

A “engenharia” jurídico-financeira que envolve a operacionalização das parcerias público-privadas

Ana Paula de Oliveira Gomes

Professora do Centro de Ciências Administrativas da
Universidade de Fortaleza (Unifor).

Resumo: A parceria público-privada (PPP) representa um instrumento para compartilhar riscos, além de capitais públicos e privados na viabilização de grandes investimentos (notadamente no setor de infra-estrutura), em um contexto político-econômico marcado pela retração do Estado do seu papel em função do avanço da ideologia neo-liberal. No Brasil, para normatizar o assunto, foi sancionada a Lei nº 11.079, de 30/12/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da Administração Pública. Tais parcerias requerem decisões políticas que realmente atendam aos anseios da coletividade, contratações adequadas e fiscalização pelas agências reguladoras e pelos órgãos de controle externo e interno em seus campos de atuação legal. Desafio a ser enfrentado: a socialização dos prejuízos x a privatização dos lucros.

1. Introdução

A parceria público-privada (PPP) é considerada pelo Poder Público um instrumento essencial a fim de garantir as ações para o desenvolvimento, ou seja, os investimentos em portos, rodovias e ferrovias, o que implica efeitos econômicos positivos, mas demanda grandes aportes de recursos orçamentários.

Tal parceria surge num cenário econômico e político marcado pela retração do Estado do seu papel¹ em função do avanço da ideologia neo-liberal.

Para normatizar o assunto foi sancionada a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da Administração Pública.

¹Por muito tempo, preponderante nas iniciativas de crescimento econômico.

Efetivamente, o que representa o mencionado diploma legal? - Uma junção das regras disciplinadas pelas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995, com o propósito de fomentar o aporte de recursos do setor privado à consecução de serviços públicos, por intermédio do compartilhamento de riscos.

Nesse contexto, cabe ao Estado estudar a viabilidade econômico-financeira e decidir pela licitação mediante PPP a partir da avaliação do empreendimento. Dois grandes desafios: a qualificação do mercado para ofertar investimentos que atendam ao interesse público em confronto com a capacitação dos servidores nesse modelo de estado supostamente gerencial.

Portanto, a PPP requer um plano estratégico bem concebido, contratações adequadas e fiscalização, o que implica participação das agências reguladoras e dos órgãos de controle interno e externo.

2. As parcerias público-privadas segundo as normas disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004

Parceria público-privada é uma forma de delegação de serviço público a um particular, mediante contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Entende-se por concessão patrocinada a delegação de serviços públicos ou de obras públicas - de que trata a Lei 8.987/1995 - quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Ex: concessão de uma rodovia em que a cobrança de pedágio não é suficiente para recuperar o custo do investimento e remunerar o capital, sendo necessária complementação de receita, pelo Estado, com o propósito de zelar pela viabilidade do negócio.

Já na concessão administrativa o serviço é prestado, direta ou indiretamente, ao Poder Público. O Estado arca integralmente com o pagamento, o que constitui mera prestação de serviços à Administração Pública, devendo o respectivo contrato (de natureza

administrativa) ser regido pela Lei 8.666/1993. Ex.: contrato de manutenção de uma escola pública: a administração é a compradora do serviço prestado pela iniciativa privada, muito embora, em última instância, o beneficiário seja a sociedade.

O pressuposto da PPP (patrocinada ou administrativa) é a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, conforme se depreende da leitura do § 3º, do art. 2º da lei em estudo:

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

Interpretando o mencionado artigo, infere-se que, se existir a referida contraprestação, a concessão será denominada PPP. Ora, a lei teria sido mais “feliz” se afirmasse que a PPP é uma concessão comum com contraprestação pelo Poder Público!

A norma em análise também estabelece requisitos para que o contrato de PPP seja celebrado (cláusulas essenciais²):

a) o valor do contrato deverá ser igual ou superior a vinte milhões de reais (R\$ 20.000.000,00);

b) o prazo de vigência do contrato - compatível com a amortização dos investimentos realizados - há que ser maior ou igual a cinco (5) anos, observando-se o limite máximo de trinta e cinco (35) anos, incluindo eventual prorrogação;

c) é vedada a celebração de PPP que tenha como objeto único o suprimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

²Os contratos também poderão prever pagamento, ao parceiro privado, com base em remuneração variável vinculada ao seu desempenho.

A norma disciplinadora da PPP é aplicável à administração direta, indireta e às entidades controladas pelos entes da Federação, além do que a contratação de parceria público-privada requer, obrigatoriamente, licitação na modalidade concorrência.

3. Diretrizes norteadoras da contratação mediante PPP

O contrato de PPP pautar-se-á pelos preceitos delineados no art. 4º da Lei nº 11.079/2004:

- a) eficiência – economicidade, redução de custos;
- b) harmonização dos interesses dos destinatários dos serviços e dos parceiros privados;
- c) indelegabilidade das funções estatais de monitoração dos contratos (regulação, prestação jurisdicional, exercício do poder de polícia);
- d) responsabilidade fiscal em relação à celebração e execução das parcerias. Amaral Filho (2005, p. 109) adverte que, no tocante à garantia do equilíbrio fiscal, a lei limita o gasto estatal, em contraprestações, a um por cento (1%) da receita corrente líquida;
- e) transparência: também um dos pilares da gestão fiscal (objeto da LRF). Significa o dever de prestar contas, *accountability*. Relevante destacar que o § 6º, do art. 14, da Lei nº 11.079/2004, disciplina que esse preceito não se aplica ao caso de informações classificadas como sigilosas (infelizmente a própria lei não detalha essa exceção);
- f) repartição objetiva do risco entre as partes; sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

4. Os tipos de risco

a) De projeto - inerente ao negócio, independentemente do país onde o empreendimento é desenvolvido. Subdivisão:

a.1) de construção – tem a ver com a possibilidade de atraso na obra por parte da empresa encarregada; elevação de custos em relação ao orçamento;

a.2) de operação – afeta negativamente a rentabilidade do projeto por ocasião de sua operacionalização. Ex.: aumento real no custo de determinado insumo com dificuldade de repassar o ônus em razão das condições de mercado.

b) Do país – associado a situações políticas, econômicas ou geográficas do país:

b.1) risco político – tem a ver com adoção de medida unilateral pelo governo que vá de encontro aos interesses específicos dos controladores de determinado projeto. Ex.: decisão governamental de cancelar um contrato de concessão com indenização paga em títulos da dívida pública de longo prazo;

b.2) risco macroeconômico – associado a uma evolução desfavorável de variáveis econômicas. Exs.: recessão, crescimento do produto interno bruto (PIB) abaixo do estimado;

b.3) risco de caso fortuito ou força maior – ocorrência de evento inesperado que possa acarretar uma perda parcial ou total do capital investido, tais como fenômenos geográficos ou políticos, tais como guerras, ataques terroristas, terremotos.

5. O órgão gestor da PPP

O artigo 14 da Lei 11.079/2004 disciplina a obrigatoriedade de ser instituído, por decreto, um órgão gestor das parcerias público-privadas com competência para:

- definir os serviços prioritários para execução no regime de PPP;
- disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
- autorizar abertura da licitação e aprovar seu edital;
- apreciar os relatórios de execução dos contratos.

Ademais, o mencionado órgão deverá remeter ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, anualmente, relatórios de desempenho dos contratos de PPP.

No tocante à competência dos ministérios e das agências reguladoras (outros atores envolvidos na operacionalização das PPP), o art. 15, da Lei 11.079/2004, prescreve³:

Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

6. A sociedade de propósito específico (SPE)

É a pessoa jurídica que deverá ser constituída (antes da celebração do contrato) para implementar e gerir o objeto da parceria, ou seja, administrar o contrato de PPP. Disciplina normativa: art. 9º da lei em estudo:

Art. 9. Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

Em geral, os agentes participantes de um consórcio, para administrar o serviço outorgado em concessão, constituem a

³ Devem, ainda, encaminhar ao órgão gestor, semestralmente, relatórios circunstanciados sobre a execução dos contratos de PPP.

sociedade de propósito específico. Os participantes podem ser agrupados em três categorias:

- sócios controladores;
- minoritários;
- patrocinadores.

De acordo com Giambiagi (2001, p. 431):

Por exemplo, um banco de investimento pode fornecer parte dos recursos para viabilizar a construção e exploração de uma ponte entre uma ilha e uma certa cidade, seja ficando como sócio do projeto ou simplesmente oferecendo um empréstimo ou adquirindo debêntures (...).

Assim, as fontes de recursos que originam a SPE são representadas por empréstimos, emissão de debêntures, ou capital de risco dos sócios.

É importante ressaltar que o Poder Público não poderá assumir o controle da sociedade de propósito específico, à exceção das instituições financeiras oficiais em caso de inadimplência dos contratos de financiamento.

7. O financiador da PPP

É quem assumirá, na realidade, a parceria e será beneficiário dos pagamentos devidos pelos cofres públicos em decorrência do contrato administrativo pactuado.

A PPP envolve, portanto, uma complexa e demorada engenharia sócio-econômica e político-jurídica. Seu núcleo central requer da iniciativa privada a injeção de somas vultosas de recursos, com retornos a prazos médios ou longos.

Destaque-se que a participação de recursos públicos não poderá exceder a oitenta por cento (80%). Logo, os investimentos

privados serão de, no mínimo, vinte por cento (20%) quando houver participação de fundo de previdência; trinta por cento (30%) do montante investido quando não houver participação de fundo de previdência. Dos recursos investidos pelo parceiro privado, serão deduzidos os obtidos por meio de financiamento em instituições financeiras oficiais.

Ademais, o comprometimento orçamentário da União, bem como dos demais entes federados⁴, não poderá exceder a um por cento (1%) da receita corrente líquida com tais contratos.

8. As parcerias público-privadas no contexto da Administração Pública brasileira

Segundo Figueiredo (1999, p. 17), a prestação de serviços públicos pode ocorrer sob duas modalidades: de forma direta ou indireta. Será direta quando o Poder Público realizá-la valendo-se de sua própria estrutura. Será indireta quando transferir a terceiros, sob seu controle, a execução de atividades de sua competência.

A parceria público-privada é materializada mediante concessão (patrocinada ou administrativa), o que consubstancia uma prestação indireta de serviço público. Imprescindível, então, esclarecer a lógica dessa delegação.

Trata-se de contrato administrativo que requer prévia licitação, na modalidade de concorrência, somente podendo participar do certame pessoas jurídicas ou consórcios. A licitação de PPP estará submetida às regras da Lei nº 8.666/93 e, no que couber, à Lei 8.987/95.

Como qualquer delegação, constitui instrumento do “estado-essencial”, em que atuação do Poder Público não deve ser “nem mínima nem máxima”. Há que ser suficiente e eficiente na

⁴Sob pena de suspensão das concessões de garantias e transferências voluntárias.

satisfação das necessidades públicas. De acordo com Montagna (2003, p.68):

(...) a todo instante se fala em parcerias do Ente com as organizações de direito privado, mas em muitos casos não se investiga se ele próprio não teria condições, por meio de um dos seus órgãos ou entidades, de desenvolver até o fim determinada ação do governo. É como dizer que a parceria entre os órgãos ou entidades do próprio Ente é, para muitos, de menor frequência, nas mais das vezes se utilizando como argumento a impossibilidade orçamentária, que leva a se buscar no mercado o que poderia ser encontrado num órgão ou entidade estatal.

9. As parcerias público-privadas e o “retorno social”

O art. 8º, da Lei nº 11.079/2004, prescreve que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública poderão ser garantidas mediante: a) vinculação de receitas; b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; c) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; d) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Percebe-se então que, se a demanda pelo serviço for inferior ao orçamento, mecanismos já foram concebidos pela legislação, a fim de que a Administração Pública assegure a rentabilidade do parceiro privado.

O art. 16 da mesma lei dispõe:

ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de

obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias (...)

É oportuno ressaltar que o art. 27 da lei - com o objetivo de incentivar o efetivo investimento da iniciativa privada nos projetos de PPP – disciplinou a participação do parceiro privado em operações de crédito com recursos de estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) a um teto de setenta por cento (70%) do total das fontes necessárias à implementação do projeto.

Para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, em que o índice de desenvolvimento humano (IDH) for inferior à média nacional, essa participação poderá ser acrescida, estando limitada a oitenta por cento (80%).

O que isso significa na prática? - O Prof. Osmundo Evangelista Rebouças (2004, p.151) responde:

(...) as PPPs continuarão sendo um sistema mais público do que privado, uma forma de socializar os custos e privatizar os lucros do nosso sistema econômico. Com isso, a nossa política fiscal vai continuar sendo um forte instrumento de concentração de riqueza e de renda.

10. Conclusões

I) Em que circunstâncias deve ser admitida a concessão patrocinada? - Nas hipóteses de concessão, em que o pagamento, via tarifa, seja insuficiente para atender ao investimento realizado pela iniciativa privada.

II) A PPP é aplicável aos casos em que a recuperação do custo total do investimento é improvável ou, mesmo, apresente rentabilidade negativa sob o prisma econômico-financeiro.

III) Pela natureza dos serviços que serão objeto da PPP, o setor governamental arcará com o risco de mercado, garantindo a

remuneração do capital investido. Em muitos casos, o Poder Público ficará com uma parcela considerável desse risco. A iniciativa privada será responsável pela construção do imobilizado e pela provisão do serviço.

IV) Necessariamente, a PPP implicará desembolso de recursos orçamentários. Sob a perspectiva apenas econômica, ela deverá financiar investimento gerador de retorno, atendendo aos interesses do parceiro particular e do Estado, o que nem sempre coincide com as demandas sociais a serem correspondidas pelo poder público.

V) Se bem aplicados, os contratos de PPP poderão elevar a eficiência do fornecimento de bens públicos. Por outro lado, existe a possibilidade de o setor público ser o financiador último, o que ocasionaria “interferências políticas indesejáveis”.

VI) No caso da participação de empresas estatais, os gastos com o investimento são contabilizados como da SPE, o que evita “fonte de pressão” sobre o resultado público.

VII) O paradigma neo-liberal (carente de recursos para financiar os gastos de capital), mediante a implementação das parcerias público-privadas, busca alternativas para suprir os investimentos necessários ao setor de infraestrutura, sob alegação de garantir o crescimento econômico do país. No entanto, a PPP não possui o propósito de solucionar os problemas fiscais pelos quais passam a economia brasileira. Para tanto, são imprescindíveis a geração de resultado primário positivo e o controle das despesas públicas.

Referências

AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei de responsabilidade fiscal*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 572p.

AMARAL FILHO, Jair. *Desestatização do poder público: privatização, concessão e terceirização*. Fundação Demócrito Rocha. Caderno 06. 2005.

ANGÉLICO, João. *Contabilidade pública*. São Paulo: Atlas, 1995, 271p.

ARAÚJO, Maria Ivany Gomes et al. *Curso de finanças públicas*. Fortaleza: Jornal Diário do Nordeste, 2004.

BEZERRA FILHO, João Eudes. *Contabilidade pública*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 325p.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31.mai.2005.

CARVALHO, Deusvado. *Regra de ouro e resolução de questões de concursos*. Disponível em: < <http://www.pontodosconcursos.com.br> >. Acesso em: 10 fev. 2006.

CASTRO, Róbison Gonçalves. *Administração e direito financeiro e orçamentário*. Brasília: Vestcon, 1998. 296p.

CAVALCANTE, Osório; PINHEIRO, Manuel et al. *Orçamento público: planejamento, execução e controle*. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2003. 230p.

CHAVES, Rosa; ERIVILSON, José. *Orçamento público* (apostila – mimeo). Ceará. 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. 255p.

COELHO, Nirleide Saraiva et al. *Compra de bens, obras e serviços* (manual, mimeo). Prefeitura Municipal de Caucaia (SEPLAN): 2001.

FEIJÓ, Paulo Henrique. *Administração financeira e orçamentária & noções de finanças públicas*. 2005 (apostila - mimeo).

FIGUEIRÊDO, Carlos Maurício Cabral; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Os municípios e a lei de responsabilidade fiscal*. Brasília: ESAF, 2001. 66p.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 94p.

FILELLINI, Alfredo. *Economia do setor público*. São Paulo: Atlas, 1989. 202p.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 2000.

GIAMBIAGI, Fabio et al. *Finanças públicas*. Rio de Janeiro: 2001. 475p.

MONTAGNA, Valdor Ângelo. *A descentralização de créditos na administração pública*. Revista Brasileira de Contabilidade. Brasília, nº 140, 2003.

MONTEIRO, Mário Augusto Parente. *Apostila de finanças públicas*. 2006. Mimeo.

MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade pública*. Brasília: FDK, 2005. 210p.

PASCOAL, Valdecir. *Direito financeiro e controle externo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 346p.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 632p.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2002, 260p.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. *Contabilidade pública*. São Paulo: Atlas, 2002. 362p.

REBOUÇAS, Osmundo Evangelista. *Finanças e desenvolvimento*. Fortaleza: Jornal Diário do Nordeste, 2004.

REIS, Heraldo da Costa et al. *A lei 4320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal*. Rio de Janeiro: IBAM, 2003. 332p.

REZENDE, Fernando. *Finanças públicas*. São Paulo: Atlas, 2001. 382p.

SIERRA, Piero. *O manual do feiticeiro*. 1992. Mimeo.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. 924p.

SILVA, José Wellington. *Apostila de contabilidade pública* (mimeo).

SILVA, Lino Martins. *Contabilidade governamental*. São Paulo: Atlas, 2002. 381 p.

SLOMSKI, Valmor. *Manual de contabilidade pública*. São Paulo: Atlas, 2003. 475p.

THOMSON. *Manual de procedimentos ICMS, IPI e outros*. São Paulo: IOB, 2006.

Portais consultados

<<http://concursos.correioweb.com.br/forumconcursos/viewtopic.php?p=611959&highligh...>> Acesso em 06.fev.2006.

<<http://planalto.gov.br>> Acessos em 31 mai. 2005 e 21 jun.2006.

