

OS PRINCIPAIS ATRATIVOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA E A NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO ADEQUADO PARA SUA IMPLANTAÇÃO

3. OS PRINCIPAIS ATRATIVOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA E A NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO ADEQUADO PARA SUA IMPLANTAÇÃO

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Especialista em Direito do Estado pela PUC-SP. Pós-graduado em Management Program for Lawyers e Corporate Governance pela Yale School of Management. Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público na PUC-SP. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação da Universidade de La Coruña, na Espanha. Professor convidado do curso de Pós-graduação em Direito Administrativo da Universidad de Belgrano, na Argentina. Presidente da Comissão Especial de Direito de Infraestrutura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Membro do Comité de Coordinadores Nacionales da Red Iberoamericana de Contratación Pública. Diretor da Revista Brasileira de Infraestrutura (RBINF). Diretor da Revista Internacional de Direito Público (RIDP). Coordenador da Coleção Fórum Direito e Infraestrutura. Diretor do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Membro da Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA). Membro da International Bar Association (IBA). Membro do Instituto de Advogados de São Paulo (IASP). Advogado.

PEDRO JATENE

Pós-graduado em Direito de Infraestrutura pela FGV-SP. Membro-consultor da Comissão Especial de Direito de Infraestrutura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Membro do Conselho de Redação da Revista Internacional de Direito Público (RIDB). Advogado.

SUMÁRIO: 1. Contextualização política e administrativa do nascimento das parcerias público-privadas no Brasil: 1.1 A introdução do conceito de parceria público-privada no Brasil; 1.2 A parceria público-privada no direito brasileiro; 1.3 O diagnóstico da primeira década de vigência da Lei das PPPs – 2. Principais atrativos das parcerias público-privadas para o setor público: 2.1 Alternativa de financiamento; 2.2 Vantajosidade pública ou Value for Money; 2.3 Sustentabilidade e melhoria do serviço; 2.4 Transformações no setor público – 3. Planejamento adequado de parceria público-privada: 3.1 O arcabouço institucional auxiliar à seleção de projetos; 3.2 Identificação e alocação eficiente de riscos; 3.3 Bancabilidade do projeto – 4. Considerações finais.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO POLÍTICA E ADMINISTRATIVA DO NASCIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

Em 15.01.1985, nascia a Sexta República Brasileira com a vitória de Tancredo Neves sobre Paulo Maluf na disputa para o cargo de presidente. O candidato mineiro da oposição, contudo, ainda não seria eleito pelo voto popular reclamado no movimento das diretas do qual era uma das eminentes lideranças,¹ mas por maioria absoluta dos votos de um Colégio Eleitoral formado por parlamentares. Morto antes de tomar posse, Tancredo deu lugar a José Sarney na Presidência da República.

Da perspectiva jurídica, entretanto, o processo de construção da nova fase republicana do país não se completava simplesmente com a eleição indireta para presidente. Era fundamental que um novo pacto político e social fosse celebrado para inaugurar a desejada ordem jurídica democrática, afastando o regime retrógrado que vigia desde 1964, sobretudo a partir da Constituição de 1967. A missão, então, veio a ser cumprida com a promulgação da Constituição Federal de outubro de 1988, uma carta política herdeira dos princípios axiológicos do Estado Social de Direito e com notável ênfase na garantia de direitos e liberdades individuais dos cidadãos.

Todavia, apesar da vitória democrática, a construção da nova ordem constitucional, que deveria ser alicerçada na atuação incisiva do Estado no intuito de promover a redução das desigualdades sociais, reclamava a instrumentalização legal de mecanismos que pudessem auxiliá-lo no desenvolvimento desse desiderato.

Nessa direção, seria fundamental à real concretização dos direitos sociais insculpidos como valores fundamentais do Estado Brasileiro o desenvolvimento de infraestrutura pública, posto que conferiria ao cidadão a adequada prestação de serviços públicos.

Para realizar essa tarefa, desafiadora e incontestavelmente árdua de ser implementada, o Estado precisaria contar com a colaboração do setor privado, que sem lhe retirar a titularidade da função, permitiria que fossem realizadas uma série de atividades em regime de plena colaboração.

Dentro desse ambiente, foi editada e sancionada, em 13.02.1995, a Lei Federal 8.987, que tratou de disciplinar os institutos da concessão e da permissão da prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, mantendo para o Estado a sua titularidade, atendendo as previsões constitucionais dos arts. 21 e 175 da Carta.

O modelo de concessão criado no Brasil pela Lei 8.987/1995 foi elaborado no Reino Unido para delegar os serviços que não poderiam ser privatizados, tais quais os subsumíveis à Lei de Concessões nacional, por serem de titularidade do Estado: eram as chamadas user-fee PPPs, isto é, as parcerias público-privadas que se remuneravam pela tarifa cobrada dos usuários, em oposição às availability-based PPPs, aquelas em que a Administração remuneraria diretamente o setor privado à medida que o serviço fosse ficando disponível – modalidade que precisaria aguardar até 2004 para ser concebida no Brasil.²

Pelo menos na sua acepção original e mais difundida internacionalmente, as parcerias público-privadas já estavam sendo introduzidas timidamente no Brasil em 1995. Importa, desse modo, a ideia de que a legislação das PPPs desenvolveu-se no país no

contexto de algumas reformas que exigiram da Administração Pública, para efetiva utilização do instrumento, um melhor aparelhamento orgânico em termos estruturais e uma visão que prestigiasse mais a obtenção de resultados do que um apego inconsistente e estéril à forma.

1.1 A introdução do conceito de parceria público-privada no Brasil

Se por um lado a diretiva constitucional para a atuação do Estado já reconhecia que a prestação de serviços públicos poderia ser delegada ao setor privado, o instrumental jurídico aplicável a essa decisão, por outro lado, só foi introduzido na ordem jurídica brasileira anos mais tarde. No campo das contratações públicas, entendidas em sentido amplo, a confrontação das duas principais leis federais da década é suficiente para representar a mudança que se pretendia provocar no racional do exercício da função administrativa.

Se de um lado a Lei 8.666, de 21.06.1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos públicos, surgiu como um diploma normativo revoltado em mecanismos que pretendiam proibir a existência da interface entre o setor público e o setor privado – visando a garantir os princípios da isonomia, da impessoalidade, da economicidade e da moralidade na Administração Pública³ –, do outro, a Lei 8.987/1995 trouxe para o direito brasileiro o modelo de delegação de serviços públicos cujos bons resultados dependiam, justamente, do desenvolvimento de uma relação jurídica profícua e duradoura entre os dois setores – o que, por princípio lógico, demanda relacionamento intenso.

1.2 A parceria público-privada no direito brasileiro

O gênero das parcerias público-privadas, contudo, ainda não tinha contornos claros porque se confundia com sua única espécie disponível no ordenamento pátrio: a concessão da Lei 8.987/1995.

Desse modo, exigia-se a edição de uma nova legislação que pudesse viabilizar novos arranjos contratuais mais interessantes para a Administração Pública que até então não eram juridicamente possíveis. Consequentemente, a criação dessas novas molduras inevitavelmente dialogaria com a Lei de Concessões, compondo o campo jurídico das parcerias público-privadas em sentido amplo.

Então, em 30.12.2004, foi promulgada a Lei 11.079, conhecida vulgarmente como Lei das PPPs, na esteira das respectivas leis estaduais de Minas Gerais (14.868/2003) e São Paulo (11.688/2004), que anteciparam a legislação federal sobre a matéria.

Fundamentalmente, a Lei das PPPs inovou ao criar dois novos contratos. De um lado, criou condições jurídicas para que a iniciativa privada assumisse o compromisso de investir para a implantação e operação de infraestrutura pública relativa não apenas aos serviços oferecidos aos usuários (uti singuli), como se dava nos termos da Lei 8.987/1995, mas também para aquela que fosse concernente à oferta de serviços para a própria Administração. Nesses casos, em que não há usuários e, por conseguinte, tampouco tarifa a ser cobrada (penitenciárias, fóruns judiciais, centros de atendimento ao cidadão etc.), a remuneração seria realizada diretamente por pagamentos da Administração Pública. Criava-se a concessão administrativa (art. 2.º, § 2.º).

De outro lado, a Lei das PPPs aperfeiçoou o regime das concessões remuneradas pela combinação entre a tarifa cobrada dos usuários e o adicional de tarifa pago pela Administração, possibilidade prevista na Lei de Concessões, com a diferença que por meio desse diploma legal, se permite a instituição de subsídios para complementar o sistema remuneratório da concessionária (art. 11). Todavia, se a alternativa já estava disponível juridicamente, em termos práticos ainda prescindia das mesmas condições oferecidas ao setor privado nas concessões administrativas para conferir-lhe a segurança necessária contra eventual inadimplemento do poder público. Fazendo proveito do mesmo sistema robusto de garantias (art. 8.º), a Lei das PPPs nomeou de concessão patrocinada as concessões que tivessem pagamentos complementares do setor público realizados por meio de contraprestação do Estado (art. 2.º, § 1.º).

O mote da Lei das PPPs é, portanto, a geração de firmes e duradouros compromissos financeiros por parte do ente estatal contratante. Como o objeto da parceria sempre demandará gastos significativos por parte da iniciativa privada (art. 2.º, § 4.º), de um lado pretendeu-se, no esteio da Lei de Responsabilidade Fiscal, impedir que o administrador público agisse com temeridade, comprometendo recursos públicos futuros (art. 4.º, IV; c/c arts. 10, 22 e 28), de outro, procurou-se criar um cenário mais atrativo para o investimento privado, obrigando o Estado a oferecer garantias para os compromissos pecuniários que viesse a assumir (art. 8.º), isso porque a iniciativa privada tem no retorno do capital investido, acrescido da margem de lucro projetada, a única motivação para pleitear uma contratação.

A peculiaridade para a qual se deve atentar, sobretudo à medida que aumenta a influência do material estrangeiro no país, é a seguinte: aquilo que internacionalmente se entende e responde pelo nome de parcerias público-privadas, no Brasil pertence ao gênero das concessões, configurado pela combinação das Leis 8.987/1995 e 11.079/2004. Nesse sentido, em termos positivos, a parceria público-privada no direito brasileiro não se refere ao gênero, tal como ocorre no exterior, de parcerias firmadas genericamente entre o Estado e os particulares, mas tão somente a duas de suas espécies típicas, ou seja, as duas modalidades de concessão criadas pela Lei 11.079/2004.⁴

1.3 O diagnóstico da primeira década de vigência da Lei das PPPs

Apesar do desenvolvimento inicial tímido de projetos licitados com fundamento na Lei das PPPs, que chega em 2014 ao seu decênio, é possível identificar hodiernamente que cerca de 50 parcerias foram contratadas em âmbito estadual e municipal, sendo destacável o fato de a União ter celebrado apenas uma parceria em todos esses anos, aquela relativa ao centro de dados do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal.⁵

Por oportuno, cumpre acrescentar que em razão da regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse (art. 3, § 1.º) pelo Decreto Federal 5.997, de 01.12.2006, mais de 70 projetos estaduais solicitaram estudos da iniciativa privada entre 2007 e 2012, sugerindo que a tendência pela implantação de infraestrutura pela Lei das PPPs tende a aumentar conforme seja intensificada e aprimorada a interface entre público e privado.⁶

Com frequência, entretanto, o diagnóstico vulgar sugere que o Estado celebra menos parcerias público-privadas do que deveria. Tal raciocínio, porém, em muito se esteia na presunção de que a estruturação desse tipo de negócio jurídico é simples ou, ainda que

fosse muito complexa, seria sempre realizada da maneira adequada pelo setor público. A realidade, infelizmente, não parece autorizar essa presunção.

Como as parcerias público-privadas se caracterizam por serem acordos de longo prazo, que envolvem grandes montantes financeiros e demandam a realização de altos investimentos pelo particular contratado, uma abordagem realista da capacidade pública de estruturar projetos dessa natureza poderia diagnosticar que o Estado celebra a exata quantidade de parcerias que lhe é possível celebrar, o que não necessariamente coincide com a devida quantidade de parcerias que deveria celebrar.

A rigor, se a modelagem adequada fosse um requisito da análise, o diagnóstico poderia ser, inclusive, no sentido de que o Estado celebra mais parcerias do que deveria, isso porque, sendo o Estado o titular e último responsável pelos serviços, recaem sobre ele os ônus das intercorrências pós-contratuais oriundas de modelagens inadequadas e ineficientes.

Assim, embora as parcerias público-privadas definidas pela Lei das PPPs e suas correlatas em níveis estaduais e municipais sinalizem para o administrador público uma série de atrativos, o sucesso de sua utilização depende diretamente de as modelagens jurídica e econômico-financeira do projeto serem adequadas. O principal obstáculo para a contratação eficiente de uma PPP consiste, por conseguinte, em reunir informações precisas sobre um projeto que seja pertinente para ser oferecido aos parceiros certos, em momento oportuno.⁷

2. PRINCIPAIS ATRATIVOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS PARA O SETOR PÚBLICO

Em linhas gerais, as parcerias público-privadas apresentam-se como uma alternativa de financiamento para infraestrutura diferente do endividamento público. Embora o custo dessa alternativa para a iniciativa privada seja usualmente superior ao custo do endividamento público perante instituições multilaterais e bilaterais de fomento para a Administração, apresenta-se como eficiente alternativa de aumentar os investimentos no setor quando o Estado vê sua capacidade de investir constricta por fatores fiscais ou orçamentários.

No Brasil, metade dos investimentos em infraestrutura é realizada pelo setor público, a outra metade é realizada pelo setor privado, totalizando apenas 2% do PIB. Considerando a constrição sofrida pelo setor público e o fato de que a taxa média de investimento de economias emergentes em infraestrutura é de 3% e a dos latino-americanos Chile e Colômbia é de 6%, natural que se conclua que o aumento do investimento nacional passa diretamente pela atração de capital privado, se mantidas as constrições sobre a capacidade pública.⁸

Além de poder servir em favor do aumento dos fundos disponíveis para investimentos, a utilização das parcerias público-privadas pode incrementar sobremaneira os resultados obtidos por eles na medida em que oferecem vantagem econômica para a Administração contratante e melhoria constante para o serviço. Ademais, as parcerias público-privadas podem funcionar como ferramentas conjunturais para a promoção de transformações fundantes no cotidiano do setor público, como será discutido adiante.

2.1 Alternativa de financiamento

De partida, uma PPP permite que o custo de capital da implantação de determinada infraestrutura seja diluído ao longo do ciclo de vida do empreendimento, em vez de exigir a sua contabilização imediata no orçamento público e, conseqüentemente, a respectiva dotação referente à integralidade do montante.

Um programa de parcerias público-privadas, portanto, permite que o setor público ultrapasse barreiras de curto prazo que lhe são impostas – seja pela arrecadação insuficiente de recursos, seja pela limitação, ainda que transitória, da sua capacidade de endividamento –, dividindo a remuneração do investimento realizado pela iniciativa privada em anuais e consecutivas dotações orçamentárias, sempre observadas as diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal, ressaltadas na Lei das PPPs (art. 10).

Nesse diapasão, a alternativa privada de financiamento para infraestrutura constitui-se normalmente de uma mistura do capital próprio da concessionária (equity) com o capital de terceiros (debt), levantado em operações de crédito junto a bancos de investimento, organismos multilaterais e bilaterais e, ainda, mediante a oferta de produtos financeiros, como as debêntures, que conferem ao comprador um direito de crédito perante a companhia emissora (Lei das S.A., art. 52; Lei 12.431/2011).

Considerando-se essa lógica, o primeiro capital a ser remunerado pela PPP é o capital de terceiros, que começa a sofrer eventuais prejuízos do projeto somente quando esgotado o capital próprio da concessionária. A consequência direta desse princípio é que o capital próprio suporta mais riscos do que o capital de terceiros, portanto, exige um retorno maior para o quanto investido. Naturalmente, sendo o capital próprio mais caro, quanto maior for a capacidade do empreendimento de contrair dívidas com terceiros, menores serão os custos totais do projeto. De qualquer forma, uma parcela de equity é sempre essencial, como decorrência automática da contração de dívidas junto a terceiros. É pouco provável que a concessionária convença terceiros a confiarem capital em um projeto do qual ela mesma pretende manter o próprio capital distante.

Reconhecendo que o custo do capital é fator preponderante para que as parcerias público-privadas sejam tiradas do papel, a Lei das PPPs estabeleceu os limites máximos de alavancagem referentes ao financiamento concedido por instituições financeiras controladas pelo poder público, por outras instituições oficiais e por fundos de pensão, em uma banda de 70% a 90% do capital total do projeto, conforme o caso (art. 27). Está pressuposta na Lei das PPPs, portanto, a possibilidade de participação direta do poder público na estruturação do financiamento.

Assim, diferentemente das concessões comuns, em que grande parte dos riscos associados ao capital intensivo exigido e ao longo prazo de amortização do investimento são transferidos para a iniciativa privada (art. 31, VIII), as parcerias público-privadas têm os riscos do financiamento compartilhados em certa medida entre os dois setores.

Em primeiro lugar, porque ao prestar as garantias de suas obrigações pecuniárias, o Estado assegura previsibilidade das receitas que podem representar até a integralidade da remuneração do parceiro privado, no caso das concessões administrativas, ou de até 70%, caso se trate de uma concessão patrocinada. A prática permite, por conseguinte, que a concessionária vincule suas futuras receitas ao pagamento da dívida contraída

com terceiros (art. 5.º, § 2.º, II). Ademais, a obrigação de sua constituição como sociedade de propósito específico (art. 9.º) segrega os riscos do projeto daqueles decorrentes de outras atividades desempenhadas pelas suas controladoras. Assim, protege-se a saúde financeira do empreendimento contra os ônus que lhe são alheios, bem como se permite uma melhor fiscalização da concessionária, ao passo em que se sabe que todos os seus atos de gestão dizem respeito à implantação e operação da infraestrutura.⁹

Em segundo lugar, os custos do financiamento são parcialmente compartilhados porque, com o advento da Lei 12.766, de 27.12.2012, o poder público passou a poder contribuir financeiramente com o concessionário antes do serviço se tornar disponível. Pela nova figura do aporte de recursos, o poder público pode compartilhar os custos iniciais da obra e da aquisição de bens reversíveis que estão a cargo do parceiro privado, diminuindo sobremaneira o custo de seu financiamento, dado que os gastos de implantação costumam superar em muito os gastos subsequentes de manutenção e operação.¹⁰

2.2 Vantajosidade pública ou Value for Money

O segundo atrativo de uma PPP é a possibilidade de representar vantajosidade pública para a Administração, conhecida pelo termo Value for Money, que em linhas gerais se refere aos ganhos de eficiência relativos à comparação de custos entre uma contratação tradicional e uma contratação de PPP. A razão fundamental para tanto é alocação eficiente de riscos, isto é, atribuí-los de acordo com a capacidade das partes de administrá-los caso venham a se materializar.

Se de um lado as parcerias público-privadas aliviam o orçamento público, de outro mobilizam mais interesses privados de terceiros, notadamente daqueles que endividarão a contratada no financiamento de seu capital. Nesse sentido, conforme dito anteriormente, há um grande incentivo econômico-financeiro para que a iniciativa privada busque a alocação eficiente dos riscos do projeto, dado que é a sua exposição ao risco que precificará seu financiamento e, conseqüentemente, oferecerá números totais ao valor do projeto. Para que tal eficiência não se reflita apenas no lucro da parceira privada, determinou a Lei das PPPs que os ganhos econômicos oriundos da redução no custo do financiamento ao longo do contrato devem ser compartilhados com o poder público (art. 5.º, IX).

Outro fundamento para a vantajosidade está na modelagem financeira realizada pelos investidores de parcerias público-privadas. Como os responsáveis pelos investimentos iniciais de construção serão os mesmos responsáveis pelos investimentos seguintes na manutenção e operação do serviço, há o incentivo a uma modelagem que considere o custo total do ciclo de vida do empreendimento, em vez da abordagem segmentada que caracteriza as contratações de obra pública e prestação de serviços tradicionais, orientadas pelos menores dispêndios etapa a etapa. Significa dizer que a iniciativa privada pode estar disposta a dispender mais dinheiro na fase de construção, por exemplo, empregando melhores técnicas e materiais, se daí decorrer um menor custo de manutenção e operação pelo restante da vida do empreendimento.¹¹

Uma PPP, diferentemente da contratação de obra pública, permite considerar esse ciclo de vida de modo integrado na modelagem econômico-financeira do projeto, associando

a eficiência no gasto com a economia no seu valor global. Contar com a parceria do setor privado possibilita, portanto, que o setor público se beneficie de algumas de suas competências, como o rigor para selecionar projetos que comprometam capital, a capacidade de gestão contratual, o impulso por inovação e até a experiência comercial para exploração de receitas acessórias admitidas em contrato.

2.3 Sustentabilidade e melhoria do serviço

Como visto anteriormente, a alternativa de financiamento e a aplicação mais eficiente de recursos são características das parcerias público-privadas que atraem o setor público a fazer uso dos contratos delineados pela Lei das PPPs. Considerando-se as limitações legais ou conjunturais impostas sobre a capacidade orçamentária e de endividamento do poder público, implantar uma PPP surge como possibilidade de ampliar e melhorar a prestação de determinado serviço, seja para a comunidade, seja para a própria Administração.

Seria defensável do ponto de vista macroeconômico, entretanto, asseverar que o investimento público diminui à medida que aumenta o investimento privado, de tal forma que o montante total investido se manteria basicamente inalterado com o aumento desse último, presumindo que sua função seria substituir a necessidade do primeiro. Todavia, a tendência que se observa na prática é que a implantação de parcerias público-privadas não substitui o investimento público realizado de outras formas, mas com ele se combina, isso porque o que a Administração contrata via PPP não poderia ser contratado com a mesma eficiência de nenhum outro modo. Daí dizer que o investimento público e o investimento privado não são substitutos, mas independentes.

Desse modo, a despeito da análise de vantajosidade que a contratação de PPP promete oferecer, uma abordagem realista do seu uso sugere que, para o setor público, não se trata de decidir entre implantar e operar infraestrutura por meio dela ou por meio de contratos tradicionais de obra pública e prestação de serviços. Para o administrador público, dadas as limitações que enfrenta, trata-se de uma decisão entre viabilizar a infraestrutura via PPP ou não viabilizá-la de modo algum. Por princípio lógico, daí decorre que as parcerias público-privadas dão vazão às oportunidades e necessidades de expansão e desenvolvimento de infraestrutura que permaneceriam represadas por limitações de cunho econômico, financeiro e normativo que incidem sobre o poder público.¹²

Uma vez que as possibilidades de desenvolvimento do serviço se apresentam factíveis tão somente por meio de parcerias público-privadas, não seria inoportuno afirmar que à frente do administrador público não são postas opções. Tomando por princípio que desenvolver o serviço não é ato facultativo do poder público, mas ato obrigatório, inerente ao exercício dos deveres-poderes que lhe são conferidos pelo regime jurídico incidente, a sua única alternativa é a implantação de um projeto via PPP. Consequentemente, em determinados casos, sendo a PPP a única saída que se apresenta disponível, o cerne da questão passa a ser a sua eficiente implantação, relegando ao segundo plano a avaliação da vantajosidade pública aferida em comparação à contratação segmentada da obra, dos equipamentos e dos serviços.

A melhoria do serviço, portanto, acompanha a ampliação de sua oferta, beneficiando-lhe a sustentabilidade, na medida em que o lucro move a iniciativa privada e a incentiva à

máxima eficiência em seus gastos. Com vistas a garantir que essa lógica econômica se aperfeiçoe na prática, a Lei das PPPs exige que os contratos prevejam a estipulação de parâmetros objetivos para a avaliação do desempenho da parceira privada (art. 5.º, VII) facultando, ainda, que seja prevista uma remuneração complementar variável referenciada a tal desempenho (art. 6.º, § 1.º).

Traduzindo em termos objetivos – pressupondo que parâmetros adequados sejam estabelecidos por parte da Administração –, significa dizer que a PPP atrela os interesses econômicos dos investidores privados às exigências constitucionais e infraconstitucionais de manter serviço adequado, independentemente de o usuário ser o cidadão ou a própria Administração.[13](#)

2.4 Transformações no setor público

Uma PPP também oferece ao setor público a possibilidade de servir como ferramenta de aperfeiçoamento do exercício da função administrativa, de maneira a atingir, com mais eficiência e menos dispêndios orçamentários, o interesse público a ser salvaguardado. Como asseveramos em outra oportunidade, o Estado deve atentar mais para o planejamento de políticas públicas, para a regulação e fiscalização das atividades de cunho econômico (sejam elas atividades econômicas ou serviços públicos), de maneira a oferecer ao cidadão comodidades e utilidades que lhe devem ser intrínsecas.[14](#)

Nesse sentido, as parcerias público-privadas, por princípio, submetem o planejamento da Administração Pública ao amplo escrutínio da sociedade, seja em razão das diligências que são realizadas pelos investidores, seja por oportunidade das consultas e audiências públicas exigidas previamente à licitação do projeto (art. 10, VI). Como decorrência da transparência, surge a responsabilização do administrador que deve justificar a opção pela contratação da PPP (art. 10, I, a) mesmo quando não se trate de uma opção entre duas ou mais alternativas, conforme observado anteriormente.

A partir disso, outra contribuição que as parcerias público-privadas podem oferecer ao setor público é servirem como bases comparativas para que futuras decisões sobre implantação e operação de infraestrutura sejam tomadas pela Administração com maior instrução. Setores em que poucas parcerias são firmadas podem, pelo menos desde a implantação da primeira modelagem de PPP, usar a experiência como parâmetro para próximos projetos. É o caso, por exemplo, de parcerias público-privadas que envolveram o setor da educação: depois que a cidade de Belo Horizonte lançou, em 2012, a PPP para construção de escolas e operação dos serviços não educacionais que lhe são acessórios (limpeza, vigilância etc.), o estado do Espírito Santo optou por seguir pelo mesmo caminho, no ano seguinte, mediante PMI, por entender que a parceria era único modelo viável para ampliar drasticamente a oferta de vagas escolares no ensino fundamental e ensino médio.[15](#)

Por fim, é preciso destacar que as parcerias público-privadas podem irradiar suas melhores práticas para outras modalidades de contratação. Tome-se, por exemplo, a exigência de constituição da SPE, prevista na Lei das PPPs (art. 9.º), que sob a égide da Lei de Concessões, consistia em mera possibilidade facultada à Administração nas hipóteses de delegação para um consórcio de empresas.

Embora a Lei das PPPs não tenha o condão de influir no regime da Lei de Concessões, os últimos editais de concessão aeroportuária lançados em 2013 trouxeram consigo a exigência de constituição de SPE como condição prévia à assinatura do contrato. É verdade, contudo, que nos casos em questão havia a especificidade da inclusão da estatal Infraero no consórcio vencedor, supostamente com vistas à pretensa incorporação da expertise dos parceiros privados nos quadros da administração indireta. Independente desse pormenor estratégico, a exigência de constituição de uma SPE para as concessões comuns delegadas a consórcios representa, indubitavelmente, a certeza oriunda da experiência com parcerias público-privadas de que o controle, a fiscalização e o financiamento da concessionária são privilegiados sob essa estruturação societária.[16](#)

3. PLANEJAMENTO ADEQUADO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Conforme exposto, as parcerias público-privadas apresentam-se como instrumentos contratuais atrativos para o poder público, sobretudo por representarem uma alternativa ao financiamento da infraestrutura, e também como um modo mais eficiente de empregar as importâncias financeiras necessárias durante as diferentes etapas do seu ciclo de vida, uma possibilidade de desenvolver e incrementar a qualidade do serviço associado a ela e, ainda, de gerar aprendizados e provocar mudanças no modo pelo qual a Administração Pública encara sua função de planejamento.

Entretanto, para que tais promessas se tornem realidade, é fundamental que a Administração tenha clareza das particularidades que envolvem uma modelagem de um projeto de infraestrutura por meio das parcerias público-privadas e saiba fazer o melhor uso possível delas. Em outras palavras, uma PPP é interessante para o poder público quando vem inserida no âmbito de uma política abrangente, respaldada por um arcabouço jurídico e institucional apropriado que possibilite a elaboração de projetos pertinentes e de resultados factíveis.

Em países em desenvolvimento como o Brasil, contudo, a estruturação desse anteparo teórico e diretivo para o bom uso das parcerias público-privadas encontra algumas dificuldades para se aperfeiçoar. Nota-se que é comum a Administração privilegiar a mobilização de recursos financeiros em etapas concernentes à execução dos contratos em detrimento dos aportes necessários nas etapas de planejamento da modelagem. O hábito denota o equívoco de que o investimento na estruturação do arcabouço institucional pode significar desperdício de tempo e de dinheiro se projetos não vierem a ser contratados, quando deveria ser entendido como uma premissa necessária para a construção de um cenário favorável no qual mais e melhores projetos poderão ser contratados.

Ademais, atribuiu-se a essa prática recorrente a existência de um ciclo vicioso que a reforça dia após dia. Quanto menos se investe nas fases de planejamento e na mobilização do arcabouço necessário para desenvolvimento de um projeto de PPP exitoso, menos são capacitadas as instituições que as promovem, menos indicados para dirigirem seus processos são os seus servidores e, conseqüente e progressivamente, mais custosa torna-se a elaboração de uma política que os compreenda como atores fundamentais do processo de implantação de uma PPP.[17](#)

Portanto, o investimento de recursos nas fases de planejamento de uma política de parcerias público-privadas tem impacto direto no sucesso de projetos que podem ser contratados sob esse modelo, sem contar o impacto positivo que o estudo dedicado de um projeto específico gera ao longo da sua futura execução contratual. A dedicação a essa etapa prévia permite que o setor público se qualifique para reter aprendizados e produzir diretrizes efetivas que os reflitam, possibilitando a execução de um contrato sem maiores percalços, que venha a atingir a finalidade almejada pela sua consecução.

3.1 O arcabouço institucional auxiliar à seleção de projetos

Conforme salientamos em outra oportunidade, planejamento é atividade corriqueira da Administração pela qual estabelece suas ações, suas metas e suas prioridades, de modo a atingir o nível adequado de desenvolvimento que atenda irremediavelmente aos interesses da sociedade.

Nesse sentido, diz-se que o dever de planejar do Estado consiste na sua atividade exclusiva, de caráter obrigatório, que tem por finalidade o desenvolvimento nacional equilibrado, a ser concretizado mediante a implantação de planos nacionais e regionais de desenvolvimento de caráter geral e abstrato, ou da prática de comandos efetivos e complementares da lei, então de caráter individual e concreto, sempre sujeitos ao controle de legitimidade pelo Poder Judiciário.[18](#)

Nessas circunstâncias, a elaboração do arcabouço institucional para um programa de parcerias público-privadas espelha as políticas públicas que o Estado pretende efetivar, especialmente, no tocante à implantação de infraestrutura e prestação de serviços públicos, a partir de uma série de decisões administrativas que acabam sendo consolidadas em seus termos.

De início, a tarefa de planejamento consiste em identificar as especificidades das parcerias público-privadas como instrumentos contratuais que contribuem para a implantação de infraestrutura pública. Uma vez identificadas, essas especificidades podem ser enfrentadas e exploradas de modo a serem aperfeiçoadas diante de um caso concreto. Em outras palavras, um programa de PPP deve tirar máximo proveito da alternativa de financiamento oferecida pelo setor privado, procurar ampliar a vantajosidade pública em relação a cada projeto, perseguir a melhoria e o desenvolvimento contínuo dos serviços e, por fim, visar à absorção de aprendizados pelo setor público.

Para implementar tais objetivos, é recomendável a criação de uma unidade técnica de PPP, no âmbito da Administração, que possa desempenhar funções de suporte a partir da centralização de capacidades e experiências na utilização de parcerias público-privadas, sobretudo onde a experiência com esses instrumentos ainda é incipiente. Nesse sentido, uma unidade de PPP desempenha função essencial de suporte à Administração para o desenvolvimento de seu programa de parcerias público-privadas (acompanhando, monitorando e avaliando qualitativamente a execução de projetos entregues); de maneira a auxiliar os órgãos da Administração na implantação dos seus projetos (identificando oportunidades, avaliando possíveis projetos e colaborando com a documentação para licitação); e, ainda, disseminando informações e conhecimentos no setor público e no setor privado, que são elementos indispensáveis para o cultivo de uma relação profícua entre os parceiros.[19](#)

Atendendo às melhores práticas internacionais, a Lei de PPPs trouxe a previsão de criação do órgão federal gestor de parcerias público-privadas (CGP), concretizada pelo Dec. 5.385, de 04.03.2005, que concentra as funções expostas anteriormente (art. 14). O CGP é formado por representantes dos Ministérios do Planejamento e da Fazenda e da Casa Civil da Presidência (art. 14, § 1.º) e conta com uma estrutura de apoio técnico (art. 14, § 4.º) – formada por um Grupo Executivo, uma Comissão Técnica e uma Secretaria Executiva –, preenchida com membros da Administração direta e indireta (arts. 9 e 10 do Decreto), de forma a manter reunidas capacidades técnicas distintas, de financistas até regulatórias, preferencialmente transversais aos diferentes setores da infraestrutura.

Em nível estadual, destacam-se as unidades de PPP dos estados de Minas Gerais, Espírito Santo e São Paulo, pela organização, funcionamento e realização de projetos.[20](#)

Ante a existência dessas unidades e do reconhecimento de suas funcionalidades, verifica-se que quando um projeto pode ser realizado por meio de uma PPP isso não significa necessariamente que ele deva, tampouco que irá. Do contrário, se a mera possibilidade fosse imperativa, não haveria razão para que a Administração se aparelhasse de estruturas técnicas que oferecessem suporte para sua atividade de planejamento. A função primordial das unidades de PPP é, portanto, avaliar se a possibilidade será levada a cabo, tomando por base as prioridades setoriais que foram determinadas e as especificidades técnicas da solução supostamente oferecida pelo projeto.

Em primeiro lugar, é preciso ter clareza em relação a seu escopo e a seus requisitos, vez que tê-los em dúvida consiste em uma das causas fundamentais pelas quais fracassam algumas parcerias público-privadas. Incertezas e imprecisões usualmente implicam posteriores alterações que, quando promovidas antes de concluído o processo licitatório, costumam afastar o interesse privado, por vezes ocasionando certames desertos, atrasos, aumento de custos e deterioração da competitividade setorial que prometeria oferecer vantajosidade à contratação.[21](#)

Analogamente, quando as alterações são promovidas já durante as fases de construção ou operação, os reflexos não são melhores. Como um contrato de PPP caracteriza-se por exigir alto investimento, ter longo prazo de execução e ser executado com base em metas de desempenho, é fundamental que se tenha, desde o início, clareza acerca dos resultados que se pretende alcançar a partir da sua utilização, tanto quanto dos mecanismos que permitirão ao projeto alcançá-los.

Em segundo lugar, estabelecida a noção de pertinência e adequação, é preciso acessar questões de viabilidade, tais como o modo pelo qual o projeto será remunerado, os riscos que lhe são inerentes e quem deverá administrá-los e, por fim, se a modelagem será capaz de atrair o interesse da iniciativa privada e fazê-la obter os financiamentos necessários. A primeira questão é mais simples, dados os dois modelos disponíveis na Lei de PPPs, de modo que prosseguimos abordando as outras duas.

3.2 Identificação e alocação eficiente de riscos

O processo de identificação e alocação de riscos consiste em uma das principais tarefas na modelagem de uma PPP, sendo essencial para que a iniciativa privada tenha

condições de ponderar o retorno financeiro que julga necessário para assumir os riscos alocados sob sua responsabilidade.

Tanto é assim que a Lei das PPPs trouxe a previsão expressa de que os contratos celebrados apresentem uma repartição objetiva de riscos entre as partes (art. 4.º, VI) que ofereça segurança de investimento aos parceiros. Isso porque riscos têm sido, há muito tempo, entendidos como incertezas relacionadas a custos, perdas ou danos.²² De um lado, reparti-los objetivamente evita para o setor público a necessidade de celebrar aditivos que aumentem valores e prazos, postergando a prestação do serviço. De outro, exclui o contingenciamento de algumas incertezas do provisionamento privado de gastos, que acaba por encarecer a prestação do serviço desde a fase do certame.

A identificação de riscos é etapa preliminar à alocação, entendida como um exercício compreensivo acerca das contingências que podem acometer o projeto, da fase de viabilização até o encerramento da operação. A alocação dos riscos identificados, por conseguinte, repartirá entre as partes o dever de suportá-los, tomando por base alguns princípios.

O princípio fundacional da alocação eficiente de riscos é de que um risco deve ser sempre alocado à parte que tem maior capacidade de controlar a sua ocorrência ou de administrar a materialização de suas consequências. Não existe nenhuma evidência de que o setor público é mais apto a suportar riscos do que o setor privado, e a recíproca também a verdadeira. Durante a fase de identificação e alocação de riscos, consubstanciada na forma da matriz que os descreve em termos de probabilidade de ocorrência e potencialidade do dano possível, deve-se atentar para a justa repartição de responsabilidades da qual o sucesso da PPP dependerá durante todo o seu ciclo de vida.²³

A busca pela alocação exagerada de riscos à parte contrária, desrespeitando esse princípio, por mais que possa ser percebida como ganho econômico, em razão de significar menor comprometimento financeiro com o risco que não se contingencia, frequentemente resulta em prejuízos maiores no futuro. Se a gestão de um risco já é custosa para a parte que melhor o absorve, alocá-lo à parte menos capacitada tornará sua gestão mais custosa ainda, gerando reflexos negativos sobre todos os envolvidos.

A alocação de riscos, portanto, sempre é uma tarefa que demanda compreensão holística dos atores envolvidos no projeto e das especificidades técnicas de diferentes ordens que soluções de infraestrutura para prestação de serviços costumam apresentar. A construção, manutenção e operação de diversos hospitais terá uma matriz de riscos absolutamente distinta da construção, manutenção e operação de um presídio, por exemplo. Entretanto, algumas categorias genéricas de riscos são comuns a projetos de diferentes setores, podendo fazer uso do conhecimento empírico dos setores público e privado quando são enfrentadas em uma nova oportunidade.

Por um lado, há riscos cuja tendência é ser mais bem alocados sob responsabilidade da Administração, seja porque ela detém as melhores condições de influenciar na sua ocorrência ou gerenciar suas consequências, seja porque não detém condição nenhuma mas, diante da eventual incapacidade da iniciativa privada, deve suportar o risco na condição de último responsável pela prestação do serviço. Nesse sentido, podem ser apontados os riscos de caso fortuito e força maior que não são seguráveis e, portanto,

não poderão ser contingenciados pela iniciativa privada; o risco de demanda do serviço, cuja alteração compromete a previsibilidade de receitas da concessionária e, por conseguinte, pode fulminar a prestação do serviço; o risco regulatório, representado na alteração de regras setoriais que podem influenciar desde a remuneração da concessionária até a amortização de seus investimentos, dentre outros que se demonstram diante dos casos concretos.[24](#)

Por outro lado, existem riscos cuja alocação eficiente recomenda que estejam com a iniciativa privada, como os riscos associados à construção (que podem ser diluídos com outros agentes envolvidos na construção da infraestrutura) e à operação e manutenção da infraestrutura (como os riscos de uso, de disponibilidade e de desempenho, diretamente relacionados com a atividade da iniciativa privada que está consubstanciada na atuação de seus representantes e prepostos).

Todavia, sempre que for considerada a alocação de riscos ao parceiro privado, é preciso ter em mente que o aumento do nível de risco suportado por ele reduz proporcionalmente a disposição dos financiadores em lhe oferecer capital, vez que são justamente os riscos que ensejam perigo ao pagamento da dívida contraída pelo projeto. Consequentemente, acaba sendo necessário que a diminuição da disponibilidade de capital de terceiros seja compensada com o aumento do capital próprio, que é mais caro, elevando-se o valor de todo o projeto para ambas as partes.

A alocação de riscos eficiente, portanto, é essencial para que o projeto seja capaz de atrair o interesse da iniciativa privada e fazê-la obter os financiamentos necessários para sua viabilização. A esse aspecto das parcerias público-privadas tem-se referido, a partir da importação da terminologia estrangeira, pelo nome de bancabilidade, definida em termos gerais como a capacidade que determinado projeto tem de ser bancado por financiadores interessados em suas próprias possibilidades de pagamento.[25](#)

3.3 Bancabilidade do projeto

Dada a natureza de projetos de infraestrutura, considerando a infinita possibilidade de combinações entre suas especificidades técnicas, diferentes contextos políticos e variadas necessidades econômico-financeiras, é impossível estabelecer, a priori, uma modelagem universal que seja capaz de conferir bancabilidade a todo e qualquer projeto.

Cada projeto, em seu contexto específico, tem necessidades próprias que exigem, por conseguinte, uma alocação de riscos particularizada que lhe viabilize sucesso operacional. Desse sucesso, prometido pela modelagem planejada de uma PPP, decorre a bancabilidade do projeto, isto é, sua capacidade de atrair o interesse de financiadores dispostos a encarar os riscos que recaem sobre as fontes de pagamento do financiamento concedido.

Conforme observado anteriormente, toda PPP requer, em maior ou menor medida, uma parcela de capital próprio dos acionistas que compõem a SPE contratada, inclusive como condição para que o capital de terceiros seja atraído para o projeto. Paralelamente, a maior parte dos recursos necessários para a sua implantação será oriunda dessa fonte de financiamento, ou seja, será levantada a partir de recursos contraídos sob a forma de dívida.

Nessa linha, existem, basicamente, capitais de duas naturezas distintas a financiar projetos: o primeiro é o capital próprio dos acionistas, que pode ser financiado a partir de empréstimos diretos a eles ou mediante empréstimos contraídos por uma sociedade que seja intermediária entre eles e a SPE, criada exclusivamente para essa finalidade, servindo em favor da integralização dos seus capitais na sociedade contratada; o segundo é o capital de terceiros, financiado mediante a emissão de títulos de crédito, valores mobiliários, contratos privados de mútuo e ofertas públicas ao mercado ou a investidores institucionais especificamente selecionados. Em razão da necessidade de compor a maioria do capital da SPE, o capital de terceiros e seu financiamento são de importância crucial para a viabilização do projeto, sendo a pedra de toque da sua bancabilidade, de forma tal que sua compreensão se faz necessária para o planejamento adequado de uma PPP.[26](#)

O financiamento do capital de terceiros faz uso da lógica importada do chamado sistema de project finance, ou seja, captar recursos para a viabilização de determinado empreendimento oferecendo como garantia aos financiadores tão somente, ou preponderantemente, os bens e as receitas provenientes do próprio empreendimento que se financia, sem a necessidade de exposição do patrimônio e do balanço dos acionistas que compõem a SPE responsável por viabilizá-lo.[27](#)

A Lei das PPPs, por oportuno, consagrou essa filosofia em alguns de seus dispositivos. Primeiramente, na medida em que estabeleceu a diretriz da sustentabilidade financeira aos projetos de PPP, corolário da previsibilidade de receitas que sustenta primordialmente o financiamento de projetos. Em seguida, pela exigência de constituição da SPE que, conforme dito anteriormente, isola o projeto dos riscos que recaem sobre seus acionistas em outras atividades que desempenham (art. 9.º). Também pela adoção de instrumentos de garantia em favor dos financiadores, como o step-in rights para saneamento de irregularidades na SPE, o recebimento direto da contraprestação pecuniária devida pelo setor público ao parceiro privado e, ainda, a possibilidade de recebimento direto do pagamento das garantias públicas voltadas à satisfação dessa obrigação pecuniária (art. 5.º, § 2.º, I, II e III).

Consequentemente, tem-se que os financiadores do projeto desempenham papel importante no planejamento e na viabilização de uma PPP, não só ao oferecer seus recursos, mas principalmente ao revisar a viabilidade econômico-financeira do projeto e acompanhar, próximo ao parceiro privado, a implantação, manutenção e operação da infraestrutura, certificando-se de que os dispêndios financeiros realizados pela SPE estão compreendidos no fluxo de caixa projetado sobre o qual se estruturou o pagamento do financiamento concedido.

Em outras palavras, emprestar dinheiro ao risco de um projeto de PPP funciona como vetor indutor dos benefícios que os instrumentos contratuais das parcerias público-privadas trazem consigo, na medida em que os financiadores debruçam especial atenção sobre todas as especificidades financeiras e operacionais concernentes ao ciclo de vida do projeto. É dizer que funcionam como se fossem auditores, senão independentes, pelo menos implicados nos resultados que irão encontrar, de forma que o sofisma de eventuais prognósticos negativos só prejudica a eles próprios.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho, buscamos, de início, recuperar brevemente o histórico de introdução das parcerias público-privadas no direito brasileiro, de maneira a estabelecer um balanço da utilização do referido instrumento, pela ocasião de seu decênio, enfocando as suas melhores práticas no desenvolvimento de infraestrutura pública.

Posteriormente, apresentamos as principais características que devem atrair a Administração Pública na utilização desse instrumento, especialmente aquelas concernentes ao financiamento público, à vantajosidade a ser obtida na consecução de suas premissas e à conquista no cumprimento de metas de universalização da prestação de serviços públicos adequados.

Por fim, identificamos que a obtenção desses resultados encontra-se, primordialmente conectada ao sucesso da fase de planejamento das parcerias público-privadas, que tem origem na implementação de um arcabouço institucional na respectiva célula estatal para desenvolvimento desses projetos e se estende até pontos nevrálgicos de atenção que não podem deixar de ser examinados por quem as modela: a necessidade de transparência e clareza na identificação dos riscos do projeto e sua consequente alocação equilibrada e, obviamente, a sua atratividade para iniciativa privada, que deve respeitar o interesse público que motivou o nascimento do projeto e estar absolutamente alinhada com ele.