

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
Escola de Direito do Rio de Janeiro - FGV DIREITO RIO
Programa de Educação Continuada
Pós-graduação em Direito do Estado e da Regulação

JORGE ANTONIO BOZOTI PASIN

Caminhos e Desafios das PPPs Patrocinadas no Brasil

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito do Estado e da Regulação. FGV DIREITO RIO.

No. Matrícula: 102372013

Data: 25/06/2012

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
Escola de Direito do Rio de Janeiro - FGV DIREITO RIO
Programa de Educação Continuada
Pós-graduação em Direito do Estado e da Regulação

Trabalho de Conclusão de Curso

Caminhos e Desafios das PPPs Patrocinadas no Brasil

Elaborado por Jorge Antonio Bozoti Pasin

E aprovado pela Coordenação Acadêmica do curso de Pós-graduação em Direito do Estado e da Regulação, foi aceito como requisito parcial para a obtenção do certificado do curso de pós-graduação, nível de especialização, do Programa de Educação Continuada da FGV DIREITO RIO.

Data: 25/06/2012

Coordenador Acadêmico do FGV Direito PEC – Rodrigo Dias da Rocha Vianna

Nome do Orientador - Antônio José Maristrello Porto

Índice

1. INTRODUÇÃO	página 4
2. CASO GERADOR: O ADVENTO DA PPP PATROCINADA NO BRASIL	página 5
2.1 A Experiência Internacional	página 6
2.2 O Caso Brasileiro	página 10
3. A LEI 11.079 E AS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA PPP PATROCINADA	página 14
3.1 Abrangência da Lei 11.079 e a definição de PPP patrocinada	página 14
3.2 Limites legais para a realização de PPPs	página 16
3.3 Diretrizes legais das PPPs	página 20
3.4 Outras características desejáveis para as PPPs trazidas pela Lei 11.079	página 22
3.5 Outros dispositivos relevantes da Lei 11.079	página 23
4. CONCLUSÃO	página 25
BIBLIOGRAFIA	página 30

1- INTRODUÇÃO

A Parceria Público-Privada (PPP) é um formato diferenciado de concessão de serviços e obras públicas cuja característica mais singular é a assunção, pelo parceiro público, das incertezas sobre a geração de receitas associadas ao empreendimento ou serviço a ser executado pelo parceiro privado.

O objeto da PPP pode ser a prestação total ou parcial de serviço público por um parceiro privado; o desempenho, por parceiro privado, de atividade de competência da administração pública (precedida ou não pela execução de obra pública); e a realização, por parceiro privado, de obra para a administração pública para a esta ser alienada, locada ou arrendada.

No tocante à modalidade patrocinada, a PPP nada mais é que uma concessão de serviço público ou obra pública que envolve, adicionalmente à “concessão comum” (aquela definida nos termos da Lei 8.987/95), uma contraprestação pecuniária do parceiro público (poder concedente) ao parceiro privado (concessionário)¹.

A introdução da PPP no ordenamento jurídico brasileiro deu-se em 2004, com a publicação da Lei 11.079 de 30/12/2004 (Lei da PPP). A referida Lei instituiu normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da Administração Pública. Na prática, a Lei 11.079 ampliou o leque de possibilidades dispostas pela Lei 8.987/95 sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

De fato, o grande avanço prático pretendido pela PPP em relação à concessão comum é possibilitar a realização de concessões (e empreendimentos) em serviços públicos cujos investimentos, examinados sob a ótica exclusivamente privada do seu retorno financeiro, não teriam viabilidade econômica para sair do papel.

Assim, a PPP amplia os espaços para o uso eficiente dos recursos públicos na execução de empreendimentos públicos e na prestação adequada dos serviços públicos. Tal eficiência se

¹ Na forma definida pela Lei, art. 2º § 1º: “Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

materializa por dois caminhos principais: (1) aproveitando a disponibilidade de recursos privados para limitar o uso dos recursos públicos ao montante suficiente para garantir a realização do investimento, e (2) promovendo a qualidade e a prestação adequada por um parceiro privado do serviço público concedido.²

Este Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) sistematiza as informações existentes sobre a PPP patrocinada, contextualizando a importância do instrumento e definindo as condições mais propícias para sua aplicação. O objetivo é situar a PPP patrocinada como uma alternativa viável para a realização de empreendimentos em infraestrutura e em inclusão social que sejam estrategicamente prioritários, mas cujo retorno financeiro seja desconhecido ou de baixa expectativa, em um cenário de restrição à realização de gastos públicos.

Este TCC é composto por quatro capítulos; esta introdução é o primeiro deles. O segundo capítulo recupera o histórico das parcerias entre os setores público e privado trazendo uma síntese das principais experiências internacionais para contextualizar a realização de parcerias no plano doméstico e descrever o advento da PPP patrocinada no Brasil. Na terceira parte são examinadas a lógica e as características jurídicas e econômicas da PPP patrocinada, sendo investigadas sua definição e abrangência, seus limites legais de aplicação, as diretrizes apontadas pelo texto legal e seus fundamentos econômicos e institucionais, as características desejáveis para aplicação das PPPs patrocinadas e outros aspectos relevantes dos dispositivos da Lei 11.079. Na quarta seção está a conclusão, onde são avaliadas as oportunidades para expansão do uso da PPP patrocinada no Brasil, discutindo-se brevemente os riscos e obstáculos para o maior aproveitamento do instrumento.

2- CASO GERADOR: O ADVENTO DA PPP PATROCINADA NO BRASIL

O interesse pela utilização, no Brasil, de arranjos de parceria entre os setores público e privado foi despertado pelo sucesso da experiência internacional. Sua implementação deve ser examinada considerando-se também o histórico político e institucional atravessado pelo país. Neste capítulo, recupera-se a trajetória das parcerias entre os setores público e privado no mundo, com ênfase para a Europa (principal referência para a implantação da PPP

² "Prestação adequada", neste texto, empregada no sentido estabelecido pelo artigo 6º §2º da Lei 8.987/1995 (com "regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas").

patrocinada no Brasil) até chegar-se ao caso brasileiro. A síntese das experiências internacionais serve de contextualização para o exame do caso brasileiro. Neste exame será analisado como ocorreu a progressiva implantação das parcerias entre os setores público e privado no Brasil, com destaque para a implantação das concessões comuns (1995), as primeiras experiências de PPP, e o advento da Lei da PPP (2004).

2.1 A Experiência Internacional

Desde meados do Século XX, a partir do fim da II Guerra Mundial, o conceito de Estado forte e presente na economia predominou na Europa. Os investimentos em infraestrutura social, logística, de telecomunicações e de energia estiveram, em quase todos os países, exclusivamente a cargo do Estado. Mesmo naquelas situações em que os serviços públicos eram prestados por concessionários, estes eram, em geral, órgãos públicos ou empresas estatais.

As parcerias entre os setores público e privado no sentido contemporâneo tiveram origem nos desafios encontrados pela Inglaterra na busca de caminhos para fomentar investimentos em infraestrutura social e de logística sem comprometer os escassos recursos públicos.

As principais vantagens vislumbradas na utilização dos arranjos de parceria entre os setores público e privado no provimento de serviços públicos nos países europeus (válidas também para o caso brasileiro) foram³:

- (1) a redução no prazo e nos custos globais de implantação dos investimentos;
- (2) o estímulo à introdução de inovações, modernizações e melhorias pelo setor privado;
- (3) o uso eficiente dos recursos públicos, com a possibilidade de realização de um maior número de projetos e com a liberação desses recursos para outras despesas prioritárias sem condições de retorno financeiro ou sem as características que permitem a parceria;
- (4) a presença de instrumentos e estímulos para garantir a qualidade da operação e da manutenção dos serviços concedidos;
- (5) o deslocamento parcelas dos riscos das atividades em parceria para o setor privado;
- (6) a promoção das melhores práticas de governança e de transparência.

³ TCU/FGV, 2006, BINEMBOJM, 2005, Ratledge, Linières, 2006, entre outros. Foram elencados aqueles aspectos considerados os mais relevantes no entendimento do autor do TCC.

Limitados os espaços para avanços no desenvolvimento econômico sob o modelo do *Welfare State* pela escassez de recursos públicos, o **Reino Unido** foi pioneiro em implementar reformas que buscaram a redução do papel do Estado. O gabinete Thatcher (1979-1991) destacou-se pela defesa do liberalismo e seus corolários principais: a liberalização econômica e a privatização. A transformação do papel do Estado na vida econômica teve como marcos principais a flexibilização da gestão da Administração Pública (*New Public Management*) e a flexibilização do papel do setor público enquanto responsável pelo provimento de serviços públicos. A possibilidade de se implementar, na prática, arranjos de parcerias entre os setores públicos e privados foi um conceito desenvolvido no início dos anos 1990, e marcou, especialmente na Inglaterra, uma mudança estrutural na forma de financiamento e provisão de serviços de infraestrutura, abrangendo o financiamento de *project finance*, as concessões, as terceirizações e as privatizações⁴.

A modelagem que mais se aproxima do conceito brasileiro de PPP se insere no âmbito do programa de *Private Finance Initiative* (PFI), lançado em 1992. O PFI foi utilizado em mais de vinte setores diferentes da economia inglesa. Na primeira década do instrumento, os maiores utilizadores dessas parcerias foram: o Ministério de Transportes (principalmente na construção e operação de estradas), o Ministério da Saúde (na construção de hospitais), o Ministério da Educação (escolas) e o Ministério da Defesa (projetos de defesa nacional)⁵. No tocante à escala, os PFI foram e têm sido adotados em variada amplitude: de projetos pequenos (como os serviços de Tecnologia da Informação da Escola Comunitária de Littlehampton, no valor de £100.000) até o maior projeto de construção européia, o *Channel Tunnel Rail Link* (o túnel ferroviário sob o Canal da Mancha, entre Inglaterra e França), no valor de £4 bilhões⁶.

Na **Irlanda**, o National Development Plan (NDP) de 2000-2006 apontou a necessidade de realizar arranjos de parcerias com o setor privado para realizar os investimentos em

⁴ Ver BRITO & SILVEIRA para maiores detalhes do processo. BRITO, Bárbara Moreira Barbosa & SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro – Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo Brasileiro – Revista do Serviço Público, Vol. 56, nº 1 – Jan/Mar 2005.

⁵ TCU/FGV. Relatório sobre Análise da experiência internacional e nacional em matéria de PPP. Acessível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055918.PDF>, acesso em 15/05/2012.

⁶ ALLEN, G. ,The Private Finance Initiative. Research Paper, 117. London, House of Commons, 2001 *apud* TCU/FGV. Relatório sobre Análise da experiência internacional e nacional em matéria de PPP. Acessível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055918.PDF>, acesso em 15/05/2012.

infraestrutura rodoviária⁷. O caso de aproveitamento das parcerias entre os setores público e privado pela Irlanda foi paradigmático e, como será visto adiante com mais detalhes, guardando similaridades com o ambiente brasileiro. Tanto ali, como aqui, havia uma clara necessidade de realização de investimentos em infraestrutura e uma grande demanda reprimida por esses serviços⁸. No caso particular das estradas, as inversões realizadas seriam em grande parte recuperadas mediante a cobrança de pedágios, a serem pagos exclusivamente pelos usuários. O caso irlandês confirma a ideia (consenso na literatura sobre o tema) que, de um modo geral, as parcerias firmadas no contexto anglo-saxão tiveram um perfil de investimentos e alocação de riscos muito próximos das concessões comuns no Brasil, incorporando conceitos de *project finance*.

Em **Portugal**, por outro lado, as parcerias se caracterizaram por arranjos mais participativos do Estado. No setor rodoviário, por exemplo, tem-se a aplicação do pedágio-sombra, em que a concessionária recebe pelo tráfego observado, mas quem efetua o pagamento não é o usuário direto do serviço, mas o poder público. Nas estradas onde o volume de tráfego não confere retorno suficiente aos projetos, a viabilidade econômica da rodovia é garantida pelo Estado.

Na **França**, por sua vez, a partir de meados da década de 2000, com o respaldo de uma força-tarefa no Ministério das Finanças para estimular contratos de parceria⁹, e do advento de uma lei de parcerias francesa¹⁰, os arranjos nas parcerias entre os setores público e privado ganharam outras dimensões além da concessão comum (que envolve a delegação completa da atividade, desde a execução do projeto até a operação do serviço público). Passou a se admitir modelagens em que a participação do Estado na etapa operacional era mais representativa (ou, em alguns casos, integral). Foi assim no caso dos investimentos hospitalares e das prisões. No caso da saúde, o objetivo dessas parcerias era “facilitar a renovação das instalações hospitalares e a inovação e o compartilhamento de novas ferramentas de investimento”¹¹ no setor. A nova mentalidade não se restringiu à infraestrutura social, mas envolveu também, por exemplo, a

⁷ NATIONAL ROADS AUTHORITY. Site da internet: <http://www.nra.ie>. Acesso em 10/05/2012.

⁸ WORLD ECONOMIC FORUM. The global competitiveness report. Geneva, 2000.
e OECD. Regulatory report in Ireland. Paris, April 2001.

⁹ MAPPP. Mission d'appui aux partenariats public-privé, <http://www.economie.gouv.fr/ppp>. Acesso em 10/05/2012.

¹⁰ Ordennance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

¹¹ RATLEDGE, S. & LIGNIÈRES, P. PPP in France 2006, disponível em www.linklaters.com/pdfs/publications/projects/pppfranceoct06.pdf, acesso em 15/05/2012.

criação de um comitê no Ministério da Defesa francês para avaliar as possibilidades de aproveitamento das propostas empresariais para o setor. Há projetos ainda nos setores de tratamento de lixo (plantas de reciclagem), educação e tecnologia da informação. Todos esses casos guardam semelhança com as PPPs administrativas no sentido da Lei Brasileira. Nos transportes, a modelagem adotada pela França seguiu mais próxima das concessões comuns nas rodovias, ficando o investimento nas ferrovias a cargo do Estado.

Há exemplos de parcerias entre os setores público e privado na construção e operação de estradas desde meados dos anos 1990 também na Polônia, Hungria, e outros países da Europa Oriental. Mais recentemente, tem se intensificado o estabelecimento de parcerias na manutenção e operação do modal ferroviário e de aeroportos na Espanha, em modelagens mais próximas da concessão comum no Brasil. No tocante à Europa como um todo, embora o setor de transporte tenha recebido a grande maioria dos recursos, com destaque para as rodovias e ferrovias, os exemplos não se restringem às estradas, mas envolvem também saneamento (Eslovênia), telecomunicações (República Tcheca), entre outros¹².

ARAÚJO, S. & SUTHERLAND, D. (2010) listam a distribuição relativa por setores da infraestrutura dos montantes investidos em parcerias entre os setores público e privado na Europa entre 1994 e 2007. A prevalência das rodovias (destinatária de 51,7% dos recursos) e das ferrovias (com 26,6%) é marcante, com o total dos transportes (incluídos demais modais) ficando com 92,7% dos investimentos em infraestrutura via parceria no período¹³.

Na **América Latina**, as parcerias entre os setores público e privado na execução de obras e operação de serviços públicos também foram aproveitadas. A necessidade de contenção dos gastos governamentais (decorrente de restrições orçamentárias por acordos com o FMI, em função das próprias leis de responsabilidade fiscal ou na presença de outras dificuldades para mobilizar recursos pelo Estado) foram o principal motor da adoção do instrumento. O Chile foi o país onde a experiência foi mais intensamente utilizada. O modelo chileno de concessões

¹² Para um histórico mais completo e detalhado dos investimentos em infraestrutura mediante parcerias entre os setores público e privado na Europa, vide ARAÚJO, S. & SUTHERLAND, D. (2010), “Public-Private Partnerships and Investment in Infrastructure”, *OECD Economics Department Working Papers*, No. 803, OECD Publishing.

¹³ ARAÚJO, S. & SUTHERLAND, D. (2010), “Public-Private Partnerships and Investment in Infrastructure”, *OECD Economics Department Working Papers*, No. 803, OECD Publishing, página 13.

de serviços públicos, vigente em múltiplos setores a partir de 1990, teve influências sobre a modelagem brasileira de concessões comuns, a partir da segunda metade da mesma década.

Em alguns países, como no caso do México, o Estado criou um órgão central para cuidar da estruturação das parcerias, com a política de transferência de atividades (e ativos) guardando semelhanças com a experiência brasileira do Programa Nacional de Desestatização (PND).

Em outros países, porém, o uso desse tipo de instrumento nunca foi estimulado. Nos países escandinavos, por exemplo, os investimentos em infraestrutura são realizados pelo Estado, suportados por tributação e pela participação da comunidade na definição das prioridades nas obras e projetos.

Como visto, nos países que adotaram as parcerias, os setores mais beneficiados com investimentos usando a modelagem em suas diversas variantes são os de infraestrutura (com destaque para a logística e, nesta, as rodovias) e de inclusão social. O emprego do instrumento nesses setores não ocorreu por acaso, mas porque são esses, de fato, aqueles segmentos mais propícios à sua aplicação, como será detalhado no capítulo 4, com foco na PPP patrocinada.

Ao longo desta seção foi possível observar também que, de acordo com a legislação e a cultura de cada país, as parcerias entre os setores público e privado assumiram variados matizes, ora mais próximas da privatização, ora com um perfil mais similar às concessões comuns ou incorporando características que as aproximam das PPP no sentido da Lei Brasileira.

2.2 O Caso Brasileiro

Para o exame do caso brasileiro, vale recuperar um pouco da trajetória institucional e econômica do país desde o último quartel do Século XX. A política econômica brasileira havia sido marcada, na década de 1970, pela priorização dos objetivos macroeconômicos de expansão do emprego e da renda nacional. A atenção ao equilíbrio de longo prazo das contas nacionais e aos objetivos de âmbito microeconômico de promoção da eficiência, produtividade e competitividade ficaram relegados ao segundo plano. Àquela época, o Estado era o grande executor das obras públicas e provedor dos serviços públicos.

No início dos anos 1980, com as altas acumuladas do petróleo, a deterioração do balanço de pagamentos brasileiro e a retração da capacidade estatal de realização de novos empreendimentos em função da expansão da dívida pública (nos planos doméstico e internacional) e do déficit fiscal, esgotou-se o paradigma de desenvolvimento vigente. A exaustão do modelo explicitou a necessidade de se reorientar a ênfase da política econômica para a observância dos fundamentos macro e microeconômicos¹⁴, diretriz esta que passaria a predominar a partir do final da década de 1980.

A legislação brasileira buscou acompanhar a necessidade da realização de investimentos ao longo dos anos. Era necessário que o Estado se retirasse parcialmente da economia, deixando ao setor privado a tarefa de auxiliar na promoção da eficiência e da competitividade e na redução do chamado “Custo Brasil”. Neste contexto se insere a Lei 8031/1990, criando o Programa Nacional de Desestatização (PND), posteriormente alterada pela Lei 9491/97. O PND abrangeu iniciativas desde a venda de ativos (privatização) até a organização de operações nas quais o Estado se afastaria de atividades até então exclusivamente realizadas por ele, passando sua operação à iniciativa privada.

Pela escassez de recursos e pela reduzida capacidade de realizar novos investimentos, um histórico de subinvestimentos foi legado ao setor de transportes. As consequências práticas foram rodovias mal conservadas e mal sinalizadas, portos caros e lentos e ferrovias disfuncionais. O lançamento, a partir do início dos anos 1990, dos programas de concessão das ferrovias e rodovias e de arrendamentos portuários encaixa-se nesse pano de fundo. As concessões do setor de transportes marcaram o surgimento das grandes parcerias entre os setores público e privado na prestação de serviços públicos no Brasil.

O cenário de representativa escassez de recursos públicos, vigente à época de elaboração e publicação da Lei 8.987/95 (Lei de Concessões) teve reflexos sobre seu conteúdo. Não por acaso, a referida Lei vedava a possibilidade de se realizar qualquer tipo de contraprestação pecuniária pelo poder público¹⁵. Ademais, como visto acima, em meados da década de 1990

¹⁴ Equilíbrio nas contas públicas, combate à inflação no sentido macroeconômico; eficiência dos gastos públicos, combate a ineficiências setoriais e produtivas, no sentido microeconômico.

¹⁵ O Art. 24, que abria espaço para a possibilidade de o Estado lançar mão de instrumentos para garantir receita mínima, foi vetado pelo Presidente (“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.”) para evitar que o poder público corresse um risco de dispêndios que não

havia grande necessidade de investimentos em infraestrutura de serviços públicos cuja demanda era mais do que suficiente para pagá-los. Havia, portanto, diversos empreendimentos planejados com viabilidade econômica e retorno esperado atrativo.

De fato, àquela época, as maiores preocupações dos potenciais concessionários não se concentravam na previsibilidade do fluxo de receitas, mas se voltavam para o marco regulatório ainda recente e para as incertezas (que foram aos poucos se dissipando) sobre as possibilidades de viabilização a longo prazo do programa de concessões do Governo Federal e (após 1996, com a Lei 9.277) dos governos estaduais. Nada que uma elevada taxa de desconto não permitisse ao setor privado superar. Como a carência por investimentos e a demanda dos usuários pelos serviços públicos a serem licitados à época eram enormes (como assinalado acima, rodovias mal conservadas e mal sinalizadas, portos caros e ineficientes, ferrovias pouco funcionais), os projetos tinham espaço para comportar essas elevadas taxas de desconto, traduzidas, no caso das rodovias, em valores de pedágio mais altos. E assim foram feitas as primeiras concessões do Brasil.

O programa de concessões deteve-se ao longo da primeira metade da década de 2000 com a mudança de governo e a revisão na condução do tema pela equipe que apeava ao poder. Posteriormente, na segunda metade da década, com o marco regulatório reafirmado, a nova rodada de concessões foi caracterizada por quedas nas taxas de desconto embutidas pelas licitantes e a consequente redução nos valores de pedágios.

Chega-se, assim, à segunda metade da década de 2000 com um grande número de concessões já realizadas, e a progressiva redução de espaço para novos empreendimentos auto-sustentáveis.¹⁶ Ao mesmo tempo, fica cada vez mais patente (e de acordo com a orientação política do governo que apeou ao poder em 2003) a presença de espaços para investimentos

lhe era oportuno, naquele momento. Tivesse sido mantida sua redação original, as PPPs patrocinadas poderiam ter emergido anteriormente no Brasil. Não cabe neste trabalho discutir se tal ampliação no escopo na Lei de Concessões teria sido possível ou mesmo propício, dado o momento histórico do país e o grau de maturidade institucional no tocante às parcerias entre os setores público e privado. Mas em todo caso é interessante assinalar que, naquele momento, deliberou-se por evitar a implantação de um leque mais amplo de parcerias.

¹⁶ Dentre as justificativas para a institucionalização das PPP em sua modalidade de concessão patrocinada, BINEMBOJM (2005) elenca “o exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos auto-sustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum”. BINEMBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 09/05/2012.

estratégicos, de âmbito social e de coordenação do crescimento, os quais não se realizarão pela via das concessões comuns. É nesse cenário que as PPP patrocinadas encontram o melhor ambiente para prosperar.

Foi na esteira do sucesso de algumas experiências embrionárias de PPPs que o modelo tomou força. No Mato Grosso, por exemplo, empreendeu-se no início da década de 2000 a revitalização de rodovias com a participação dos grandes proprietários de terra da região. Nesse exemplo, os agricultores da soja custearam a manutenção de estradas estaduais com máquinas estatais, obtendo ganhos no escoamento da produção. Os estados de Minas Gerais e da Bahia montaram grupos de trabalho para as PPPs rodoviárias. Houve ainda as experiências de presídios no Paraná com a prestação terceirizada de serviços de administração das unidades. Na Bahia e no Ceará também tivemos casos de PPP para o sistema carcerário. No Rio de Janeiro, é conhecido o intenso envolvimento dos setores hospitalares estaduais com a Fundação Oswaldo Cruz para a produção de farmoquímicos. O Estado do RJ também obteve sucesso nas parcerias com os pólos de malhas na Região Serrana e fruticultura no Norte Fluminense.

Esses exemplos, observados na esfera estadual, também prosperaram em âmbito local, quase sempre no sentido da organização dos arranjos produtivos, com a coordenação dos diversos agentes econômicos envolvidos no processo industrial como ocorreu no Vale dos Sinos, no Rio Grande do Sul, com os calçados¹⁷ e, em alguma medida, na logística na região do Porto de Itaguaí e com os estaleiros do Estado do Rio de Janeiro. O município do Rio de Janeiro também fez parceria com a operadora da Linha Amarela para projetos ambientais de controle de enchentes em suas margens e no caso da construção da garagem-estacionamento entre a Cinelândia e o Passeio Público e os projetos das vilas olímpicas para o Panamericano que veio a ser realizado em 2007.

Todas essas experiências indicavam que o uso de arranjos parecidos com o que viria a ser a PPP representava um caminho viável e induziram a avaliar as possibilidades de se aplicar o formato em empreendimentos de maior escala. Grandes obras de infraestrutura, como estradas e geração de energia, e projetos de desenvolvimento urbano no sistema metroviário, no

¹⁷ SCHMITZ, H. Responding to global pressure: the role of private partnership and public agencies in the Sinos Valley, Brazil. Paper for the conference of the BID, "Building a Modern and Effective Business Development Services Industry in Latin America and the Caribbean". Rio de Janeiro, March 1999.

saneamento, na instalação de equipamentos públicos e na habitação apareceram desde o princípio como os principais candidatos para essa orientação. Foi nesse pano de fundo que, em 30 de dezembro de 2004, a Lei 11.079 instituiu as normas gerais para licitação e contratação de PPPs no âmbito da Administração Pública.

3 – A LEI 11.079 E AS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA PPP PATROCINADA

Este capítulo se concentra na Lei da PPP, com foco na PPP patrocinada. O objetivo do capítulo é examinar o texto legal e analisar criticamente alguns dos aspectos mais relevantes que emergem de sua devida aplicação, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. Esta avaliação permitirá traçar as linhas gerais para aplicação eficiente das PPP patrocinadas. Serão examinados ao longo do capítulo: a abrangência da Lei 11.079 e a definição de PPP patrocinada; os limites legais para a realização de PPPs; as diretrizes legais que devem orientar as parcerias e suas implicações de ordem jurídica e econômica; as características desejáveis para as PPPs que emergem da aplicação do texto legal; e outros dispositivos relevantes trazidos pela Lei 11.079, como as formas de pagamento e garantias das PPPs.

3.1 – Abrangência da Lei 11.079 e a definição de PPP patrocinada

A Lei das PPP se aplica “aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (artigo 1º). A Lei definiu PPP patrocinada como a “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987 (Lei das Concessões, de 1995) quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (artigo 2º).

Para avaliar as oportunidades criadas pela instituição das PPP Patrocinadas no Brasil e examinar com mais propriedade suas aplicabilidades econômica, vale considerar em qual campo do espectro jurídico das parcerias entre o setor público e o setor privado o instrumento está situado.

A listagem a seguir apresenta uma classificação das formas de atuação conjunta dos setores público e privado. A ordenação foi feita tomando como referência o comprometimento do setor público na prestação do serviço ou atividade, da maior para a menor atuação¹⁸.

- (1) A Administração Pública compra, de forma direta ou mediante terceirizados, por meio de licitação, produtos e serviços do setor privado (Lei 8.666/93: compras públicas).
- (2) A Administração Pública cria entes privados estatais (empresas públicas, como o BNDES, ou sociedades de economia mista, como a Petrobras) para atuar na atividade econômica.
- (3) PPP Administrativa (Lei 11.079/04). A Administração pública delega o exercício de atividade para o setor privado, em uma modalidade de concessão em que a remuneração do setor privado origina-se exclusivamente do setor público, sendo “impossível, quer do ponto de vista jurídico, quer sob o prisma econômico, a tarifação do serviço”¹⁹. De um modo geral, esta transferência tende a se mostrar mais adequada para aquelas atividades sem sustentabilidade econômica e com geração de benefícios sociais indiretos.
- (4) PPP Patrocinada (Lei 11.079/04). A Administração Pública transfere ao setor privado atividade com retorno insuficiente ou desconhecido, garantindo a atratividade do empreendimento por meio de recursos públicos. Nesta modalidade de concessão, “as contribuições conjugadas do usuário e do setor público compõem as receitas do parceiro privado”²⁰, prestador do serviço.

¹⁸ Naturalmente, a classificação apresentada não pretende esgotar as possibilidades de parceria entre os setores público e privado, apresentando-se mais com o fito de ser um referencial para situar a PPP patrocinada no espectro de arranjos possíveis. Vale assinalar ainda que, dentro de cada categoria, podem ser feitas subdivisões, conforme o foco da análise que se deseja empreender.

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 9 de maio de 2012.

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 9 de maio de 2012.

- (5) Permissão (Lei 8987/95). Mediante permissão (ou autorização), o Estado contrata entes do setor privado (com controle estatal, misto ou totalmente privado) para exercer atividade afeita ao setor público (caracterizada pela precariedade do contrato).
- (6) Concessão Comum (Lei 8987/95). A Administração Pública delega a execução de um serviço público ou a exploração de uma infraestrutura a um parceiro privado, sendo que “a tarifa paga pelo usuário do serviço ou da infraestrutura concedida constitui a totalidade da receita do concessionário”²¹. De um modo geral, tal instituto deve ser aplicado a empreendimentos com viabilidade econômica própria.
- (7) Privatização. O Estado transfere ativos ao setor privado, mantendo ou não compromisso com os resultados de sua operação.

Como se pode observar, a Lei 11.079 veio preencher uma lacuna existente no espectro das parcerias entre os setores público e privado. De fato, com a Lei das PPP o escopo de possibilidades para atuação conjunta do Estado e da iniciativa privada ficou mais completo, e complexo.

Na prática, portanto, a PPP patrocinada representou uma alternativa à concessão comum, ao distinguir-se desta na regra de remuneração do setor privado. Ao engajar o patrocínio do setor público como garantidor da viabilidade de um projeto ao concessionário, o novo instrumento abriu a possibilidade de ser realizar projetos com viabilidade econômica incerta ou insuficiente, mas com impactos estratégicos para o país, com geração de externalidade positiva e efeitos benéficos para as contas públicas que vão além do empreendimento.

3.2 - Limites legais para a realização de PPPs

A PPP somente pode ser aplicada a contratos de parceria entre o setor público e o setor privado de valor maior ou igual a R\$ 20 milhões (artigo 2º §4º inciso I). Dessa forma, as iniciativas pioneiras de PPP, que envolviam projetos de menor monta (como as estradas do Mato Grosso) ficaram de fora da definição legal. Essa limitação pode se explicar pela necessidade de se manter um certo controle sobre os contratos firmados. O acompanhamento

²¹ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 9 de maio de 2012.

das operações de PPP se tornaria muito mais complexo à medida que, baixando o valor mínimo para celebração das PPPs, o número de parcerias tenderia a se multiplicar.

Justamente para facilitar o acompanhamento das PPPs, mas também para cuidar do estabelecimento de prioridades e ordem de execução dos projetos, bem como para ganhos de harmonização e uniformização dos editais, a Lei previu em seu artigo 14 a criação do órgão gestor de PPP, que veio a ser instituído posteriormente pelo Decreto 5385/2005 na forma do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP).

Além da limitação de valor, “as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica” (artigo 10 §3). De fato, em um contexto de escassez de recursos públicos, o volume de recursos públicos necessário para viabilizar a PPP deve ser considerado antes do início do empreendimento, podendo ser aproveitado como critério auxiliar de priorização de iniciativas.

Nesse sentido (embora não necessariamente somente com este fito) também no artigo 22 fica estabelecido que a União só pode contratar PPP “quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício”, e somente quando “as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”²².

Para o caso dos demais entes federativos (Estados, Municípios e Distrito Federal), a Lei 12.024 de 27/08/2009 aumentou o limite de comprometimento da receita corrente líquida para 3%, alterando a redação do artigo 28 da Lei das PPP para limitar a concessão de garantias e a realização de transferências voluntárias pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios

“se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 3% (três por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos

²² O Ministério da Fazenda, por determinação legal, é responsável pela edição de pronunciamento sobre a viabilidade da concessão da garantia e da adequação da União ao limite de comprometimento de despesas com PPP (limite de 1% da Receita Corrente Líquida). A edição de normas para consolidação das contas públicas aplicáveis às PPPs também é atribuição específica da Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

10 (dez) anos subsequentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios” (artigo 28).

Verdade que, ao definir a “receita líquida projetada” como denominador do indicador de destinação de recursos a Lei deixou espaço aberto ao Administrador para formular exercícios a respeito da progressão desta receita. Ainda assim é patente o cuidado da Lei em evitar o comprometimento excessivo de recursos públicos com a PPP.

A limitação imposta aos Estados, Distrito Federal e Municípios chegou a suscitar debates sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei das PPP, por possível indução ilegítima de condutas alheias pela União (em que pese a regra ser direcionada para a União e estipular o limite nominal de risco que a União admite assumir ao garantir os outros entes federativos). À época da redação deste trabalho especulava-se sobre a possibilidade de se rever o limite de comprometimento da receita corrente líquida dos demais entes federativos para 5%, o que, em se confirmando, tornará a restrição folgada a ponto de minimizar as eventuais contendas a respeito.

A Lei estabelece também (artigo 10 inciso I do caput, alínea b) que o efeito fiscal de longo prazo deve ser positivo: os compromissos associados à PPP não podem afetar as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)²³ e “os efeitos financeiros (dessas despesas deverão), nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa” (artigo 10 inciso I do caput, alínea b).

Todo esse cuidado com o equilíbrio financeiro do ente público não se restringe ao fluxo de pagamentos ao concessionário ou com o efeito de longo prazo das PPP, estendendo-se também aos instrumentos garantidores da parceria. Não por acaso, em seu artigo 16, a Lei 11.079 estabelece que a União, suas autarquias e fundações públicas ficam autorizadas a participar em um limite global de R\$ 6 bilhões no Fundo Garantidor das PPP (FGP), mecanismo para viabilização de garantias à contraprestação do parceiro público ao parceiro privado. O FGP está previsto nos artigos 16 ao 21 da Lei 11.079.

²³ Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000.

Ainda no tocante ao financiamento, para asseverar a participação efetiva de parceiros públicos, garantindo assim a “repartição objetiva de riscos entre as partes” (artigo 4º item VI do caput), o artigo 27 da Lei 11.079 estabeleceu limites às operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União. Esses limites variam de 70% a 90% do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico (SPE, na forma definida pelo artigo 9º da Lei 11.079) executora do empreendimento, sendo maior conforme o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) das áreas beneficiadas pelos projetos e sua localização no território nacional. Assim, áreas de menor IDH poderiam se beneficiar de um percentual maior de participação do financiamento público, o mesmo sendo verdadeiro para os investimentos situados nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.²⁴

Outros limites estabelecidos pela Lei são quanto ao período de prestação do serviço, que não pode ser inferior a cinco anos (artigo 2º §4º inciso II) e não pode ter como objeto único o fornecimento de mão de obra ou o fornecimento de instalação de equipamentos ou a simples execução de obra pública (artigo 2º §4º inciso III), afastando do escopo das PPP as compras públicas. Além disso, o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, deve ser de 5 a 35 anos (artigo 5º inciso I).

São resumidos a seguir os limites de aplicação da PPP examinados nesta subseção:

- Valor total do contrato maior ou igual a R\$ 20 milhões.
- Prazo de vigência do contrato de 5 a 35 anos.
- Percentual de participação da administração pública na remuneração do parceiro privado acima de 70% requer autorização legislativa específica.
- Operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União limitadas a 70% a 90% do total das fontes de recursos, dependendo da localização do empreendimento.
- Comprometimento com pagamentos associados às PPP limitado a 1% da RCL para o caso da União e a 3% para os demais entes federativos (podendo ir em breve a 5%).
- Limite de participação da União, autarquias e fundações públicas no FGP de R\$ bilhões.
- Efeito de longo prazo sobre as contas públicas deve ser positivo.

²⁴ Outras diretrizes para o financiamento das PPP estão no artigo 5º §3.

3.3 - Diretrizes legais das PPPs

A Lei 11.079 procurou garantir o cumprimento dos princípios constitucionais da Administração Pública em todo o rito associado à implementação de uma PPP. Além da observância completa e irrestrita dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade (que devem nortear qualquer iniciativa da Administração Pública), são especialmente caros à realização bem sucedida de uma PPP patrocinada os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, da publicidade, da eficiência e do interesse público. Nesse sentido, a Lei estabeleceu a necessidade da observância das seguintes diretrizes na contratação das PPPs (artigo 4º):

- ➔ “Eficiência no cumprimento da missão de estado e emprego dos recursos da sociedade” (inciso I).
- ➔ “Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução” (inciso II).
- ➔ Indelegabilidade das funções de regulação, jurisdição, poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado (inciso III).
- ➔ Responsabilidade fiscal (inciso IV).
- ➔ Transparência (inciso V).
- ➔ Repartição objetiva de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado (inciso VI).
- ➔ Sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas derivadas dos projetos, direta ou indiretamente (inciso VII).

Merecem destaque como garantidores dos princípios constitucionais da Administração Pública acima elencados os incisos I (eficiência), II (razoabilidade e proporcionalidade e interesse público), IV (interesse público), V (publicidade) e VII (razoabilidade e proporcionalidade e interesse público).

A **transparência** (inciso V), para além da observância do princípio da publicidade, é fundamental enquanto ferramenta de informação para a sociedade e mecanismo de diálogo com as partes interessadas (*stakeholders*) à realização e operação da PPP. A transparência e as boas práticas de **governança** compõem dois dos pilares que ajudam a garantir a obtenção do melhor retorno possível para a sociedade na realização de um empreendimento. Ainda sobre a

transparência, a Lei estabeleceu que “ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de desempenho dos contratos de PPP serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados” (artigo 14 § 16).

Vale lembrar que, além de estar dentro do espírito da Lei por promover o acesso à informação da população e, dessa forma, constituir-se em uma característica desejável da PPP, a necessidade de transparência no empreendimento com parceiro público tornou-se ainda mais imperiosa com o advento recente da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527 de 18/11/2011).

As vantagens socioeconômicas (inciso VII), por sua vez, se referem a outro aspecto fundamental para as PPP. De fato, a geração de **externalidades positivas** pelos empreendimentos representa o retorno efetivo para a sociedade das despesas realizadas com a contraprestação pecuniária feita pelo parceiro público ao parceiro privado. É a presença dessas vantagens socioeconômicas diretas e indiretas que garantem que a realização do projeto faça sentido segundo a ótica da sociedade. Para que a avaliação dos impactos socioeconômicos associados ao empreendimento seja completa, é necessária a participação das comunidades interessadas e das partes afetadas, tanto na etapa de elaboração do projeto, quanto em avaliações repetidas do desempenho do mesmo.

Ademais, a grande novidade das PPP está na repartição objetiva de riscos (inciso VI). A Lei não estabelece com precisão como esta repartição de riscos deva ser realizada. Mas seu conjunto de dispositivos encaminha à elaboração do contrato um formato de compartilhamento passível de ajustes conforme as características de cada PPP. Em termos práticos e em linhas gerais, as PPP patrocinadas têm um formato de compartilhamento de riscos entre os setores público e privado relativamente definido. A tabela a seguir (Tabela 1) ilustra como é feito o compartilhamento de riscos em geral em uma PPP patrocinada comparativamente à concessão comum (tabela adaptada de EBI, 2006)²⁵.

²⁵ EBI. EUROPEAN BANK OF INVESTMENT. O BEI e as PPP. Apresentação no Seminário Parcerias Público-privadas: lições portuguesas para o Brasil, realizado pelo MPOG, Brasília, 12 de abril de 2006.

Etapa	Parceiro Público	Parceiro Privado
Planejamento	■	
Projeto de Engenharia		■
Sustentabilidade Ambiental	■	■
Expropriações	■	
Execução de obras físicas		■
Exploração e manutenção do serviço		■
Receitas operacionais	■	■
Desempenho da prestação do serviço	■	■
Legislação e institucional		■
Força maior	■	■

3.4 – Outras características desejáveis para as PPPs trazidas pela Lei 11.079

O artigo 5º traz outra das características desejáveis da PPP, no inciso V do caput: a preservação da **atualidade dos serviços**. É fundamental para que a existência da PPP continue a fazer sentido que a parceria tenha mecanismos para garantir que os serviços prestados estejam (dentro do campo da razoabilidade econômica) no estado da arte da tecnologia e do *modus operandi* mundial. De fato, uma PPP cujo serviço prestado encontra-se defasado a ponto de distanciar a operação do que seria viável se realizar com novo aporte de recursos (quer pelo poder concedente, visando as vantagens socioeconômicas do projeto; quer pelo concessionário, visando seu retorno financeiro) é, por definição, uma PPP que não está cumprindo plenamente com o objetivo maior da observância dos princípios constitucionais associados à prestação de um serviço público.

Outra das características das PPP envolve a **vinculação da receita ao desempenho** do concessionário. A Lei estabelece que o contrato de parceria “poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade” (artigo 6º. Parágrafo Único). A vinculação das receitas ao desempenho pode e deve ser explorada de forma exaustiva pelo poder concedente quando da elaboração do edital. Afinal, segundo a ótica do parceiro privado, o retorno é o principal guia dos investimentos e da atuação. Dessa forma, associar os rendimentos ao desempenho é a melhor forma de direcionar os investimentos da PPP nas dimensões que o parceiro público (se possível, com o apoio dos agentes econômicos e das comunidades afeitas ao projeto)

consegue identificar como representativas para o ganho de bem estar da sociedade. Não basta, portanto, por exemplo, relacionar a remuneração do parceiro privado ao volume de tráfego de uma estrada. É interessante vincular as receitas recebidas pelo concessionário a metas no tocante ao índice de acidentes e ao grau de satisfação do usuário das rodovias.

3.5 – Outros dispositivos relevantes da Lei 11.079

Uma vez definido o caminho pela PPP, escolhido o formato como o mais interessante para a sociedade e considerada sua viabilidade, a Lei cuida também das formas de remuneração do parceiro privado, da configuração do certame para a contratação e das garantias das PPP.

Sobre as formas de pagamento, a Lei definiu as possibilidades para tanto:

“I - ordem bancária; II - cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V - outros meios admitidos em lei” (artigo 6º).

Como assinalou BINENBOJM,

“os projetos de PPP postos em andamento no Brasil têm indicado duas espécies de contraprestação: (i) uma quantia em dinheiro a ser paga pela administração ao concessionário, fixada na proposta comercial, normalmente limitada no seu máximo pelo Edital de licitação e sem qualquer relação com a tarifa a ser cobrada do usuário; (ii) outra, uma promessa de pagamento de quantia em dinheiro referente a um adicional tarifário que **complemente** (grifo nosso) as receitas necessárias para a manutenção de um equilíbrio econômico-financeiro”²⁶.

O montante de adicional tarifário pode ser definido de forma contingente, sendo devido conforme a política das tarifas, o que permite ao parceiro público internalizar os efeitos positivos de um volume de utilização acima do esperado. Tal instrumento é particularmente interessante naqueles casos de demanda pouco conhecida ou imprevisível, onde o risco de mercado é relativamente alto.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 09/05/ 2012.

A Lei 11.079 estabeleceu ainda que a contraprestação da Administração Pública somente poderá ocorrer após a disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada (artigo 7º). Tal configuração desloca todo o risco de execução do projeto para o parceiro privado, e tem ainda a vantagem de mitigar as necessidades de desembolsos do parceiro público no início do empreendimento. Na prática, isso representou deslocar o custo do capital para o parceiro privado, o que pode envolver vantagens consideráveis se este parceiro privado for bem sucedido na minimização dos custos de captação. Veremos adiante que a novidade do instituto PPP e as incertezas associadas a uma modelagem em maturação são um dos fatores que contribuem para dificultar sua implantação generalizada.

Sobre o processo licitatório, o artigo 12 ampliou o leque de critérios previsto pela Lei 8987 em seu artigo 15²⁷ para escolha da proposta vencedora, incluindo “o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública” e “melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital” (inciso II alíneas a e b, respectivamente). Em todo caso o formato da licitação procurou deixar a Administração Pública livre para perseguir o maior benefício possível para a sociedade conforme o caso específico de cada PPP.

Vale ainda mencionar as garantias, na forma definida pelo artigo 8º, como parte importante para a viabilização da PPP. De fato, encontrar uma modelagem adequada para o pacote de garantias associado à PPP é hoje um dos grandes desafios para o uso mais frequente do instrumento PPP. Isso é especialmente verdadeiro para os riscos políticos, associados à estabilidade do marco regulatório (que ainda precisa ser testada, mediante a realização de mais projetos de PPP patrocinada), mas também vale para a mitigação dos riscos de mercado que, por especulação deste autor, acabam muitas vezes vindo à reboque do risco político. Com efeito, os financiadores da PPP patrocinada rejeitarão a participação no projeto se não tiverem como diversificar, mitigar ou imputar a algum outro agente os riscos residuais como, por

²⁷ Em redação dada pela Lei 9648 de 1998: “I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas”.

exemplo, se as metas contratuais de desempenho ou prazo não forem atingidas e o parceiro público interromper os pagamentos.

Tendo completado a análise dos aspectos jurídicos da PPP patrocinada, exploraremos a seguir um pouco mais a respeito das situações e empreendimentos em que o emprego da PPP patrocinada é ótimo para a sociedade.

4 - CONCLUSÃO

Como vimos ao longo deste texto, para que a PPP traga, de fato, vantagens representativas à sociedade em relação à pura e simples realização de gastos públicos pelo Estado, alguns aspectos devem ser observados. Em primeiro lugar a PPP deve proporcionar ao setor público alguma economia mensurável, ganho identificado de eficiência ou vantagem representativa em bem estar social. Caso contrário, ela significará tão somente uma forma de deslocar gastos presentes para uma necessidade de fluxo de desembolsos no futuro.

Além disso, a PPP deve possibilitar algum grau de compartilhamento de riscos, sendo examinada como a opção final quando não for possível deslocar todo o risco comercial para o parceiro privado (ou seja, quando o empreendimento não for econômica e financeiramente sustentável somente com as receitas auferidas dos seus usuários). De fato, nesse cenário, a PPP passa a ser a única opção para viabilizar a participação de empreendedores privados.

Podem ser propostos como elementos essenciais da tomada de decisão de um gestor público em favor de uma PPP patrocinada:

- 1) A definição precisa, pela Administração Pública, do objeto da PPP e das metas associadas à sua execução.
- 2) A presença de resultados indiretos positivos para a sociedade (desde as comunidades lindeiras ao projeto até a integração nacional, por exemplo) além daqueles auferidos diretamente pelos usuários do serviço.

- 3) A capacidade de se obter parte dos recursos junto aos usuários diretos do serviço (mediante tarifação, por exemplo), havendo ainda a necessidade da adoção de tarifas socialmente justas²⁸.
- 4) A viabilidade de captação expressiva de recursos privados, ou seja, o real interesse de agentes privados em compartilhar riscos para o empreendimento em exame, comprometendo-se com sua implantação e operação para obter vantagens financeiras na prestação do serviço (atratividade econômica para o parceiro privado).
- 5) A presença (disponibilização efetiva) de instrumentos mitigadores de risco político e asseguradores dos fluxos de pagamentos compromissados pelo parceiro público.
- 6) A aceitação, em termos institucionais e sociais, da operação do empreendimento por um parceiro privado, sob a ótica privada da maximização de lucros (sujeita aos condicionantes do edital) e do direito privado, mas com regulação e fiscalização do ente público (inclusive quanto à tarifa).
- 7) A possibilidade de mensuração (a ser feita, preferencialmente, por agente independente) como condicionante para o pagamento pelo setor público ao parceiro privado, em função do cumprimento das metas definidas contratualmente.

Ao examinar os dispositivos da Lei à luz da lógica jurídica e econômica (Capítulo 3), chegou-se também a um conjunto de características desejáveis para as PPP. Transparência, participação das comunidades afetadas ao projeto, boas práticas de governança, atualidade tecnológica e vinculação de parte da receita do concessionário ao desempenho da prestação do serviço são alguns dos principais desses itens.

Tendo em vista o cenário de restrição aos gastos públicos, é interessante também listar critérios para a priorização de PPP, a serem considerados pelo órgão gestor de cada ente

²⁸ No sentido de que funcionem em alguma medida como contrapartida do usuário direto pela utilização da infraestrutura, mas a um valor que este usuário direto possa arcar. Dessa forma, a tarifa cobrada ao usuário não deve se constituir no único mecanismo de equilíbrio entre oferta e demanda pelo serviço concedido. De fato, se estes usuários diretos respondessem por todo o retorno do empreendimento, o melhor caminho seria a concessão comum.

responsável pela condução da atuação do parceiro privado. Como vimos, a geração de externalidades, a importância estratégica, a facilidade de execução, a presença de interessados parceiros privados e o volume aporte de recursos públicos requerido para viabilizar o empreendimento são alguns dos critérios mais importantes para essa escolha. Naturalmente, a aplicação da PPP patrocinada deve contemplar primeiramente os projetos mais urgentes e essenciais, do ponto de vista do bem estar social e para a economia do país.

Ao longo deste texto, foi possível perceber e concluir que o ambiente aonde a PPP patrocinada encontra espaços para florescer é aquele onde um empreendimento não tem como capturar todas as benesses advindas de sua implementação. Neste tipo de projeto (ou prestação de serviço, ou instalação de infraestrutura, ou ambos), os benefícios são difusos, afetando outras partes da sociedade além dos usuários diretos. Naquelas situações em que um projeto por si só não tem viabilidade econômica e financeira garantida mas em que a incorporação dos benefícios indiretos (externalidade positiva) ao seu fluxo de caixa o torna viável, é onde mais se mostra à feição a aplicação da PPP patrocinada.

Se o Estado tiver condições de realizar diretamente os investimentos desejados em tempo hábil. Para que faça sentido optar pela realização de uma PPP patrocinada, ela deverá envolver representativos ganhos de eficiência como, por exemplo, mediante a incorporação de técnicas de gestão mais flexíveis ou de algum insumo ou tecnologia não disponível ou acessível ao setor público. O Estado pode, por exemplo, preferir distribuir os medicamentos que produz através da rede privada de farmácias ao invés de criar toda uma rede estatal que, em certa medida, concorreria com a estrutura privada já existente.

São, de todo modo, fatores positivos em uma PPP patrocinada o compartilhamento de riscos com o setor privado e a possibilidade de reduzir a incerteza sobre a conclusão de um projeto e sobre o prazo esperado para sua implantação: com recursos privados à procura da maximização do retorno e sanções previstas com precisão técnica nos editais, os investimentos deixam de estar sujeitos exclusivamente à capacidade de aporte pelo setor público.

Como visto ao longo do trabalho, a instalação e operação de infraestrutura física e de inclusão social são tradicionalmente os mais fortes candidatos ao uso da PPP patrocinada. Neste momento, no Brasil, estão em formulação ou andamento editais para contratação de PPP

patrocinada para o setor metroviário e habitacional, ambos pelo Estado de São Paulo. Também é de se imaginar sua aplicabilidade em rodovias, ferrovias, abastecimento de água, dentre outros segmentos. Todos esses setores da infraestrutura física geram fortes externalidades positivas. Deve-se assinalar que a implantação bem sucedida dessas infraestruturas tem outro efeito indireto desejável (e, se considerado com rigor o texto da Lei, necessário), que é contribuir a médio e longo prazo uma redução no dispêndio público global.

A listagem abaixo apresenta um resumo dos benefícios potencialmente associados à implantação de diversas infraestruturas.

- (1) Rodovias → Efeito de integração nacional e desenvolvimento de novas fronteiras produtivas, redução no índice de acidentes e despesas médico-hospitalares.
- (2) Ferrovias para o transporte de cargas → Matriz de transporte mais eficiente, com redução dos custos de movimentação internos e maior competitividade sistêmica das empresas brasileiras, rodovias menos inchadas com menor índice de acidentes.
- (3) Ferrovias para o transporte de passageiros → Rodovias menos inchadas com menor índice de acidentes, maior integração entre as cidades, particularmente válido para trens de alta velocidade.
- (4) Abastecimento de água → melhoria na qualidade de vida, redução nos gastos com a saúde, especialmente quando acompanhada de investimentos em esgotamento sanitário (apesar deste último não envolver, tradicionalmente, a cobrança de tarifas, não sendo dessa forma elencável, ao menos por si só, como passível de ser aproveitado em PPP).
- (5) Metrô → diminuição dos engarrafamentos e toda a série de prejuízos que estes acarretam, em tempo, combustível, poluição sonora e ambiental.
- (6) Habitação → planejamento urbano, organização urbana, regularização do recolhimento de impostos de propriedade.

A lista não é exaustiva e seria possível incluir outros setores, como por exemplo a geração de energia por fontes alternativas. Em assunto correlato, há que se avaliar também as

possibilidades de aplicação da PPP patrocinada em projetos ambientais. A investigação é natural: esses projetos são típicos geradores de externalidades. Se por um lado é pouco frequente a possibilidade a cobrança a usuários diretos, por outro o forte impacto positivo da observância dos conceitos de sustentabilidade ambiental justifica a atenção à incorporação de práticas ambientalmente eficientes e sustentáveis aos editais para elaboração de empreendimentos de qualquer espécie.

Os principais desafios para a PPP patrocinada estão no estabelecimento de uma série de casos de sucesso (para além do marco regulatório estável) de forma a se “institucionalizar” essa modalidade de parceria entre os setores público e privado e no desenvolvimento e constituição de modalidades de garantia do pagamento da contrapartida da parcela do setor público ao empreendedor privado que dê segurança suficiente para a realização dos empreendimentos.

No tocante à parte institucional, o desafio é duplo e envolve replicar o modelo consolidando o marco regulatório e evitar o uso populista do patrocínio para garantir tarifas excessivamente baixas, com o conseqüente comprometimento fiscal do ente público. Daí a importância do cuidado, da transparência e da participação de agentes independentes na elaboração do edital para evitar distorções na modelagem dos contratos.

Embora não seja a pretensão deste artigo, vale indicar o exame das alternativas de garantia como desdobramentos e próximos estudos. Além disso, na busca pela “popularização” das PPP patrocinadas vale examinar o relativo sucesso das PPP administrativas. O que, mais uma vez, indica a importância de um aparato institucional que assegure o cumprimento dos contratos tais como formulados (embora, não sejam estes, naturalmente, elementos primordiais a serem considerados para o sucesso da PPP, elementos estes que estão listados no início desta seção).

A possibilidade de incorporar externalidades permitindo assim a realização de projetos que de outra forma seriam deixados de lado é parte das obrigações do estado de persecução do objetivo de otimização da economia, aqui, mediante o suprimento de uma falha de mercado (externalidades) e pela coordenação dos investimentos em serviços públicos, ainda que de forma delegada. A PPP não é uma panaceia que pode resolver todas as lacunas de infraestrutura do país, mas como procurou-se demonstrar ao longo deste trabalho, a Lei harmoniza-se com a lógica econômica na busca pela promoção dos princípios constitucionais

da Administração Pública, notadamente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, da publicidade, da eficiência e do interesse público. Se a PPP patrocinada puder contornar suas limitações associadas à necessidade de mitigação do risco político-institucional e quanto à credibilidade da garantia que assegura a disponibilização de recursos públicos (suportes essenciais para a assunção de riscos de longo prazo pelo setor privado), poderá tornar-se uma importante e efetiva ferramenta do Estado em seu objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social.

Bibliografia

ALLEN, G. ,The Private Finance Initiative. Research Paper, 117. London, House of Commons, 2001.

ARAGÃO, J. J. G., et al. Uma avaliação preliminar do projeto de lei que institui normas gerais sobre parceria público-privada, no âmbito da administração pública. Texto para Discussão. RESET. Rede de Estudos de Engenharia e Sócio-econômicos em Transportes; outubro de 2003.

ARAÚJO, S. & SUTHERLAND, D. (2010), “Public-Private Partnerships and Investment in Infrastructure”, *OECD Economics Department Working Papers*, No. 803, OECD Publishing.

BENNET, Elizabeth; SELDOM, James; e GROHMANN, Peter. Joint venture public-private partnerships for urban environmental services. Report on UNDP/PPPUEs Project Development Facility (PDF), 1995-1999. PPPUE Working Series, v. II, New York, United Nations and Yale University, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 09/05/2012.

BORGES, L. F. X. & NEVES. C.; Parceria Público-Privada: Riscos e Mitigação de Riscos em Operações Estruturadas de Infra-estrutura. Revista do BNDES; Rio de Janeiro, V. 12, N. 23, p. 73-118, junho de 2005.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa & SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro – Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo Brasileiro – Revista do Serviço Público, Vol. 56, nº 1 – Jan/Mar 2005.

EBI. EUROPEAN BANK OF INVESTMENT. O BEI e as PPPs. Apresentação no Seminário Parcerias Público-privadas: lições portuguesas para o Brasil, realizado pelo MPOG, Brasília, 12 de abril de 2006.

ECOSOC – ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. Public/private partnerships: a new concept for development. Committee for Trade, Industry and Enterprise Development, 2003.

JURUÁ, Ceci Vieira - Texto: Fundo Garantidor das Parcerias. Agosto de 2005. Site: lpp-buenosaires.net/outrobrasil/docs/1882005204558_ceci_agosto_2005.doc. Acesso em 15/05/2012.

MPOG. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Unidade PPP. www.planejamento.gov.br/ppp/index.htm, 2012.

FINGERMANN, H.; BERNAREGGI, G. M.; e LODOVICI, E. S. Parceria público-privada. Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais. V. 1: Teoria e prática. São Paulo, Summus Editorial, 1992a.

_____. Parceria público-privada. Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais. V. 2: Experiências em confronto. São Paulo, Summus Editorial, 1992b.

MAPPP. Mission d'appui aux partenariats public-privé, <http://www.economie.gouv.fr/ppp>. Acesso em 10/05/2012.

MOREIRA, T. e CARNEIRO, M. C. F. A parceria público-privada na infraestrutura econômica. Revista do BNDES, v. 1, n. 2, p. 27-46. Rio de Janeiro, BNDES, dezembro 1994.

NATIONAL ROADS AUTHORITY. Site da internet: <http://www.nra.ie>. Acesso em 10/05/2012.

OECD. Regulatory report in Ireland. Paris, April 2001.

RATLEDGE, S. & LIGNIÈRES, P. PPP in France 2006, disponível em www.linklaters.com/pdfs/publications/projects/pppfranceoct06.pdf, acesso em 15/05/2012.

SAMII, R.; WASSENHOVE, L.; e BHATTACHARYA, S. An innovative public-private partnership: new approach to development. World Development Journal, n. 6, p. 991-1008. Great Britain, 2002.

SCHMITZ, H. Responding to global pressure: the role of private partnership and public agencies in the Sinos Valley, Brazil. Paper for the conference of the BID, "Building a Modern and Effective Business Development Services Industry in Latin America and the Caribbean". Rio de Janeiro, March 1999.

TCU/FGV. Relatório sobre Análise da experiência internacional e nacional em matéria de PPP. Acessível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055918.PDF>, acesso em 15/05/2012.

WORLD ECONOMIC FORUM. The global competitiveness report. Geneva, 2000.