado. Na prática, contudo, é possível que haja efetiva sobreposição da atuação dessas duas figuras, gerando possíveis conflitos no tocante à verificação de cumprimento dos marcos contratuais e das especificações técnicas.

2.2. Verificador independente

O verificador independente é um terceiro especializado, técnico e imparcial, responsável pela aferição do cumprimento das obrigações previstas no contrato, em especial dos indicadores de desempenho⁷.

Vale notar que o cumprimento de indicadores, na maior parte dos ajustes, impacta diretamente o sistema de remuneração contratual, uma vez que o seu não atingimento poderá levar a descontos na contraprestação a ser paga à concessionária. Nesse contexto, a previsão dessa figura no con-

⁷ A figura do verificador independente pode ser sintetizada da seguinte forma: “O Verificador Independente é uma entidade imparcial, não vinculada à Concessionária e nem ao Estado, que atua de forma neutra e com independência técnica, fiscalizando a execução do contrato e aferindo o desempenho da Concessionária com base no sistema de mensuração e desempenho (indicadores de qualidade) e no mecanismo de pagamento, constantes no edital.” Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

trato, bem como da sua forma de escolha, é questão sensível que impacta diretamente a percepção de risco do setor privado em relação à garantia de remuneração adequada pelos investimentos e prestação dos serviços.

Idealmente, o contrato de PPP deve prever indicadores de desempenho objetivos e “monitoráveis”, de modo a evitar discussões entre a concessionária e o Poder Público acerca do seu efetivo cumprimento⁸.

Há casos em que os indicadores são monitorados de forma mecânica ou eletrônica, prescindindo da avaliação humana. Em outras situações, contudo, é necessária a verificação humana do seu cumprimento (como, p.e., indicadores de limpeza das instalações e das roupas de cama em PPPs de hospitais e equipamentos de saúde)⁹. Nessas hipóteses, a garantia de atuação independente, técnica e imparcial do verificador independente é fundamental para evitar conflitos e subjetivismos em torno de eventuais descontos na contraprestação da concessionária.

O Estado de Minas Gerais disponibilizou um manual para a estruturação de verificadores independentes, com a proposta de reunir as melhores práticas para a contratação desses agentes¹⁰. O manual sintetiza o escopo de atuação do verificador independente nas seguintes vertentes: entendimento do projeto e do sistema de mensuração de desempenho; desenho de processos para monitoramento e controle do desempenho; diagnóstico e recomendação de atualização tecnológica; criação de painel de controle para gestão de indicadores; revisão do sistema de mensuração de desempenho; gestão de pleitos; estudo de viabilidade técnica e econômica; monitoramento de desempenho; gerenciamento de riscos; e transferência de conhecimento.

A contratação de entidade especializada e independente para a aferição dos indicadores de desempenho pode, de fato, agregar valor aos projetos, por ser vista por potenciais investidores como uma garantia

8 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs - Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011. p. 70.

9 *Ibid.*, pp. 70-74.

10 “Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes – Práticas para agregar valor aos projetos de Parcerias Público-Privadas.” Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

de recebimento de remuneração justa, ao longo da vigência contratual, pelos serviços prestados.

Para garantir essa independência, deve a entidade ter a faculdade de realizar todas as atividades pertinentes ao monitoramento e controle de desempenho do projeto. Por outro lado, pelo viés da transparência, deve o verificador conduzir suas avaliações de forma clara e transparente, promovendo a abertura dos processos de monitoramento e controle às partes interessadas, de modo a conferir legitimidade à sua atuação¹¹.

2.3. Como escolher e contratar a certificadora de implantação e o verificador independente?

O escopo de atuação da certificadora de implantação e do verificador independente, bem como a sua forma de seleção, contratação e pagamento, deve estar previsto no contrato. Nesse particular, cabe ao instrumento endereçar as seguintes questões: i) quem seleciona o terceiro especializado?; ii) como será feita a seleção?; e iii) quem realiza a contratação do agente e paga pelos seus serviços?

Tais questões estão intimamente relacionadas, uma vez que a atribuição da escolha do terceiro a uma das partes do contrato naturalmente envolve a discussão sobre a melhor forma de disciplinar essa contratação, bem como de neutralizar possíveis situações de conflito de interesses.

Inicialmente, é necessário refletir sobre quem deveria ser a parte contratante do agente auxiliar, ou seja, se a contratação deve ser feita pelo Poder Concedente ou pela concessionária. No entanto, não quer isso dizer que o contrato não possa estabelecer modelos de compartilhamento de escolha desse agente, inclusive com a verificação conjunta de requisitos daqueles que se habilitem para a função.

Como exemplo, vale citar a possibilidade de formação de uma “lista tríplice”, com três (ou mais) empresas ou consórcios de empresas que preencham os requisitos, a ser apresentada pela concessionária para homo-

11 “Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes – Práticas para agregar valor aos projetos de Parcerias Público-Privadas”. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

logação do Poder Concedente. A contratação será efetivada pelo parceiro privado, mas deverá se restringir às opções constantes da lista homologada pelo parceiro público. Essa foi a opção do Estado de São Paulo para a Linha 6 do Metrô, que será tratada com mais vagar no tópico subsequente.

Outro elemento a impactar o modelo de contratação consiste no pagamento da remuneração do agente auxiliar. Especificamente, debate-se como neutralizar eventual risco de captura do terceiro em razão do vínculo contratual formado entre ele e uma das partes do contrato de PPP.

Caso a contratação da certificadora de implantação seja feita pela concessionária, por exemplo, incumbe a ela avaliar a qualidade da prestação dos serviços para fins de pagamento da remuneração devida no âmbito do ajuste firmado com o terceiro. Nesse contexto, ainda que a escolha do agente tenha sido feita pelo Poder Concedente, o alegado risco de captura decorreria da circunstância de a concessionária remunerar (com base em sua avaliação e medição) os serviços prestados pelo terceiro.

Além disso, em situações de conflito entre o Poder Concedente e a concessionária no tocante à execução das obras civis, nada impede que o parceiro privado suspenda ou rescinda o contrato firmado com a certificadora. Ainda que tal conduta seja passível de sanção pelo contrato de PPP, nada impede que o vínculo seja rompido a qualquer tempo por sua exclusiva iniciativa, impactando diretamente o bom andamento do projeto.

Por outro lado, caso a contratação seja feita pelo Poder Concedente, cabe enfrentar a discussão se seria possível que a escolha do futuro prestador de serviços seja compartilhada com a concessionária. Isso porque a Administração Pública será a parte contratante dos serviços, sujeitando-se aos limites da Lei federal nº 8.666/93 e ao crivo dos órgãos de controle. Ademais, ainda que a escolha recaia exclusivamente sobre o Estado, a formação do vínculo com o terceiro especializado deverá, como dito, observar os trâmites previstos na legislação, seja para a realização de uma licitação, seja para contratação por inexigibilidade em virtude do caráter técnico e – talvez – pela singularidade do serviço a ser prestado. Porém, nessa situação, acrescenta-se mais uma contratação complexa ao portfólio do Estado, que deverá gerir a PPP e o contrato celebrado com a certificadora.

No caso do verificador independente, por exemplo, a sua contratação pelo Poder Concedente, a depender da modelagem de escolha prevista no

contrato, poderá agregar uma percepção de risco do privado a respeito da competência e independência do agente para avaliar o cumprimento dos indicadores. Por outro lado, a sua contratação pela concessionária também lança dúvidas sobre a sua efetiva imparcialidade, uma vez que a empresa por ela contratada será incumbida de avaliar o seu desempenho e o quanto ela deverá receber a título de contraprestação.

Como tentativa de equacionar a questão, os contratos normalmente preveem um procedimento de discussão dos relatórios de aferição de indicadores, inclusive com a possibilidade de remeter a controvérsia para uma Junta Técnica.

A partir desse panorama, releva apresentar a experiência paulista na escolha e contratação desses agentes.

3. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A certificadora de implantação foi prevista nos contratos da PPP dos Complexos Hospitalares (como faculdade, nos termos da cláusula 21.3), na PPP da Linha 6 – Laranja (cláusula 9 e anexo XIII), na PPP da Linha 18 – Bronze – monotrilho (cláusula 9 e Anexo XII) e na PPP da Habitação Social (cláusula 11.2).

De acordo com a cláusula nona do contrato de PPP da Linha 6¹², a certificadora de implantação atuará durante a fase de implantação do empreendimento (Fase I) por meio de acompanhamento e controle das obras e emissão de certificações. O seu papel é aferir o cumprimento das etapas e especificações técnicas constantes do contrato no que tange à implantação da infraestrutura.

Nos termos da cláusula 9.4, a escolha da certificadora foi estruturada da seguinte forma: a concessionária apresenta, para homologação do Poder Concedente, três empresas ou consórcios de empresas que reúnam os requisitos contratuais para atuar como certificadora de implantação, sendo que o contrato é firmado entre a empresa escolhida (entre aquelas constantes da lista homologada) e a concessionária. Caso o Poder Con-

12 Contrato assinado disponível no sítio eletrônico oficial de Parcerias do Estado de São Paulo: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/116>>. Acesso em 2 de maio de 2019.

cedente rejeite a lista de empresas apresentadas pelo parceiro privado, esse deverá apresentar outra, até que o Estado manifeste a sua concorrência.

O contrato trouxe, ainda, requisitos para que as empresas possam se habilitar a desempenhar tal função. Entre eles, destaco as seguintes vedações estipuladas com o objetivo de neutralizar possíveis conflitos de interesse e garantir a imparcialidade da certificadora:

9.5 A CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO deverá atender aos seguintes requisitos:

- a) ter comprovadamente executado serviços de características semelhantes aos descritos nesta cláusula e Anexo XIII, assim entendidos como, atividades de:
 - 1) certificação/verificação/auditoria;
 - 2) gerenciamento;
 - 3) supervisão;
 - 4) fiscalização e controle.
- a1) as atividades deverão ser comprovadas em empreendimentos de grande porte (estações metroviárias ou ferroviárias, túneis metroviários, ferroviários ou rodoviários, rodovias, terminais rodoviários ou portuários ou aeroportuários, obras de usinas elétricas), abrangendo obras civis, sistemas elétricos, eletrônicos e mecânicos;
- a2) a comprovação de que trata essa alínea se dará obrigatoriamente em no mínimo duas das atividades listadas.
- b) apresentar plano de trabalho demonstrando a metodologia a ser aplicada na condução dos trabalhos de acompanhamento das atividades da CONCESSIONÁRIA e seus contratados;
- c) **não ser controladora, controlada ou coligada ou sob controle comum da CONCESSIONÁRIA ou de seus acionistas;**
- d) não estar submetida a liquidação, intervenção ou Regime de Administração Especial Temporária – RAET, falência ou recuperação judicial; não encontrar-se em cumprimento de pena de suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração; não ter sido declarada inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública, bem como não ter sido condenada, por sentença transitada em julgado, a pena de interdição de direitos devido à prática de crimes ambientais, conforme disciplinado no art. 10 da Lei nº 9.605, de 12.02.1998;

e) contar com equipe técnica de especialistas de nível superior qualificados profissionalmente, conforme requisitos constantes do ANEXO XIII.

9.5.1 Não poderá participar, direta ou indiretamente, da equipe técnica vinculada ao acompanhamento da execução do objeto deste CONTRATO, pessoa que seja ou que tenha sido, nos últimos 6 (seis) meses, dirigente, gerente, empregado, contratado terceirizado ou sócio dos acionistas da CONCESSIONÁRIA. (g.n.)

A cláusula 9.8, por sua vez, prevê que a remuneração da certificadora de implantação será de responsabilidade da concessionária, sem ônus para o Poder Concedente:

não podendo estar condicionada à aceitação, pelo PODER CONCEDENTE, dos serviços objeto do presente CONTRATO, mas apenas ao regular e adequado desempenho das atividades de acompanhamento, controle e certificação dos mesmos.

O contrato de PPP da Linha 18¹³ reproduziu, em grande medida, a disciplina acima detalhada para a contratação da certificadora de implantação. Entretanto, no tocante à remuneração do terceiro, passou a dispor que :

nenhum pagamento poderá ser efetuado pela CONCESSIONÁRIA à CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO, a qualquer título, sem que a correspondente medição dos serviços executados e respectivos documentos de cobrança aplicáveis sejam expressamente aprovados pelo Poder Concedente.

Dessa forma, a remuneração do agente passou a estar expressamente condicionada à verificação, pelo Poder Concedente, dos serviços executados e dos documentos de cobrança, permitindo, assim, um acompanhamento mais próximo da atuação da certificadora e da sua relação contratual com o parceiro privado.

Na PPP da Habitação Social¹⁴, a cláusula 11.2 prevê a contratação de certificadora de implantação durante a fase de implantação do

13 Contrato assinado disponível no sítio eletrônico oficial de Parcerias do Estado de São Paulo: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/119>>. Acesso em 2 de maio de 2019.

14 Contrato assinado disponível no sítio eletrônico oficial de Parcerias do Estado de São Paulo: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/>>. Acesso em 2 de maio de 2019.

empreendimento para acompanhar as atividades desempenhadas pela concessionária. O contrato prevê, por sua vez, que a certificadora será contratada pelo Poder Concedente.

A propósito, a cláusula 11.3 evidencia o caráter auxiliar da atuação desse terceiro ao dispor que o Poder Concedente acompanhará a elaboração e implantação dos projetos, estudos, obras, sistemas e outras atividades relacionadas à implantação das unidades habitacionais, com o objetivo de garantir a aplicação das normas e diretrizes do contrato, mas condicionando a emissão dos termos de aceite à prévia manifestação conclusiva da certificadora.

Eis a redação das cláusulas mencionadas:

11.2 Durante a fase de implantação do empreendimento, as atividades desempenhadas pela CONCESSIONÁRIA deverão contar com o acompanhamento e controle de empresa ou consórcio de empresas, **contratado pelo PODER CONCEDENTE**, encarregado de emitir certificações por meio de relatórios e laudos técnicos de aferição do cumprimento de todas as etapas e suas especificações técnicas constantes do CONTRATO e seus anexos, bem como das normas nacionais e internacionais, técnicas e métodos aplicáveis, denominada CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO, **sem prejuízo do regular exercício, pelo PODER CONCEDENTE, da ampla e completa fiscalização do CONTRATO, com a utilização de todos os meios que lhe permitam aferir a IMPLANTAÇÃO.**

11.3 O PODER CONCEDENTE, diretamente ou por meio de prepostos, acompanhará a elaboração e implantação dos projetos, estudos, obras, sistemas e outras atividades relacionados à implantação das unidades habitacionais, com o objetivo de garantir a aplicação das normas e diretrizes estabelecidas neste CONTRATO e seus Anexos, condicionada a emissão dos correspondentes Termos de Aceite à prévia manifestação, mediante relatório conclusivo, sem ressalvas, da CERTIFICADORA DE IMPLANTAÇÃO. (g.n.)

A contratação de verificador independente foi prevista na PPP dos Complexos Hospitalares¹⁵ (cláusula 26.2) e na PPP da Habitação Social (cláusula 12).

15 Contrato assinado disponível no sítio eletrônico oficial de Parcerias do Estado de São Paulo: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/>>. Acesso em 2 de maio de 2019.

A cláusula 26.2 do contrato da PPP dos Complexos Hospitalares estabelece que o desempenho do parceiro privado na execução do objeto contratual será avaliado mensalmente pelo Poder Concedente, que se valerá da contratação de verificador independente.

No entanto, prevê a cláusula 26.1 que o cumprimento dos indicadores de desempenho descritos no Anexo IX do contrato será apurado automaticamente pela solução de TIC que deverá ser fornecida pelo parceiro privado.

As cláusulas mencionadas foram redigidas da seguinte forma:¹⁶

26.1 O valor da Remuneração do Parceiro Privado variará de acordo com o cumprimento dos Indicadores de Desempenho que possam impactar na Contraprestação, descritos no Anexo IX deste Contrato, que poderão implicar na redução proporcional da Contraprestação Mensal. **O cumprimento destes Indicadores de Desempenho será apurado automaticamente pela solução de TIC que deverá ser fornecida pelo Parceiro Privado.**

26.2 O desempenho do Parceiro Privado na execução do objeto contratual será avaliado mensalmente **pelo Poder Concedente, que se valerá da contratação de Verificador Independente**, que deverá apresentar Relatório de Avaliação de Desempenho, em até 10 (dez) dias antes da data em que o pagamento da Remuneração do Parceiro Privado, relativa ao mês referente à avaliação, se tornará devido. (g.n.)

Caso a concessionária implemente a solução indicada, parece razoável afirmar que a contratação do verificador independente torna-se desnecessária ante a aferição mecânica do cumprimento dos indicadores.

De forma semelhante, a cláusula 12.1 da PPP da Habitação Social estabelece que o Poder Concedente contratará empresa especializada para atuar como verificador independente e arcará com os custos decorrentes dessa contratação. Por outro lado, a cláusula 12.4 prevê que, se o Poder Concedente não o contrate em tempo hábil, fará diretamente a verificação do desempenho da concessionária e, caso haja controvérsia, a questão será decidida pela Junta Técnica. Eis o teor das cláusulas mencionadas:

¹⁶ Exemplo extraído do contrato do Hospital de Sorocaba.

12.1 O PODER CONCEDENTE contratará, e arcará com os custos decorrentes, empresa especializada para atuar como VERIFICADOR INDEPENDENTE, para apoio no acompanhamento da prestação dos SERVIÇOS objeto do CONTRATO, em especial para aferição do desempenho da CONCESSIONÁRIA, consoante os índices descritos no ANEXO V - SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO, que servirá de base de cálculo para a PARCELA B da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

12.4 Caso o PODER CONCEDENTE não contrate o VERIFICADOR INDEPENDENTE em tempo hábil, o PODER CONCEDENTE fará diretamente a verificação do desempenho da CONCESSIONÁRIA, e se houver valores controversos serão submetidos à JUNTA TÉCNICA.

A contratação do verificador independente pelo Poder Concedente tem sido a opção dos Estados de São Paulo e Minas Gerais¹⁷.

4. CONCLUSÃO

A contratação da certificadora de implantação pelo Poder Concedente ou pela concessionária não parece ser o fator decisivo para a existência de maior ou menor risco de captura desse agente. Em empresas de capital aberto, auditorias externas são contratadas pela própria empresa a ser avaliada, o que não parece comprometer o seu caráter imparcial, especialmente considerando as diversas normas regulatórias incidentes sobre essa atividade (Comissão de Valores Mobiliários, Conselho Federal de Contabilidade, etc.).

No entanto, não é desprezível a probabilidade de ocorrência de conflito de interesses decorrente da fiscalização exercida pela parte con-

17 No “Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes – Práticas para agregar valor aos projetos de Parcerias Público-Privadas” do Estado de Minas Gerais, a solução adotada foi motivada com os seguintes elementos: “Em uma primeira análise, poder-se-ia considerar mais adequado que a contratação do Verificador fosse feita pelo privado, em função da maior flexibilidade desse agente em seus processos de aquisição, quando comparado ao setor público. Ocorre que, esse cenário gera conflito de interesse, dado que o Verificador Independente avaliaria o desempenho de seu contratante e indicaria o valor que ele deveria receber. Esse modelo, também, acarretaria perda de visibilidade do poder público em relação à execução da PPP, isto é, ao nível de serviço prestado pelo privado. Assim, considera-se que o modelo mais adequado é aquele em que a verificação é responsabilidade da administração pública. Porém, há dois aspectos que direcionam para a terceirização dessa atividade, por parte do governo.” Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>.

tratante sobre os serviços prestados pela certificadora, o que pode, eventualmente, comprometer a imparcialidade e independência das análises feitas no âmbito do contrato de PPP.

Nesse contexto, um caminho possível para evitar o risco de captura parece ser o aperfeiçoamento do rol de requisitos e vedações para que empresas se habilitem como certificadoras de implantação, de modo a abarcar, por exemplo, partes relacionadas aos contratantes. Nos contratos firmados até o momento, não há vedações para pessoas relacionadas ao Poder Concedente ou para consultores técnicos da fase de modelagem do projeto.

No entanto, a experiência na contratação desses agentes nos contratos em andamento deverá fornecer subsídios valiosos para uma futura padronização da forma de escolha e contratação de certificadoras de implantação no Estado de São Paulo.

No caso do verificador independente, para além da discussão da conveniência de sua contratação pelo Poder Concedente ou pela concessionária, cumpre observar que o auxílio de um terceiro especializado aparenta ser útil apenas em contratos cujos indicadores de desempenho não possam ser aferidos de forma exclusivamente mecânica, inclusive por soluções de tecnologia implementadas pela própria concessionária, como no caso da PPP dos Complexos Hospitalares.

Finalmente, o contrato da PPP da Habitação Social deixa expresso que tanto a certificadora de implantação quanto o verificador independente são figuras auxiliares ao Poder Concedente na fiscalização do contrato, seja pelo viés da implantação da infraestrutura, seja pela aferição do cumprimento dos indicadores de desempenho.

Na experiência recente, nota-se que a gestão de projetos de PPPs é impactada pela ausência de núcleos técnicos especializados na Administração Pública, formados por um número suficiente de agentes dedicados exclusivamente a essa atividade. Por essa razão, ainda que as cláusulas contratuais tragam mecanismos sofisticados para neutralizar o risco de captura ou prevenir conflitos de interesses envolvendo agentes técnicos contratados, a escassez de recursos humanos compromete a fiscalização e a avaliação crítica da sua atuação.

Assim, o desenvolvimento das melhores práticas envolvendo certificadoras de implantação e verificadores independentes deve vir acom-

panhado da capacitação do setor público para a gestão de PPPs e concessões. Do contrário, agrega-se mais um elemento de complexidade aos projetos de longo prazo sem que o Estado esteja adequadamente preparado para administrar a execução de todos esses contratos¹⁸.

5. BIBLIOGRAFIA

DELMON, Jeffrey. *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure – An Essential Guide for Policy Makers*. New York: Cambridge University Press, 2011.

Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes – Práticas para agregar valor aos projetos de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

Manual de Parcerias do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no Direito Brasileiro*. In: LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 1997, p. 4. Disponível em: <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em 01.12.2016.

18 Em seu guia destinado a *policy makers* envolvidos em parcerias público-privadas de projetos de infraestrutura, Jeffrey Delmon traz a seguinte orientação para a fase de implementação de projetos: “6.2. Equipe de gestão

O governo precisa estruturar uma equipe dedicada ao projeto com habilidades apropriadas, focada na transação (as principais tarefas de gestão dificilmente constituem trabalhos de meio-período), e familiar com o contrato do projeto. A equipe precisará incluir especialistas em finanças, direito e técnicos com acesso a consultores externos. Ainda mais importante, o líder da equipe precisará inspirar confiança em oficiais de alto escalão do governo e do mercado, em especial potenciais investidores. O governo precisa alocar recursos suficientes para a equipe e a busca de recursos não pode privar a equipe das suas funções primordiais e do acesso a consultores externos. A gestão de contratos de PPPs não é uma função pública clássica, razão pela qual os responsáveis por estruturar a equipe de gestão e custear suas funções precisam a natureza de projetos de PPP e as demandas que recairão sobre a equipe. Nesse sentido, o líder da equipe precisa ser suficientemente sênior de modo a permitir que a equipe cumpra o seu papel e para obter suporte e informações de outros departamentos do governo, com competências claras para a tomada de decisão.” DELMON, Jeffrey. *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure – An Essential Guide for Policy Makers*. New York: Cambridge University Press, 2011. pp. 160-161. (tradução livre)

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs - Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.