

A DEFINIÇÃO DE PPP – PARCERIA PÚBLICO PRIVADO NO BRASIL

Alfredo Maciel da Silveira¹
Luiz Ferreira Xavier Borges²

RESUMO: Este ensaio sistematiza informações sobre a nova definição restritiva de Parceria Público Privado (PPP) no Brasil, referente à gestão de projetos de infra-estrutura, suas oportunidades e limitações. Caracteriza a PPP, suas bases culturais e origem. Aponta as diferenças básicas entre PPP e *project finance*, apesar do uso de instrumentos comuns. Contextualiza sua importância, pré-condições e instrumentos neste momento brasileiro, bem como demonstra quem são os interessados em sua implementação, tendo em vista os problemas identificados e suas soluções. Finaliza com experiências já vêm sendo feitas no Brasil em pequenos projetos e conclui que, embora os objetivos da PPP sejam meritórios e a atual legislação já atenda às necessidades básicas atuais, a PPP não é uma panacéia para a retomada dos investimentos de larga escala no Brasil, devido a complexidades em sua estruturação, através do uso de engenharia financeira derivada dos mercados financeiro e de capitais.

Palavras-chave: Políticas públicas. Investimentos públicos. Contrato público.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é oferecer subsídios para a definição, a classificação e a eficácia da Parceria Público-Privada (PPP) no Brasil, na definição restritiva, referente à gestão de infra-estrutura, que vem sendo usada no debate sobre a retomada dos investimentos públicos de grande porte. O interesse pelo tema vem sendo despertado pelas experiências que estão em curso, envolvendo pequenos projetos, mas, especialmente, pela expectativa de sua aplicação em grandes obras de infra-estrutura mais urgentes, como estradas e geração de energia. As informações na mídia têm demonstrado o otimismo das autoridades públicas com esse modelo, mas sem muita precisão. As consultorias vêm apresentando o tema como uma solução para problemas que vão de obras de infra-estrutura a governo eletrônico.

O tema foi trabalhado de forma indutiva e comparativa, partindo da definição teórica e da aplicação em outros países para a nossa realidade. A abordagem multidisciplinar exige informação, por exemplo, sobre Política e Administração Pública pela determinação dos projetos prioritários, Engenharia e Economia pela determinação (e futura execução e acompanhamento) das metas que deverão ser cumpridas, Contabilidade pelas regras de governança corporativa (transparência e alocação de poder) a serem exigidas, e Direito pelas licitações e contratos.

Naturalmente, o assunto exige uma adaptação à nossa realidade, pois definições como concessões e papel do Estado têm interpretações diferentes em diferentes países. Também fatos como o monopólio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES nos financiamentos de ativos para projetos de longo prazo e a ausência de um mercado nacional de capitais forte, dificultam a importação de experiências externas.

¹ Doutor em Economia. Professor no Mestrado em Administração e Desenvolvimento Empresarial da Universidade Estácio de Sá – UNESA (maciel@estacio.br).

² Mestre em Direito Econômico. Professor no Mestrado em Administração e Desenvolvimento Empresarial da Universidade Estácio de Sá – UNESA (lborges@bndes.gov.br).

A PPP está em estudo pelo setor privado, através de órgãos de classe e consultorias e, simultaneamente, na Administração Direta, em Brasília e nos Estados, bem como nos bancos públicos e privados, devendo gerar inúmeras propostas e projetos de alteração legislativa, afetando a atuação dos investimentos em infra-estrutura no Brasil.

2 CARACTERIZAÇÃO

Parceria Público-Privada (*Public Private Partnership*) deriva de uma concepção de parceria, que permitiria, por um lado, a utilização de recursos (financeiros, humanos e técnicos) do setor privado para o Estado atingir alguns de seus objetivos básicos. Por outro lado, permitiria ao setor privado realizar negócios em áreas cuja natureza é mais característica do setor público, através da garantia de recebimento de vantagens (pecuniárias ou não) pagas pelo Estado.

A PPP é um conceito em formação, com definições bastante diferentes de acordo com o país onde é aplicado, com a sua legislação e com a sua cultura. De um modo geral, o setor privado, nos países onde se originou, entende a PPP como uma sofisticação e avanço em relação à rigidez das normas da contratação pura e simples de produtos e serviços pelo Estado. Em vários países, a definição de PPP coincide com o que está regulado entre nós como concessão de serviços públicos, associada a um processo de licitação, que é, às vezes, privatizado através de consultorias.

Por outro lado, nos países escandinavos, a PPP nunca foi estimulada porque o Estado considera que os investimentos devem ser somente públicos, suportados por tributação e participação política das comunidades afetadas, que definem as obras prioritárias e a alocação dos recursos escassos.

Teoricamente e olhando apenas do ponto de vista do comprometimento do setor público, há uma gradação das formas de atuação conjunta (parcerias) do Estado com o setor privado, que vai da maior para a menor atuação do setor público:

a) o maior comprometimento do setor público e a menor relação de parceria ocorre quando o Estado apenas **compra, diretamente ou terceiriza, produtos e serviços do setor privado** (entre nós via licitação, um ato regido pelo Direito Administrativo, que prevê a primazia do Estado);

b) uma forma diferente ocorre quando o Estado cria entes privados (estatais: **empresas públicas ou sociedades de economia mista**), para atuar e fazer essas compras (regido pelo Direito Administrativo nas compras e pelo Direito Comercial, que prevê a igualdade entre as partes, nos demais contratos);

c) o passo seguinte seria a **concessão** de serviços públicos, quando o Estado contrata alguém do setor privado para o exercício de uma atividade privativa do setor público (e as formas mais precárias: a permissão e a autorização);

d) quando o **Estado transfere uma atividade própria ou não** (não necessariamente através de concessão – voluntariado, p.ex.) **ao setor privado, sem retorno econômico ou com retorno insuficiente, garantindo-lhe recursos públicos para interessar os possíveis parceiros**, seria uma relação tipo PPP, **na definição restritiva, que lhe vem dando o debate público e institucional no Brasil, e que é o objeto deste ensaio;**

e) quando essa **atividade transferida tem retorno econômico**, pode ser feita através de um **project finance** (embora nem todo *project finance* derive de uma atividade de origem estatal);

f) se o Estado, por desinteresse (legalmente validado, no Brasil), estratégia ou novo marco regulatório, preferir **transferir ativos ao setor privado, mantendo algum compromisso com resultados de sua operação**, seria uma **privatização**, que é a forma de maior envolvimento final do setor privado na atividade objeto, embora nem toda privatização tenha caráter de parceria.

Não existe uma definição legal constitucional de PPP, embora haja previsão esparsa de atuação conjunta de entes públicos e privados. Isso permite que ela seja entendida e executada de diferentes formas. Do ponto de vista da administração pública isso permite flexibilidade, embora gere confusão pela tentativa de reproduzir soluções bem sucedidas em determinadas atividades para outras com problemas diferentes,

A concessão, mesmo no Brasil, pode englobar formas de PPP e de *project finance* ou ser feita, o que é mais comum, sem nenhuma dessas modalidades de engenharia financeira, que são instrumentos mais complexos, e sem compromisso de alocação de recursos públicos.

3 ORIGEM

A PPP tem origem na Europa, diante dos desafios encontrados na Inglaterra na busca de formas de fomentar investimentos sem comprometer recursos públicos escassos. Nos países de herança anglo-saxônica, ela foi vista como um estágio intermediário entre a Concessão de Serviços Públicos e a Privatização. Nesses países, a PPP vem sendo uma opção ao desenvolvimento de projetos que não têm garantia de retorno e não aceitam estruturas financeiras calcadas em seu fluxo de caixa.

A PPP vem sendo estimulada, com recursos, pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID e pelo BIRD - Banco Mundial, que percebem nela uma forma de contornar limitações aos investimentos estatais em infra-estrutura. Em contrapartida, em geral, pedem alguma forma de solidariedade do Estado envolvido, como forma de mitigar os riscos políticos inerentes à atividade. Há exemplos na América Latina de sucesso no Chile e no México, de implantação problemática no Peru e de problemas sérios na Argentina.

Um exemplo próximo de nós, culturalmente, é o de Portugal, que utilizou largamente a PPP na construção de estradas com recursos da União Européia. É um exemplo clássico de utilização de pedágio sombra – sem cobrança do utente (SCUT) ou do usuário, na terminologia usada no Brasil. O Estado vem pagando pela utilização, nas estradas onde o volume de tráfego medido não permitiu a cobrança direta de pedágio como fluxo de caixa do projeto. Em vez de ser paga pelo usuário, a receita mínima do negócio sai dos cofres públicos.

O Brasil já teve práticas antigas e recentes definíveis como PPP. Desde os tempos de colônia, passando pelo Império, as ordens e irmandades religiosas cuidam de assistência social, cemitérios, orfanatos e educação, recebendo dotações de cofres públicos e outras contribuições privadas. Sindicatos e órgãos de classe ou patronais também atuaram e ainda atuam assim. Empresários recebiam títulos de nobreza em função de investimentos em áreas de atuação do Estado. Entretanto, na experiência histórica brasileira, essas parcerias em áreas não assistenciais ficaram associadas a um Estado fraco, especialmente a partir do Estado Novo, tornando muito difícil, hoje, a superação de entraves culturais de alguns dos agentes políticos à sua reintrodução em projetos de larga escala.

Excepcionalmente, operações como Itaipu, envolvendo parceria internacional, e, mais recentemente, a da Hidroelétrica de Machadinho, em que os demandantes de energia recebem o arrendamento da usina em vez de um contrato de garantia firme de compra da energia, também seriam vistas como um exemplo de PPP, em seu sentido mais amplo, como também diversos programas de financiamento através da FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos para Universidades privadas.

É comum haver uma confusão entre os conceitos das diferentes formas de parceria entre o setor público e o setor privado, diante de diferentes sistemas institucionais, legais e culturais. Especialmente entre PPP aplicada a grandes projetos e *project finance*.

4 DIFERENÇA ENTRE PPP E *PROJECT FINANCE*

A PPP, em seu sentido restrito aqui apresentado, exige a prevalência do interesse público sobre o individual, segundo nossas normas de Direito Público, enquanto o *project finance* exige a equivalência entre os participantes, seguindo normas de Direito Privado.

O *project finance* seria uma forma de engenharia financeira, que tem um desenho mais voltado para a realização de um fluxo de caixa previsível ou estipulado, que permita a auto-sustentação do projeto, calcado nos ativos do próprio projeto, com baixa ou nenhuma solidariedade dos patrocinadores, cabendo às partes identificar e tentar mitigar os riscos previsíveis. O seu ideal de aplicação é nas atividades de serviço público com retorno viável e monopólio legal ou natural (energia, telecomunicações etc.). Na PPP, como impera o interesse público, pode até não haver qualquer fluxo de caixa ou ser parcial ou absolutamente insuficiente para considerar-se sua implementação. Teoricamente, na PPP o Estado é o gerador de receita para pagar pelo investimento e paga somente pelo resultado desejado, medido e determinado em contrato.

No *project finance*, o interesse público pode não existir ou até ser desinteressado no sucesso do empreendimento. O *project finance* pode não envolver qualquer Estado nacional ou unidade federada, o que é inconcebível em uma PPP. Na PPP não há transferência de ativos para o setor privado, como na Privatização, mas uma busca de melhor gestão de ativos públicos, através dos parceiros privados, com otimização dos desembolsos orçamentários.

Outra diferença entre a PPP e o *project finance*, não desprovida de importância, é que na PPP os parceiros privados devem assumir total responsabilidade pela conclusão e operação do projeto, nos termos definidos pelo interesse público, independentemente de considerações de mercado. A maior semelhança em termos operacionais é que a modelagem, a identificação, a alocação e a mitigação de riscos tornam-se elementos fundamentais da análise, da negociação e do acompanhamento de seus contratos.

É interessante notar um viés ideológico na discussão, pois, tanto a PPP como o *project finance*, não costumam atrair, de início, a atenção do setor estatal e de seus técnicos mais intervencionistas, por serem vistos como limitações ao Estado, a não ser quando sua importância se impõe diante de oportunidades reais ou limitações concretas de recursos. Ao mesmo tempo, são conceitos atraentes para o setor privado e seus técnicos, que vêem o Estado como um gestor ineficiente e cuja atuação deve ser limitada. Essa diferença gera conflitos culturais de difícil solução.

4.1 IMPORTÂNCIA

A PPP pode ser um aliado do Estado diante das definições estratégicas de dinamizar ou implementar a atividade econômica e a geração de empregos, maximizando os recursos disponíveis. A PPP deve permitir para o setor público alguma economia mensurável ou ganho identificado de eficiência. Por exemplo, a prioridade dada pelo Estado ou por um ente da Administração Direta para a implementação de um projeto urgente pode justificar uma PPP.

Também permite antecipar investimentos que exigiriam muito tempo para serem feitos apenas com recursos públicos, obrigando o parceiro privado a adiantar recursos a serem recebidos no futuro, de uma vez ou em parcelas. Se o Estado tiver condições de realizar diretamente os investimentos desejados em tempo hábil, não se fala em PPP, salvo se o ganho esperado seja realizado através da incorporação de técnicas de gestão mais flexíveis, de algum insumo ou de tecnologia não disponíveis para o setor público. O Estado brasileiro prefere distribuir os medicamentos que produz através da rede privada de farmácias, em vez de criar uma rede estatal concorrente.

A PPP é vista pelo setor privado como um instrumento de engenharia de negócios, que lhe permite implementar projetos, que não viria a realizar, em função do risco político, comercial ou do volume de recursos envolvidos.

Pode ser uma solução para projetos pequenos (hospitais, escolas), médios (redes de saneamento e esgotamento municipais) ou grandes (rodovias, hidrovias ou ferrovias). Podem ser úteis em uma região para projetos de pequena escala, pela mobilização proativa que geram junto à população, e serem inviáveis em grandes projetos, pelos seus custos ou complexidades ou inércia política dos beneficiários. Em outras regiões e com outros agentes o panorama pode ser o inverso.

A PPP tanto pode ser utilizada em projetos em fase inicial, como na retomada de projetos paralisados. Pode ser meio de implantação de projetos onde os ativos devem ser revertidos ao poder público (*BOT – built, operate and transfer*) ou onde a propriedade desses ativos pode continuar com a iniciativa privada (*BOO – built, own and operate*).

4.2 PARTES INTERESSADAS EM SUA IMPLEMENTAÇÃO

O conjunto de parceiros pode ser dividido entre os que pertencem à atividade fim e os que pertencem a atividades meio. As partes mais importantes na PPP, ligadas à atividade fim, são:

- a) os entes estatais, que definem o interesse público, regulam-no e acompanham os resultados da parceria;
- b) os entes privados que a planejam, implantam e operam.

No primeiro caso, a PPP interessa ao Estado, se houver vontade política nesse sentido, mediante a efetivação imediata de programas estratégicos, diferindo no tempo seus custos. Caberia a ele dar as definições básicas, através de consenso, negociação política ou cumprimento de programa ou orçamento previamente estabelecido. Exige o comprometimento ao mais alto nível possível de envolvimento para transmitir credibilidade aos parceiros privados e transmitir uma orientação clara, pois diferentes entes estatais podem estar envolvidos em regulação e acompanhamento, com diferentes enfoques (propriedade industrial, meio ambiente, posturas municipais etc.). Garantido um pagamento mínimo ao parceiro privado, as receitas variariam em função de padrões de eficiência definidos através de obrigações de fazer ou de não fazer (*covenants*) estipulados em

contrato e medidas por terceiros contratados para isso, segundo regras de governança corporativa.

No segundo caso, caberia aos parceiros privados criar as condições para sua implementação, em termos a serem negociados pela melhor oferta possível, envolvendo, por exemplo, empreiteiros, que queiram atuar em investimentos desejados pelo Estado. Também aí estariam operadoras que tenham permissão de incorporar ganhos de produtividade ou de inventividade. Um exemplo clássico é a de operadoras de estradas que são autorizadas implantar um projeto em troca de uma remuneração mínima e passam a lucrar com cabeamento de fibras óticas, exploração imobiliária ou comercial (shoppings e publicidade) das margens.

Além desses, pode haver, em função da complexidade do objeto da PPP, assunção de direitos e obrigações por outros participantes públicos ou privados, em atividades acessórias ou complementares. Esses também podem ser divididos em função de sua posição como:

- a) provedores de fontes de recursos;
- b) beneficiários do objeto da parceria;
- c) assessores de partes envolvidas;
- d) fornecedores de insumos;
- e) fiscais do projeto; e
- f) partes na estruturação da operação.

a) Entre os provedores de fontes de recursos, a PPP pode interessar aos demandantes de produtos para reservas técnicas (bancos comerciais e seguradoras), aos fundos de investimento e fundos de pensão, como demandantes de aplicações de risco ou de empréstimo, eventualmente garantidas pelo Estado.

b) A PPP pode, por exemplo, atrair futuros beneficiários, como interessados no escoamento de safra agrícola, entre os promotores de eventos culturais ou desportivos (olimpíadas) e junto a operadores de outros serviços de infra-estrutura, ofertando-lhes socorro em estradas, controle de inundações longe da área de concessão, saneamento em área turística etc.

c) Escritórios de advocacia, firmas independentes de engenharia, consultores e bancos de investimento, que trabalham com estruturação de projetos, exemplificam trabalhos de assessoria para os clientes privados ou para o setor público. Interessa às consultorias que querem vender serviços ao Estado, trabalhando como planejadores ou assessores de políticas públicas gerais, além da análise de mérito dos projetos, caso a caso.

d) Entre os interessados em vender insumos, além dos fornecedores de produtos, tecnologia, máquinas e equipamentos, a PPP também interessa aos provedores de serviços, como as seguradoras que venderão diversos produtos ligados à construção e à operação de projetos.

e) A PPP também envolverá a participação de entes públicos e privados de fiscalização dos projetos. Entre os primeiros, podemos citar a Secretaria do Tesouro Nacional, O Banco Central do Brasil – BACEN, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente, além das agências reguladoras dos setores compreendidos. Entre os segundos teremos os órgãos corporativos das categorias afetadas, as organizações não governamentais, igrejas e outros representantes da sociedade civil.

f) Além desses participantes, a PPP deverá gerar serviços necessários à sua estruturação, como agentes fiduciários (*trustees*), gestores dos fundos de recursos, agências classificadoras de risco, consórcios de construção e de agentes financeiros, árbitros etc.

4.3 CONDICIONANTES

O parceiro privado exigirá que lhe seja assegurado o retorno do capital investido, a taxas compatíveis com aquelas praticadas no setor. Se estas taxas não forem atrativas, o Estado deverá cobrir a diferença até torná-las competitivas com outras atividades. Esse retorno pode ser através de dividendos, pagamentos diretos, vantagens fiscais ou ganhos em sua cadeia de produção. Na verdade, a literatura lista tantas formas quanto a criatividade, a legislação e os valores culturais consigam enumerar. O parceiro privado deve possuir técnicas de gerenciamento que lhe permitam reduzir custos, maximizando os ganhos com o valor oferecido anualmente pelo parceiro público.

A experiência internacional enumera a existência de um mercado de capitais maduro como um dos fatores de sucesso da PPP para projetos de grande porte, permitindo o uso de instrumentos financeiros criados sob medida, como operações de securitização dos créditos contra o setor público para divisão do risco com investidores institucionais. Também é importante a existência de um mercado securitário sofisticado e complexo para mitigação de riscos. Infelizmente, ambos não são suficientemente desenvolvidos no Brasil para atenderem aos desafios de uma retomada do crescimento.

Além de estabilidade macroeconômica, se for o caso de haver regulação estatal, a PPP exigirá estabilidade (não imutabilidade), clareza e transparência do marco regulatório setorial. Também deve ser levada em consideração a operação do marco regulatório, que pode ser ou não, hostil aos interesses de uma das partes envolvidas. Credibilidade é seu fator chave.

Como a PPP exige a prevalência do interesse público sobre o individual, o primeiro passo de qualquer PPP é a definição precisa dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, seguindo-se da escolha da forma mais eficiente para atender à comunidade que deve ser beneficiada.

A PPP exige um longo período de negociações e de maturação dos acordos; o que não está sendo percebido por todos os interessados. Tal como no *project finance*, deverá haver um ganho no tempo com a curva de aprendizado, sentida de forma distinta pelas partes privadas e pelos diferentes entes públicos.

A solução de controvérsias não pode interromper a execução do projeto, devendo ser rápida e segura (condições normalmente não atendidas pelas lides no Judiciário), induzindo (não obrigatoriamente) ao uso de arbitragem, mediação e conciliação. O uso de instrumentos mais sofisticados, como esses, costuma demandar que as equipes responsáveis pelo planejamento e acompanhamento de uma PPP sejam especializadas, multidisciplinares e próximas à fonte de poder político.

Outra condição para a PPP é a transparência, não só do objetivo final do contrato, como das metas a serem observadas e das condições em que serão medidas. Nesse sentido, no âmbito público, exige a observância de responsabilidade fiscal e ampla fiscalização pelos órgãos competentes. No âmbito privado, a PPP encorpa o debate sobre a efetividade de instrumentos de segregação de risco e de securitização, bem como da exigência de boas práticas de mercado e de governança corporativa.

4.4 INSTRUMENTALIZAÇÃO

A PPP pode utilizar-se de Sociedades de Propósito Específico (SPE), de Condomínio ou de Consórcio (como na Hidroelétrica de Itaipu, por exemplo), como instrumentos jurídicos das parcerias. No Brasil, as SPE seriam normalmente *joint-ventures* em que os entes estatais não entrariam ou entrariam somente como minoritários, devido às restrições legislativas de criação de subsidiárias estatais.

Na experiência internacional, o Estado ou ente estatal interessado realiza concorrências com suas equipes próprias, ou contrata consultoras, que fornecem “Comissões de Licitação” profissionais. Em países de cultura anglo-saxônica os próprios projetos ofertados pelo setor privado são objeto de uma deliberação pública para a comunidade escolher quais deles serão apoiados, o que não tem paralelo em nossa realidade.

O processo licitatório passa pelas fases de verificação de regularidade jurídico-fiscal, depois pela abertura de propostas técnicas. As licitantes, que passem por essas etapas, são chamadas a abrirem suas propostas de preço e a Comissão negocia entre elas, ganhando a que oferece a melhor oferta final (*best and final offer* – BAFO). Essa sistemática encontraria enormes dificuldades em nossa cultura e experiência de operação do Direito Administrativo, provavelmente com restrições levantadas pelos Tribunais de Contas federal e estaduais.

Essa licitação envolverá a oferta de um valor diferido alocado ao projeto em troca do melhor serviço para o usuário ou menor custo para o Estado, nas modalidades de menor preço, de melhor técnica ou de técnica e preço (Lei 8.666/83). Além do ganho financeiro para o setor público a PPP deve permitir outras vantagens, como o acesso a uma tecnologia de que o setor público não dispõe, desde que definidos os resultados esperados e que se tenha um conhecimento mensurável das necessidades de investimento.

Os instrumentos mais importantes de operação da PPP são os contratos elaborados entre as partes, envolvendo os mais diversos aspectos técnicos, de acordo com a natureza do projeto em questão (de artesanato a infra-estrutura de interligação nacional). Só na parte jurídica, isso envolve aspectos ligados aos Direitos Administrativo, Civil, Comercial, Tributário, Trabalhista e Internacional (quando houver matéria envolvendo ativos ou parceiros de mais de um país).

As cláusulas contratuais deverão indicar eventos ou medições que, muito comumente, exigem a contratação de empresas especializadas para medir o resultado exigido, permitindo o pagamento pelo Estado dos valores devidos aos parceiros privados (exemplo do pedágio sombra). Essas estruturas paralelas envolvem consultoras e auditoras, firmas de engenharia e outros prestadores de serviços, cujos custos devem ser alocados pelos parceiros de acordo com as características do projeto. Esses serviços exigirão a constituição de agentes fiduciários, sem falar na parte da estruturação financeira de eventuais cobranças de usuários, se for o caso.

Os agentes financeiros envolvidos deverão fazer a classificação do seu risco pela análise da qualidade (credibilidade) das obrigações do setor público em pagar as contribuições devidas, quantificando dessa forma os custos financeiros da colaboração financeira a ser negociada com os parceiros privados do projeto. Também os agentes do Estado, ao convidarem ou licitarem os parceiros privados (de acordo com o marco regulatório) deverão fazer, via licitação ou classificação de risco, uma avaliação de sua

credibilidade, para eximirem-se de responsabilidade no evento de inadimplemento por culpa desses parceiros.

A soma dessas providências gera problemas que têm que ser previamente identificados, caso a caso. Alguns deles são genéricos e podem ser apontados de antemão.

4.5 PROBLEMAS IDENTIFICADOS

Um problema primordial consiste em identificar quando e se a responsabilidade dos parceiros privados será solidária ou não. A lógica técnica de garantir a consecução do interesse público exigiria a previsão de responsabilidade solidária, dada pelos parceiros privados pela conclusão e operação do projeto, mas essa definição é contratual, estabelecida caso a caso, na ausência de lei específica.

É bom chamar a atenção para o fato de que uma PPP exigirá prazos dilatados de planejamento, elaboração, implantação e operação (em outros países chegaram a ser de seis a dez anos para grandes projetos), que não condizem com as esperanças, que a PPP desperta, de constituir-se em uma panacéia. Sua complexidade de estruturação em projetos de infra-estrutura deverá ser muito grande, devendo ser o primeiro ponto a ser cuidado logo após a definição dos objetivos do setor público.

A definição legal sobre a possibilidade de os credores terem o direito de ingresso (*step-in-rights*) no projeto, em caso de insucesso da SPE, seria interessante para a segurança dos agentes financeiros. Embora não exista previsão legal, isso poderia ser defendido com base no interesse público na conclusão/operação do produto/serviço.

Sem a utilização de instrumentos de crédito do mercado financeiro e de capitais, os parceiros privados procurarão o BNDES para solicitar colaboração financeira para os investimentos de maior porte, repetindo-se os problemas encontrados na utilização de *project finances* (negociações demoradas e caras no planejamento e na implantação). Não há uma alternativa amadurecida, hoje, para isso naqueles mercados e os parceiros privados demandarão, necessariamente, acesso a financiamentos de longo prazo para investimentos ou para aparelhamento tecnológico.

Também não existe ainda uma modelagem perfeita de garantias para essas PPP, exigindo flexibilidade e criatividade, hoje, pelo BNDES para encontrar formas de mitigação do risco de mercado e, especialmente, político. A colaboração financeira exigirá definições prévias para problemas ainda não delimitados. Os agentes financeiros exigirão que o risco residual seja dos sócios da SPE, se as metas acertadas contratualmente não tiverem sido atingidas e o parceiro público interromper os pagamentos, deixando-a sem condições de solvência imediata e para a continuação do contrato.

Os projetos não suportam longas paralisações, como as que ocorrem por força de lides judiciais. A permissão clara e definida de acesso ao juízo arbitral, não só pelo Judiciário, mas também pelos órgãos de fiscalização, como o caso do Tribunal de Contas, poderia permitir alguma mitigação desse risco, uma vez definidos os casos em que se poderia lançar mão dessa forma de discussão de contratos. A prevalência do interesse público nessa matéria pode amadurecer a aceitação do juízo arbitral em matéria de PPP.

Falta jurisprudência em institutos do novo Código Civil, que podem ajudar a PPP, como no caso do direito de superfície. Serão vistas como riscos pelos parceiros privados e pelos bancos interessados na parceria toda incerteza ou falta de confiança no marco regulatório e em sua operacionalização.

Além disso, há sérias restrições culturais no Brasil para a implementação da PPP tal como é utilizada no exterior, como foi apontado neste texto (utilização de comissões de licitação profissionais, por exemplo). Já foi identificado um receio de que, uma vez implementado uma regulamentação de PPP, todas as concessões de serviços públicos só atrairiam interessados privados nessas bases, esvaziando as formas sem garantias do Estado.

Sem tentar responder a todas essas questões, devido ao caráter preliminar deste trabalho, podem ser apontadas também algumas soluções genéricas.

4.6 PROPOSTAS DE SOLUÇÕES LOCALIZADAS

Este ensaio não pretende esgotar o leque de respostas, mas contribuir para a discussão, apontando algumas soluções que são utilizadas no exterior ou em casos análogos no Brasil. Além disso, é preciso lembrar que o desafio já vem sendo enfrentado, na prática, pelos agentes que vêm utilizando modelos de parceria, com toda a fragilidade dos experimentos, como é descrito adiante.

A proposta mais comum de solução para a incerteza quanto à existência dos recursos é a da utilização de fundos setoriais específicos para cada projeto, aplicando-se a lei de responsabilidade fiscal, quando envolver recursos públicos. É o caso da Medida Provisória 122, de 25.06.2003, que criou o Fundo de Investimento Imobiliário – FII e o Fundo de Investimento em Direitos Creditórios. No exterior, esses fundos representam uma forma de mitigar o risco da PPP, seja criando um colchão de liquidez para cobrir desembolsos não previstos na fase de construção, seja para cobrir dificuldades de caixa para remunerar o parceiro privado durante a fase de operação.

O fundo pode ter receitas orçamentárias ou outras diversas, resultantes até da própria operação do projeto. Pode haver um teto para os ganhos do parceiro privado na PPP, além do qual se alimentaria esse fundo para cobrir, por exemplo, ampliações e despesas extraordinárias em operação e manutenção. Pode também contribuir para que os pagamentos feitos pelo ente público ao parceiro privado não se situem abaixo de um ponto de equilíbrio, fixado em contrato. Esses fundos seriam geridos por agentes fiduciários (bancos), que se responsabilizariam pela aplicação dos recursos e pelo seu uso, seja em despesas, seja em pagamentos aos parceiros. Devem, ainda, ser analisadas as implicações de natureza orçamentária, associadas às contas públicas brasileiras.

Nos casos em que haja alguma receita futura prevista no projeto, pode ser recuperada a idéia do TPR – Título de Participação em Receita de Serviços Públicos Concedidos, para captação de recursos para obra pública a ser executada ou equipamento a ser adquirido e montado, relacionado a serviço objeto de concessão. O TPR é um título a ser emitido pela concessionária e gerando aos tomadores direitos de crédito sobre um percentual fixado contratualmente da receita da concessão, determinado na escritura de emissão, por um prazo determinado. Esse título daria a seus tomadores a prioridade dos pagamentos do crédito da PPP antes de quaisquer outros credores, assegurando a possibilidade de um agente fiduciário cuidar dos interesses dos beneficiários. Em caso de cassação da concessão e a sua assunção por outro agente privado, o edital e o contrato exigiriam que fosse garantido o resgate dos TPR emitidos, dando a segurança necessária para atrair investidores institucionais internos e externos.

Projeto de lei a esse respeito do TPR já foi aprovado no Senado, mas hoje se encontra com a tramitação paralisada na Câmara. Talvez novos estudos permitissem o

aprofundamento dos conceitos e a definição de seus limites, provando sua utilidade, pois esse valor mobiliário cobriria uma lacuna não atendida por debêntures ou *commercial papers*.

Embora não tenham se mostrado factíveis em outros cenários em nosso passado, outros países criaram leis especiais que permitiram a vinculação de certas receitas públicas ao pagamento dos créditos da PPP ou a autorização para a troca de débitos tributários por créditos de contratos de PPP, frente à Administração Pública.

Pode-se mesmo iniciar a PPP através de uma utilização maior de *leasing* e de securitização (até mesmo de derivativos), também com base em experiências externas. Os fundos de pensão no Brasil vêm utilizando derivativos com sucesso para manter suas obrigações atuariais. A prática de criar uma gestão de riscos através de seguros deve ser repensada para que o uso de modalidades de seguro-garantia possa ser barateado pelo volume das contratações pelo setor público, maior interessado na redução dos custos para atrair os parceiros privados. Considerando-se que há casos de PPP no Brasil, deve-se estudar melhor em que bases vêm sendo feitas.

4.7 EXPERIÊNCIAS EM CURSO NO BRASIL

Há muitas notícias de operações apresentadas como sendo modalidades de PPP sendo desenvolvidas no Brasil. O Estado de Mato Grosso está fazendo uma PPP com os plantadores de soja locais para manterem, com máquinas e insumos estatais, algumas estradas estaduais, o que lhes permitiria ganhos no escoamento da produção.

Os Estados de Minas Gerais e da Bahia montaram grupos de trabalho e estão implantando programas estaduais de PPP (para rodovias), com suas respectivas normatizações. Ambos já consultaram o BNDES para tentar definir o possível papel desse banco como financiador das PPP.

Há experiências diversas de presídios privatizados (Paraná, Bahia e Ceará), de setores hospitalares estaduais e de produção de fármacos pela Fundação Fiocruz.

O Estado do Rio de Janeiro vem obtendo sucesso nas parcerias existentes com os pólos de tecnologia na Região Serrana e de fruticultura no Norte Fluminense. O Município do Rio de Janeiro pode citar a parceria com a operadora da Linha Amarela para projetos ambientais de controle de enchentes nas suas margens. Outros exemplos são a garagem estacionamento na Cinelândia e a construção das vilas olímpicas destinadas aos Jogos Pan-Americanos de 2007.

Entretanto, a medida federal mais efetiva é a Medida Provisória 122, de 25.06.2003, que criou o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS, para projetos estruturados na área de desenvolvimento urbano em infra-estrutura, nos segmentos de saneamento básico, energia elétrica, gás, telecomunicações, rodovias, sistemas de irrigação e drenagem, portos e serviços de transporte em geral, habitação, comércio e serviços, por meio de Fundos de Investimento Imobiliário – FII e Fundos de Investimento em Direitos Creditórios. Esses fundos serão lastreados em recebíveis originados de contratos de compromisso de compra, de venda, de aluguéis e de taxas de serviços, provenientes de financiamento de projetos sociais, com a participação dos setores público e privado.

A sistemática operacional do PIPS é que seja criado um fundo para cada projeto social, considerado de interesse pelo governo. Ainda não está regulamentado como será feita essa definição e em que órgão. A União empresta recursos à taxa SELIC para as

instituições financeiras comprarem cotas do FIDC, por exemplo, em trinta por cento do projeto, no máximo. Espera-se que as instituições financeiras, que serão os agentes fiduciários do fundo, entrem com dez por cento e vendam os sessenta por cento restantes. Os recebíveis serão adquiridos pelo FIDC, e terão uma taxa interna de retorno (TIR) definida pela instituição financeira. Os recursos do PIPS irão equalizar a diferença entre a taxa interna de retorno dos recebíveis e a taxa SELIC. Como a escolha dos agentes fiduciários, responsáveis pela gestão e distribuição dos recursos, será através de leilão, ganhará quem pedir a menor equalização.

Na criação do PIPS (junho de 2003), o orçamento do programa foi definido em aproximadamente cento e cinquenta milhões de reais. A Caixa Econômica Federal – CEF, que trabalhou junto com a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) na preparação da Medida Provisória, manifestou interesse em tomar já cerca de quarenta milhões de reais, através de FIIs. Já existem recursos do FGTS para saneamento, nesta modalidade, mas não existe demanda em meados de 2003.

A STN tem a intenção de realizar, logo, três leilões de cinquenta milhões de reais, cada, desde que haja demanda. Ainda no segundo semestre de 2003, deverão sair um Decreto, regulamentando o assunto, e as Portarias, definindo cada etapa deste processo. Não existe, ainda, nada específico sobre projetos auto-sustentáveis (*project finances*).

Em outubro de 2003 foi colocado para consulta pública um projeto de lei, pelo Ministério do Planejamento e Orçamento sobre a PPP, tratando do conceito e princípios do contrato da PPP. Procura delimitar seu objeto, os critérios para sua utilização, sua remuneração, garantias e a forma de licitação a ser utilizada.

Embora esse seja apenas o início do processo de discussão na sociedade, o projeto de lei trata indiscriminadamente de parcerias de qualquer escala. Seria PPP o contrato que estabeleça “vínculo obrigacional entre as partes para a implantação e gestão de serviços e atividades do interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao ente privado”, observados os princípios de eficiência, respeito aos usuários, indelegabilidade de regulação e poder de polícia, responsabilidade fiscal, transparência, repartição de riscos e sustentabilidade econômica do projeto de parceria.

O objeto da PPP pode ser prestação total ou parcial de serviço, desempenho de atividade de competência da Administração Pública (precedidas ou não da execução de obra pública), execução de obra para a Administração Pública ou para ser-lhe alienada, locada ou arrendada.

Esse projeto de lei foca o debate nos aspectos jurídicos, entretanto, a discussão do tema extravasa em muito a mera definição legal, por influir em aspectos culturais e financeiros sobre a gestão e as fontes de financiamento para investimentos do setor público.

5 CONCLUSÕES PRELIMINARES

Não há uma definição de PPP, em termos acadêmicos nacionais, em todas as ciências afetadas, confundindo-se, por força da literatura estrangeira (que tem outras bases legais e culturais) ora com concessão, ora com *project finance*, ora designando toda atividade em que entrem parceiros públicos e privados. As descrições também não traduzem suas técnicas específicas, diante da diversidade das experiências, ou em escala. Não se deve confundir, ainda, escalas, pois misturar soluções de projetos locais com aquelas direcionadas para projetos de grande envergadura gera o risco de generalizações

perigosas, diante dos diferentes graus de fiscalização e de envolvimento das comunidades atingidas.

O ideal seria encontrarmos denominações diferenciadas para fenômenos que são distintos. Talvez, PPP devesse ser guardado para todo o gênero, buscando-se nomes próprios para cada uma de suas espécies. A mídia e as autoridades afetas a projetos sociais definem como PPP as parcerias em pequenos projetos assistenciais, independentemente de sua importância, localizando seu interesse junto às organizações não governamentais e às prefeituras e lideranças locais da sociedade civil.

A PPP de escala local, nesse sentido, já tem aplicação garantida em pequenos projetos, descentralizados e de âmbito local, especialmente aqueles que despertam mobilização da população, como escolas, hospitais, lixões etc. Serão sempre projetos onde haverá muita flexibilidade, graus e formas diferentes de atuação do setor privado.

Essa aplicação imediata de PPP de escala local prova que é possível atendê-la com a atual legislação de Concessões, Licitações e Contratos Administrativos, talvez com alguns aperfeiçoamentos, aos objetivos de algumas variantes mais arriscadas de PPP.

A migração do conceito de PPP para os projetos de infra-estrutura, também relevantes para a economia, parece mais problemática pelo porte, volume de recursos, instrumentos de fiscalização e atuação política direta. A regra nessa escala maior de projetos é que os interesses sejam mais complexos e menos comprometidos com resultados a todo custo, diminuindo as chances de sucesso, como foi observado recentemente nas operações de *project finance* durante a crise do setor elétrico brasileiro.

A semelhança empírica mais expressiva entre uma PPP e um *project finance* reside nesse difícil comprometimento efetivo das partes em agirem em conjunto e estarem dispostos a tudo para a obtenção das metas pretendidas (“todos no mesmo barco”). Sua maior diferença é a prevalência do Estado na PPP e o equilíbrio exigido no *project finance*.

A proposta de legislação sobre PPP deveria estar dividida em um projeto de lei para atividades de escala local e outro vinculado a grandes projetos de infra-estrutura, que interessa de empreiteiras aos altos escalões do Poder Executivo em todas as suas esferas, passando naturalmente pelos contribuintes e consumidores, deveria ser particularizada como “PPP de gestão de infra-estrutura”. Enquanto isso não ocorre, o debate acadêmico pode chamar de PPP as modalidades (e não aos contratos) de projetos de inspiração pública ou privada, que atendam a interesses públicos pré-definidos como objeto de licitação, identificados em suas metas e nas formas de medir sua realização, sem auto-sustentação ou sem auto-sustentação suficiente, que exijam, necessariamente o aporte, total ou parcial, de recursos orçamentários, cujos pagamentos serão feitos exclusivamente em função do atendimento de indicadores acordados e contratados entre as partes, com o uso da legislação sobre responsabilidade fiscal.

O fato de poderem ser contratados outros agentes privados para as tarefas acessórias, os instrumentos de engenharia financeira (SPE, securitização, licitação profissional etc.), a criação de fundos específicos e outros adendos, devem ser encarados como adaptações a serem avaliadas caso a caso.

Deve ser feito um esforço para estudar as experiências em curso e aprofundar rapidamente a discussão sobre legislação, cultura e regulação tratando de PPP, de modo a permitir a sua aplicação com segurança. O objetivo da PPP é meritório (investimentos e empregos em saneamento, transportes etc.) e o Estado deve buscar formas de engenharia financeira para atingir esses objetivos, com ou sem PPP. Se a PPP de gestão de infra-estrutura para projetos de grande escala puder contornar suas limitações de risco político

quanto à credibilidade da garantia do uso dos recursos públicos como fonte essencial de projetos para a assunção de riscos por dez, vinte ou trinta anos, nas bases atuais (seu verdadeiro calcanhar de Aquiles), pode ser uma ferramenta efetiva da estratégia do Estado para retomar o crescimento econômico e social.

***ABSTRACT:** This paper shows the new definition of Public-Private Partnership (PPP) for infrastructure management in Brazil, with its opportunities and limits. It also develops PPP origins, cultural background and differences/similarities with Project Finance. It presents PPP importance and context in this particular moment in Brazil vis-à-vis its business sponsors, identified problems and solutions. It ends with Brazilian experiences with PPP in small projects and concludes that, in spite of its merits and relative legal support, PPP is not a panacea for domestic large-scale investments restart, depending on financial engineering complex structures with financial and capital markets needs.*

***Key words:** public-private partnership – concessions – public investment policies –administrative contracts.*

Notas: Neste trabalho foram utilizadas informações de jornal e de trabalhos já editados sobre o tema. Há mais de cento e cinquenta referências a PPP na internet, somente em Português, a maioria delas vinda de Portugal. Exemplos das fontes de dados utilizados:

Projeto de lei distribuído pelo Ministério do Planejamento e Orçamento

Apresentação da KPMG em Seminário da ABDIB – Associação Brasileira de Infra-estrutura e das Indústrias de Base sobre a PPP.

Apresentação da Price Waterhouse e Coopers sobre Viabilização de PPP na Área de Governo Eletrônico.

Entrevista com José Carlos Miranda, chefe da assessoria econômica do Ministério do Planejamento, publicada na Folha de São Paulo, em 20.07.2003.

“Governo quer terceirizar infra-estrutura”, Marta Salomon, Folha de São Paulo, 20.07.2003.

Moreira, T.e Carneiro, M.C.F.. A parceria Público Privada na Infra-estrutura Econômica, Revista do BNDES, v.1, nº 2, p.27 a 46. Rio de Janeiro, dezembro 1994.

“Projeto de Mantega prevê parcerias entre Estado e empresas” Folha de São Paulo, 11.05.2003.

“Regulamento Geral de Operações” e “Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES”.

“Televisão informativa francesa poderá nascer de parceria público-privada”, imprensa.net, Portugal, 18.07.2003.

“Uso das Parcerias Público-Privadas”, artigo de Arlindo Moura, presidente da Apeop e da COP/CBIC, publicado na Gazeta Mercantil, Caderno A3, SP, em 26.06.2003.

Trechos destacados

A PPP é um conceito em formação, com definições bastante diferentes de acordo com o país onde é aplicado.

Parceria Público-Privada permitiria, a utilização de recursos (financeiros, humanos e técnicos) do setor privado para o Estado atingir alguns de seus objetivos básicos.

O Estado transfere uma atividade própria ou não ao setor privado, sem retorno econômico ou com retorno insuficiente, garantindo-lhe recursos públicos.

A PPP de gestão de infra-estrutura ainda deve contornar suas limitações de risco político (credibilidade do uso dos recursos públicos como fonte de projetos).

A **PPP de escala local**, já tem aplicação garantida em pequenos projetos, descentralizados e de âmbito local, especialmente aqueles que despertam mobilização da população.