

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E PARTILHA DE RISCOS

SOFIA RAMOS SAMPAIO: Graduada em Direito pela UFPE. Pós Graduada em Direito Processual Tributário pela UFPE. Pós Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar como ocorre a partilha de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado no âmbito dos contratos de Parceria Público-Privada regulamentado pela Lei nº 11.079/04.

SUMÁRIO: 1. Contrato de Concessão Comum e Contrato de Concessão Especial. 2. As Parcerias Público-Privadas. 3. Partilha de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. 4. Referências Bibliográficas.

1. CONTRATO DE CONCESSÃO COMUM E CONTRATO DE CONCESSÃO ESPECIAL

O contrato de concessão de serviço público é aquele por meio do qual o Poder Público transfere a terceiros a execução do serviço público. Não há a transferência da titularidade do serviço, mas apenas da execução do mesmo, que será realizada pelo terceiro, chamado concessionário (DI PIETRO, 2012).

Deve-se diferenciar entre os contratos de concessão comum, que são regulados pela Lei nº 8.987/95 e os contratos de concessão especial, que são as parcerias público-privadas, instituídas pela Lei nº 11.079/04.

Os contratos de concessão comum podem ser tanto de concessão de serviços, quanto de concessão de serviço antecedido de obra. Aqui, as partes envolvidas são a Administração Pública, a concessionária e os usuários do serviço. A

remuneração da concessionária é feita em sua totalidade pelas tarifas pagas pelos usuários do serviço. É por isso chamado de projeto autossustentável.

Os contratos de concessão especial, por sua vez, que são as parcerias público-privadas, podem se dar sob a forma de concessão de serviços, concessão de serviço antecedido de obra ou de prestação de serviço. Aqui, apesar de as partes envolvidas serem as mesmas, ou seja, a Administração Pública, a concessionária e os usuários do serviço, a remuneração da concessionária ganha contornos diversos. De fato, nesse caso, a remuneração é feita pelas tarifas pagas pelos usuários juntamente à uma contraprestação paga pelo Poder Público ou apenas pela contraprestação do Poder Público, a depender da modalidade de parceria público-privada.

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas foram instituídas pela Lei nº 11.079/04, com o intuito de promover a colaboração entre os setores público e privado no tocante à execução de serviços públicos, visando uma maior qualidade, eficiência e eficácia.

Segundo relatam Grimsey e Lewis (2002, p. 107),

Faced with pressure to reduce sector debt and, at the same time, expand and improve public facilities, governments have looked to private sector finance, and have invited private sector entities to enter into long-term contractual or management of public sector infrastructure facilities by the private sector entity, or the provision of services (using infrastructure facilities) by the private sector entity to the community on behalf of a public sector body.

Normalmente, as PPPs existem sob a forma denominada, em inglês de BOT - Build-Operate-Transfer, segundo qual, existe a obra, a operação do serviço e, ao final, a transferência para o Poder Público. O art. 2º da Lei nº 11.079/04 diz que a

“parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Segundo conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 314),

a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento/instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Dentro de tal conceito, Maria Sylvia engloba ambas as modalidades de parcerias público-privadas existentes: a patrocinada e a administrativa. Ambas as modalidades são conceituadas na própria Lei nº 11.079/04, nos §§ 1º e 2º do art. 2º, *in verbis*:

§1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A parceria público-privada na modalidade patrocinada é, portanto, o contrato administrativo de concessão de serviço público, precedido ou não de obra pública, cuja remuneração é realizada em parte pelas tarifas pagas pelos usuários do serviço, juntamente com contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado (concessionário).

A parceria público-privada administrativa, por sua vez, é o contrato administrativo de prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. A remuneração, nesse caso, é apenas a contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público. Não há cobrança de tarifa dos usuários que podem vir a existir.

Apesar de a principal distinção entre a concessão comum e a especial (PPP) ser a forma de remuneração, outras diferenças podem ser encontradas. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), podem ser encontradas diferenças no tocante aos riscos, que nas PPPs são repartidos entre o parceiro privado e o parceiro público; no tocante às garantias que o Poder Público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto e no tocante ao compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (o Poder público pode oferecer garantias ao financiador do projeto, reduzindo os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado).

Além disso, outras características são a possibilidade de a Administração Pública prestar garantias de cumprimento de sua contraprestação, que pode ser direta ou indireta e até 70% da remuneração total quando se trata de concessão patrocinada; a obrigatoriedade de constituição de uma sociedade de propósitos específicos e de um fundo garantidor; normas específicas para licitação; o prazo contratual que deve variar entre 5 e 35 anos e o limite mínimo do valor do contrato, que deve ser acima de 10 milhões.

3. PARTILHA DE RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A grande novidade das parcerias público-privadas, é justamente a possibilidade de partilha de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado. Aliás, melhor falar em obrigatoriedade de tal partilha, uma vez que o art. 5º da mencionada Lei estabelece que:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Para Grimsey e Lewis (2002, p 109),

Although governments have been motivated into entering PPP arrangements by the desire to reduce debt (and contain taxation), another consideration has been the benefits of sharing financial risks and rewards between public and private sector bodies.

As PPPs diferenciam-se, portanto, das concessões comuns, uma vez que, segundo a Lei nº 8.987/95, não há compartilhamento de riscos quando de contratos de concessão comum. O que há nesses contratos é a execução do serviço concedido “por conta e risco” total do concessionário. Nesses casos, o que acontece é o repasse de tal risco para os usuários, através do preço das tarifas. As áleas extracontratuais, por sua vez, são todas resolvidas através do equilíbrio econômico-financeiro, não havendo, portanto, partilha de riscos (NÓBREGA, 2010).

Tal partilha de riscos é uma das marcantes características das parcerias público-privadas. Ela significa que os riscos advindos do contrato serão partilhados, de forma que o particular assumirá alguns riscos e o Poder Público também. Pode-se dizer que tal partilha de riscos é resultado da forma de remuneração diferenciada que existe em tais contratos de concessão especial. Isso porque, o Poder Público, ao se comprometer com a contraprestação, exige que o parceiro privado se comprometa com relação a certos riscos. Esse compartilhamento de riscos diminui o recurso à cláusula do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que, estando diante de um risco

assumido pelo parceiro privado, não poderá requerer do parceiro público tal reequilíbrio (NÓBREGA, 2010).

Uma outra característica da partilha de riscos é que, diferente do equilíbrio econômico-financeiro, que apenas é “acionado” quando da ocorrência do risco, a partilha é feita desde o momento de elaboração do contrato de PPP. Aliás, esse é um dos pontos fundamentais para obtenção de bons resultados advindos da execução do contrato de PPP. Desde o contrato, deve ser feita uma partilha de riscos adequada e eficaz que permita a boa execução do mesmo.

O Project Management Institute (FREITAS, 2008, p. 67) diz que o risco é um

evento ou condição incerta que, caso ocorra, tem um efeito positivo ou negativo em pelo menos um dos objetivos do projeto, tal como tempo, custo, âmbito ou qualidade.

Vincula-se o conceito de risco ao de incerteza, portanto. Tal ideia também aparece em Keynes, que falava em incertezas e em construção de estratégias para lidar com o risco e sua ocorrência (NÓBREGA, 2010). Na atualidade, diz Freitas (2008), as incertezas podem ser estimadas de forma que se tornem probabilidades, tornando-se possível estimar o custo dos riscos e determinar medidas preventivas. Apesar de tais possibilidades, há riscos que não podem ser previstos ou que não podem ser estimados.

Diante de tal panorama, a decisão de se fazer uma PPP deve ser guiada por certas indagações, como a questão da prestação de serviços essenciais (se deve ser concedida a parceiro privado ou não), a questão do interesse público e a questão do valor acrescido a ser produzido pelo projeto. Esta última questão se mostra relevante para o tema da partilha de riscos nas PPPs. Isso porque, para se analisar a questão do valor acrescido, deve-se estimar o custo-benefício do projeto para verificar a sua viabilidade e, tal estimativa pressupõe uma previsão de partilha de riscos a ser feita,

de forma que torne possível um cálculo do custo-benefício do projeto (FREITAS, 2008).

Na previsão a ser feita acerca da partilha de risco, caberá à Administração Pública analisar quais os riscos que serão atribuídos ao parceiro privado e quais os que serão retidos pelo Poder Público. Aqui, poder-se-ia imaginar que a finalidade de Administração seria repassar todos os riscos do projeto para o parceiro privado, mas tal repasse impõe um maior custo a ser cobrado pelo parceiro privado, de forma que caberá à Administração fazer uma análise acerca do custo que elas está disposta a pagar pelo repasse de tais riscos ao parceiro privado. Deve chegar, portanto, a um equilíbrio, no qual se percebe que certos riscos serão melhor “administrados” e “resolvidos” se deixados a cargo do Poder Público, uma vez que o custo a ser pago pelo repasse dos mesmos ao parceiro privado seriam bem maiores (FREITAS, 2008).

Essa é, portanto, a essência do contrato de parceria público-privada. Ele permite que haja tal compartilhamento, resultando em uma maior eficácia dos resultados do projeto, uma vez que os riscos podem ser partilhados para quem melhor pode os “administrar”, diminuindo os custos tanto para a Administração, quanto para o parceiro privado.

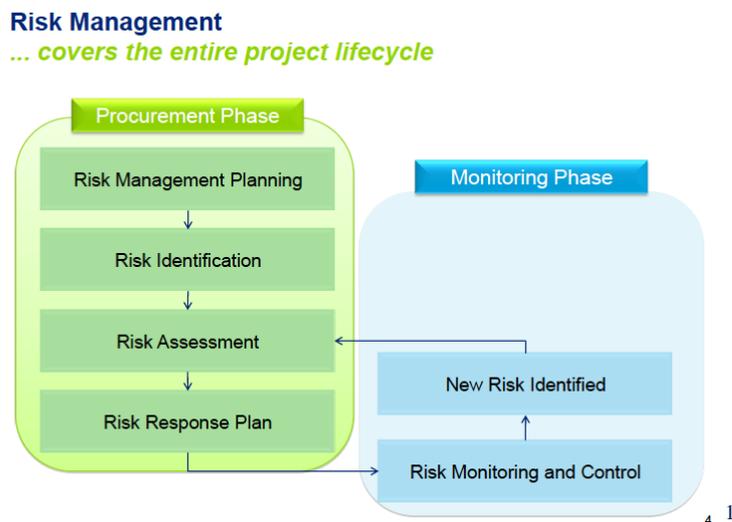
Segundo Bracey e Moldovan (2006, p. 4),

The creation of a risk sharing arrangement is not easy due to complex factors that must be considered in order to determine who will assume what risk and at what price. Furthermore, each Project is unique, and no “one size fits all” approach can be applied to all cases.

Todos esses procedimentos relacionados ao risco demandam, portanto, um estudo acerca de sua probabilidade de ocorrência, de seus impactos e custos. Esse “estudo” é chamado de gestão de risco, e percorre toda a execução do projeto. A doutrina aponta cinco fases de gestão do risco, quais sejam: (FREITAS, 2008)

1. Identificação dos riscos possíveis, levando em consideração também o momento de sua ocorrência, a depender das fases do projeto.
2. Avaliação dos riscos, que procura medir a probabilidade de ocorrência e o impacto/custos de suas consequências, caso venha a ocorrer.
3. Partilha de riscos.
4. Mitigação dos riscos e de suas consequências.
5. Monitorização e controle dos riscos.

Organizando essas fases em uma tabela, tem-se algo assim:



A partilha de riscos, portanto, é feita apenas após terem sido os riscos possíveis identificados e avaliadas a probabilidade de ocorrência e o grau de impacto/custos de suas consequências. A partir daí, pode o Poder Público decidir acerca de que riscos irá transferir para o parceiro privado.

Segundo Marcos Nóbrega (2010, p. 5), “os riscos deverão ser alocados para a parte que tem melhor condição de gerenciá-los”. Ainda segundo o mesmo autor, há certos critérios que devem ser levados em consideração quando da partilha de riscos, quais sejam:

¹ <http://www.unescap.org/ttdw/ppp/ppp-Iran2012/Presentations/2d-Risk-Management-in-PPPs.pdf>

- a) Capacidade de influenciar o fator de risco – capacidade de modificar o resultado advindo de um risco.
- b) Capacidade de antecipar ou responder ao risco rapidamente.
- c) Capacidade de absorver o risco com menor custo.

Outras regras podem ser levantadas quando da partilha de risco, ou ditas de maneira diversa, como a de que os riscos só devem ser atribuídos a quem tenha maior “competência, experiência e autoridade para gerir o risco de forma efetiva” ou que “possua a capacidade e recursos necessários para enfrentar a eventual materialização do risco” (FREITAS, 2008, p. 75).

Conforme dito anteriormente,

a questão que o sector público deve colocar a si mesmo aquando da decisão de transferência do risco é se o preço que irá pagar por essa transferência é maior ou menor do que aquele que pagaria caso assumisse o risco, tendo em conta as opções de mitigação a sua disposição. Ora, caso o custo de transferência seja superior, o sector público poderá assumir ele mesmo a gestão e mitigação do risco, gerando uma mais valia para o projecto. Do mesmo modo, não fará qualquer sentido para o sector público assumir um risco que poderá ser melhor gerido e mitigado pelo sector privado a custos mais reduzidos (FREITAS, 2008, p. 79).

Aponta-se, como mecanismos de “administração” dos riscos pelos parceiros privados a transferência dos riscos para terceiros, a utilização de seguros ou de instrumentos de mercados financeiros e a diversificação de projetos. Para o Poder Público, os mecanismos são semelhantes, destacando-se a transferência para terceiros que, nesse caso, são os consumidores finais.

Bracey e Moldovan (2006, p. 5), trazem uma tabela exemplificativa dos riscos assumidos pelo parceiro público e pelo parceiro privado:

Party Affected by and/or Assuming Risk	Type of Risk
Private Sector	<i>Design, construction, and maintenance risk:</i> includes day to day operational and management risks, delays in acquiring necessary permits, problems with subcontractors, completion risk, and cost and schedule overruns.
	<i>Demand/revenue risk:</i> includes unexpectedly high or low demand compared to initial market assessments.
	<i>Political risk:</i> changes in government, changes in public policy, corruption and favoritism, lack of sanctity of contract, and arbitration difficulties.
	<i>Currency risk:</i> unexpected severe depreciation or appreciation of currency that affect the service provider's ability to pay investors.
Public Sector	<i>Political risk:</i> potential changes in public policy
	<i>Bankruptcy risk:</i> Private company declares bankruptcy while working on a contract.
	<i>Closure Risk:</i> The inability of the bidding party to reach financial closure.
<i>Land risk:</i> expropriation and eminent domain issues, difficulties acquiring land.	

Um aspecto interessante que cabe ser aqui abordado é o do compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. De acordo com a Lei nº 11.079/04, a contraprestação a ser paga pela Administração Pública só será efetivada quando entregue o serviço ou quando sua prestação tiver início. Daí é importante haver a figura do financiador do projeto, que custeará as obras que antecederão a prestação do serviço. Tal risco do financiamento caberá ao parceiro privado, mas o Poder Público poderá diminuir tal risco ao oferecer garantias ao financiador do projeto, possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado que serão compartilhados com a Administração Pública, conforme diz expressamente o art. 5º, inciso IX da mencionada Lei:

Art. 5º, IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

Ante o exposto, conclui-se que a partilha de risco prevista para os contratos de parceria público-privadas permitem uma alocação racional e planejada dos riscos inerentes a um contrato de concessão, resultando em um maior comprometimento tanto pelo parceiro privado quando pela Administração Pública, no sentido de mitigar os riscos pertencentes a cada um e possibilitando, portanto, resultados mais eficazes tanto do ponto de vista econômico, quanto do da qualidade da prestação do serviço.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRACEY, N. and MOLDOVAN, S. *Public-Private-Partnerships: Risks To The Public And The Private Sector*. 6th Global Conference on Business and Economics, Boston, 2006.

DI PIETRO, M. S. Zanella. *Direito Administrativo*, 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, C. M. Soares. *Análise De Risco E Definição De Critérios De Avaliação E Monitorização Em Empreendimentos Do Tipo PPP (Public-Private Partnerships)*. Mestrado em Construção de Edifícios - 2006/2008 - Departamento de Engenharia Civil, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2008.

GRIMSEY, D. and LEWIS, M. *Evaluating The Risks Of Public Private Partnerships For Infrastructure Projects*. **International Journal of Project Management** 20, 2002, p. 107/118.

NÓBREGA, Marcos. *Riscos Em Projetos De Infraestrutura: Incompletude Contratual; Concessões De Serviço Público e PPPs*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 23, agosto/setembro/outubro, 2010.