

EQUIPE EDITORIAL

Editora responsável | Helena Trevisan
Coordenadora editorial | Juliana Quintino de Oliveira
Projeto gráfico e diagramação | Alfredo Carracedo Castillo
Capa | Lucas Kato
Revisora | Marcia R. Nunes

PRODUÇÃO

Trevisan Editora
Av. Padre Antônio José dos Santos, 1530 - Brooklin
04563-004 - São Paulo, SP
tel. (11) 3138-5282
editora@trevisaneditora.com.br
www.trevisaneditora.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Desafios da infraestrutura no Brasil / Gesner
Oliveira organizador e autor. -- São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

Vários autores.
ISBN 978-85-9545-040-0

1. Análise estrutural (Engenharia) 2. Infraestrutura
3. Infraestrutura - Administração 4. Infraestrutura - Brasil
5. Infraestrutura (Economia) I. Oliveira, Gesner.

18-20548

CDD-620.0042

Índices para catálogo sistemático:

1. Engenharia: Projetos: Tecnologia 620.0042
Iolanda Rodrigues Biode - Bibliotecária - CRB-8/10014

A Trevisan Editora agradece o envio de correções e comentários de seus livros, inclusive de erros tipográficos, de formatação ou outros. Por gentileza, faça uma cópia da página que contém o erro e envie por e-mail para editora@trevisaneditora.com.br.

Os livros da Trevisan Editora estão disponíveis com descontos para quantidades especiais destinadas a promoções de venda e prêmios ou para uso em programas de treinamento corporativo, além de outros programas educacionais. Para mais informações, entre em contato conosco.

Direitos reservados desta edição à Trevisan Editora
Av. Padre Antônio José dos Santos, 1530 - Brooklin -
04563-004 - São Paulo, SP
tel. (11) 3138-5282
editora@trevisaneditora.com.br
www.trevisaneditora.com.br

© Trevisan Editora, 2018



Capítulo 2

A regulação da infraestrutura e o papel de uma agência reguladora

Gesner Oliveira | Andréa Curi

O objetivo deste capítulo é mostrar a importância da regulação nos segmentos de infraestrutura e assinalar os aspectos relevantes da evolução dos marcos regulatórios e das agências reguladoras no Brasil. Destacam-se, em particular, as características que uma agência reguladora precisa ter para atenuar as falhas de mercado e, portanto, cumprir seu papel como órgão regulador.

O novo papel regulador do Estado

A constituição de um novo marco regulatório é um dos temas centrais da agenda de reforma do Estado no Brasil e em várias economias emergentes. Durante muitas décadas, o Estado brasileiro teve um papel de participação direta na produção de bens e serviços e de indução do processo de industrialização.

O papel de Estado-empresário é mais claro entre as décadas de 1930 e 1980, embora o esgotamento do modelo de substituição de importações já se manifestasse desde meados dos anos 1970. A partir dos anos 1990 aumentou a importância do papel regulador do Estado, relativamente à sua presença na esfera da produção de bens e serviços.

A Lei 8.031/92 – Programa Nacional de Desestatização – representou um marco na redução da intervenção direta do Estado brasileiro na economia. A primeira fase de transformação de seu papel na economia foi marcada somente pela privatização de empresas públicas, atuantes em mercados que não requerem o estabelecimento de um marco regulatório específico, como siderurgia, petroquímica e fertilizantes.

O Plano Diretor da Reforma do Estado, em 1995, deu início ao processo que resultou na construção de um Estado com maior papel regulador e promoveu relativa redução do Estado interventor no domínio econômico.

O seguinte trecho do referido plano é ilustrativo:

O grande desafio histórico que o País se dispõe a enfrentar é o de articular um novo modelo de desenvolvimento que possa trazer para o conjunto da sociedade brasileira a perspectiva de um futuro melhor. Um dos aspectos centrais desse esforço é o fortalecimento do Estado para que sejam eficazes suas ações reguladoras, no quadro de uma economia de mercado, bem como os serviços básicos que presta e as políticas de cunho social que precisam implementar (BRASIL, 1995, p. 5).

Esse movimento foi acompanhado pela privatização, como ocorreu no setor de telefonia e transportes ferroviários; pela privatização parcial, como em energia, ou somente a permissão para o ingresso de entes privados sem a privatização da empresa estatal, como no caso do petróleo.

Em mercados como o de transportes rodoviários e aéreos, nos quais já não se presenciava a participação direta estatal, o movimento foi no sentido de permitir o ingresso de novos competidores, introduzindo ou fortalecendo a concorrência.

Já existiam no Brasil entidades governamentais dotadas de poder regulatório, como o Banco Central (Bacen), a Superintendência de Seguros Privados (Susép) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). No entanto, esses órgãos não detinham as características que marcam as agências reguladoras criadas no Brasil na segunda metade dos anos noventa.

Falhas de mercado, monopólio natural e agências reguladoras

Os mercados de infraestrutura são frequentemente regulados. Isso porque há falhas de mercado que podem ser atenuadas pelas agências reguladoras.

Há quatro fontes de falhas de mercado: poder de mercado, informação assimétrica, externalidades e bens públicos. Os próximos parágrafos detalham cada uma dessas falhas, com ênfase à primeira, que constitui a mais importante para a infraestrutura.

No tocante ao poder de mercado, ressalte-se que uma das condições necessárias para que o funcionamento dos mercados produza uma alocação eficiente de recursos é a de que os produtores sejam tomadores e não

formadores de preços. Se as empresas têm poder de influenciar os preços, deixa-se de obter os resultados de eficiência de um mercado competitivo.

o O poder de mercado possibilita às empresas a capacidade de se envolverem em um comportamento anticoncorrencial, seja uma conduta unilateral como a recusa de negociação, seja uma conduta coordenada com outras empresas, como um cartel.

As economias modernas são caracterizadas por tais imperfeições de mercado. Na infraestrutura, o caso mais relevante é o monopólio natural. Tal estrutura de mercado ocorre quando o processo produtivo inibe a presença de mais de uma empresa. Tal fenômeno está associado a elevadas economias de escala e escopo que fazem com que a forma mais eficiente de produção, isto é, com o menor custo unitário, seja a de um monopólio. Serviços de redes de água e esgoto e os segmentos de transmissão e distribuição na cadeia de energia elétrica são exemplos disso.

Em casos dessa natureza, a configuração mais eficiente é com apenas um produtor, que exige um regulador que estabeleça regras de preço e condições de entrada para evitar o abuso do poder econômico.

Entretanto, é muito frequente a situação na qual o funcionamento do mercado gera concentração da atividade econômica em um ou poucos agentes que, assim, acabam adquirindo poder de influenciar os preços. Em diferentes regimes de concorrência imperfeita, tal poder existe, mas não é absoluto. Isto é, persiste algum grau de rivalidade e, em alguns casos, o equilíbrio se aproxima ao de mercado competitivo.

A regulação é necessária no caso do monopólio, quando há apenas uma empresa no mercado e especialmente no monopólio natural, no qual a situação mais eficiente é a existência de apenas uma empresa. Esse caso interessa mais diretamente, pois constitui um contexto frequente em determinadas redes de infraestrutura, conforme ilustrado em vários capítulos deste livro.

Nessa circunstância, conforme discutido no capítulo 3, a defesa da concorrência é insuficiente, por si mesma, como política pública, pois é necessário suprir a lacuna do mercado e não meramente proteger seus mecanismos, como ocorre nos vários regimes de concorrência imperfeita.

o No tocante à informação assimétrica, na medida em que alguns agentes tenham mais informações do que outros, ou que os conjuntos de informações

de diferentes agentes sejam diferentes entre si (assimetria de informações), o comportamento estratégico conduz a resultados inferiores ao ótimo. Nesses casos, existe quase sempre espaço para que uma intervenção regulatória, embora não seja peculiar à área de infraestrutura.

• No tangente às externalidades, ocorrem situações de externalidade negativa (positiva) quando um custo social (benefício social), gerado pelo processo produtivo, não é devidamente internalizado pelo produtor. Nesse caso, algumas medidas governamentais, como impostos, subsídios ou, por exemplo, o estímulo à formação de mercados de direitos de poluir, podem internalizar, pelo menos parcialmente, as externalidades.

A construção da infraestrutura causa frequentemente impactos relevantes que são objeto de licenciamento ambiental que exige grande planejamento por parte das empresas.

Finalmente, os bens públicos são definidos como bens ou serviços que apresentam dois atributos. Primeiro: eles são bens não rivais, isto é, seu custo marginal de suprimento para um consumidor adicional é igual a zero. Segundo: eles são não exclusivos, isto é, a natureza do bem ou serviço não permite excluir uma parcela expressiva de consumidores.

Na teoria econômica, não há quem discorde da existência das falhas de mercado. O que envolvia certo debate, porém, era como contornar tais falhas. Coase (1960) sugere que as falhas de mercado podem ser resolvidas por meio de contratos que definam muito bem os direitos de propriedade. Nesse caso, por meio de contratos garantidos pelas cortes, a regulação não seria necessária.

No entanto, contrariamente a essa previsão, o que se vê cada vez mais nos países desenvolvidos é uma ampla regulamentação governamental dos próprios contratos. De acordo com Shleifer (2010), apesar da existência dos contratos entre as partes, garantidos pelas cortes, os tribunais, em geral, são caros, imprevisíveis e sujeitos a diferentes tipos de vieses. Dada essa característica, os agentes buscam alternativas à resolução de disputas fora dos tribunais. A regulação constitui, assim, uma forma frequente de solução.

A regulação tem algumas vantagens em relação às soluções jurídicas por meio de contratos. Procedimentos bem definidos tendem a homogeneizar os requisitos para uma conduta apropriada tanto por funcionários.

quanto por empresas. Essa homogeneização é muitas vezes excessivamente rígida, mas reduz os custos de execução, porque os itens que precisam ser verificados são padronizados. Isso ocorre na fiscalização de segurança do trabalho, por exemplo.

A alta frequência de litígios e mediação e a necessidade de emissão de regulamentos, portanto, colocam a regulação como resposta mais eficiente comparada aos tribunais. Uma análise caso a caso tornaria o processo ineficiente e demorado.

Ao contrário dos juízes gerais, os reguladores também tendem a ser especialistas. Landis (1938) destaca que a especialização dos reguladores é o argumento de eficiência central a seu favor, particularmente nas áreas como finanças e serviços de energia, por exemplo, nos quais as questões sob análise são extremamente complexas.

Não se trata, por óbvio, de substituir a esfera judicial, mas sim oferecer mecanismo complementar que atenuar as falhas de mercado, características de segmentos importantes das economias modernas.

Assim, a principal função de uma agência reguladora é corrigir possíveis falhas de mercado, de modo a tornar o mercado mais eficiente. Antes de sua criação, porém, é necessária uma avaliação criteriosa de sua real necessidade, uma vez que a regulação pode gerar uma falha de Estado maior do que a de mercado.

As agências reguladoras são importantes em segmentos caracterizados pelos chamados monopólios naturais mencionados antes. Naturalmente, há circunstâncias específicas para que isso ocorra. Quando o monopólio é monoprodutor, a ocorrência de elevadas economias de escala em todo domínio da função de produção é condição necessária e suficiente para que haja monopólio natural.

Note-se que a cada configuração tecnológica corresponde uma estrutura de custo da empresa. No monopólio natural, a função custo de uma empresa qualquer tende a ser subaditiva, isto é, o custo de produzir uma quantidade q^* é inferior a qualquer combinação de produções de outras k empresas,

$$CMN(q) < C(q_1) + C(q_2) + \dots + C(q_k)$$

Onde:

$$q^* = q_i, i = 1, 2, \dots, k$$

Em caso de um monopólio multiproduto, tal condição não se verifica. É preciso que haja economias de escala e escopo suficientes para que ocorra o monopólio natural.

O monopólio natural exige, certamente a presença do regulador, pois o mecanismo de mercado não assegura, por si só, uma solução satisfatória. Haveria uma concentração excessiva de poder de mercado nas mãos do monopolista natural, com a necessidade de um regulador. Por sua vez, a igualdade entre preço e custo marginal que corresponderia ao equilíbrio em um mercado competitivo levaria a um preço inferior ao custo médio, gerando prejuízo. A produção do bem ou serviço exige um critério de otimização específico para a fixação das tarifas dos serviços.

A regulação econômica é abrangente. Não seria exagero afirmar que praticamente todos os mercados são submetidos a alguma forma de regulação. No entanto, a preocupação no momento é com aqueles mercados que estão sob regime de monopólio natural, ainda que seja temporário.

Uma agência reguladora parece cabível quando se observam as seguintes características:

- Custos irrecuperáveis elevados e circunstâncias propícias ao comportamento oportunista.
- Necessidade de monitoramento permanente do mercado.
- Demanda por conhecimento altamente especializado.
- Emissão sistemática de regulamentos.
- Resolução frequente de litígios.

Mas qual deve ser o formato institucional do órgão regulador? Esse é o tema da próxima seção.

Formato e o papel das agências reguladoras

Não há uma resposta única à questão de qual é a arquitetura institucional ideal das agências reguladoras. As formas institucionais variam muito de acordo com o país, com o setor e com o período. É possível, contudo, cha

mar atenção para aspectos que são considerados importantes na literatura para diminuir o risco regulatório e, conseqüentemente, estimular o investimento: independência, transparência, agilidade e excelência técnica.

As agências reguladoras disciplinam o comportamento dos agentes econômicos em um primeiro momento por meio da edição de normas gerais (regulação) e, em um segundo, pela aplicação dessas normas a casos concretos, nos quais é julgada a conduta de uma empresa ou de um grupo determinado de agentes econômicos.

É por essa razão que se costuma dizer que as agências reguladoras exercem uma função normativa e quase judiciária, o que leva às críticas daqueles que acreditam serem essas prerrogativas exclusivas, respectivamente, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Parece, contudo, superada a fase em que se discutia no Brasil a legalidade das agências reguladoras. As agências reguladoras são uma realidade da administração pública brasileira, como de resto ocorre em vários países ao redor do mundo, e, no Brasil, regulam os mercados de telecomunicações, energia, petróleo e gás e transportes, entre outros.

O Quadro 2.1 ilustra em ordem cronológica as agências reguladoras independentes, criadas no Brasil, na segunda metade da década de 1990 e os diplomas legais que as instituíram. As agências reguladoras seguiram a forma jurídica de autarquia em regime especial, vinculadas, mas não subordinadas a um respectivo Ministério.

Quadro 2.1 Agências reguladoras brasileiras

Agência	Lei	Data	Ministério ao qual a Agência é vinculada
ANEEL	9.427	26/12/1996	Minas e Energia
ANATEL	9.472	16/07/1997	Comunicações
ANP	9.478	16/08/1997	Minas e Energia
ANVISA	9.782	26/01/1999	Saúde
ANS	9.961	28/01/2000	Saúde
ANA	9.984	17/07/2000	Meio Ambiente
ANTT	10.233	05/06/2001	Transportes
ANTAQ	10.233	05/06/2001	Transportes

Fonte: Elaboração própria.

O primeiro diploma legal brasileiro a prever a figura da autarquia foi o Decreto-lei 6.016, de 22 de novembro de 1943. No entanto, a Caixa Econômica Federal, criada em 1861, é considerada, por muitos, a primeira autarquia instituída no Brasil.

A criação das agências reguladoras como autarquias em regime especial foi importante para assegurar sua autonomia administrativa e financeira e a ausência de subordinação a um dado ministério – apenas sua vinculação administrativa. Isso em princípio contribui para sua independência política e decisória, tão importante para a adoção de decisões técnicas, como frequentemente ocorre com os ministérios e os órgãos subordinados, conferindo às agências reguladoras o *status* de órgão de Estado em contraste com os órgãos de governo.

Resta, portanto, entender quais as características citadas que uma agência reguladora precisa ter para neutralizar de forma satisfatória as falhas de mercado na infraestrutura.

Características de uma boa agência reguladora

Embora economias mais desenvolvidas façam cada vez mais uso da regulação, diversas críticas colocam em xeque a eficiência desse mecanismo como fator de correção das falhas de mercado.

Stigler (1971) argumenta que indústrias ou outros grupos de interesse se organizam e capturam os reguladores para aumentar os preços, restringir a entrada ou, de outro modo, beneficiar os *players* de um setor. Os reguladores podem prosseguir com uma agenda altamente política e criar regulamentos que promovam os objetivos do governo ou criem um ambiente propício para a corrupção. Tais distorções tornam os problemas ainda maiores do que as falhas de mercados em si.

O desafio consiste em propor uma arquitetura institucional que minimize a chance de excesso de regulação, cooptação do regulador pelo setor privado ou perseguição de uma agenda meramente de poder burocrático por parte das agências reguladoras.

Conforme mencionado antes, as quatro principais características de uma boa agência reguladora são: agilidade, independência, excelência técnica e

transparência. O desenho ideal de uma entidade reguladora deve conter esses quatro elementos, discutidos brevemente nos próximos parágrafos.

Primeiro, a nova entidade deve ser independente tanto em relação às pressões de caráter político-partidário quanto aos interesses privados específicos.

Do ponto de vista da independência política, exige-se uma mudança da cultura de centralização administrativa que ainda prevalece no Brasil. Para ser independente, é necessário assegurar autonomia financeira e gerencial da administração central, sem as quais não há independência.

A independência permite isolar as instâncias de decisão técnica das pressões políticas de toda ordem. Suavizam-se, dessa forma, as mudanças súbitas na regulação dos mercados ao sabor das conjunturas político-eleitorais.

Oscilações frequentes nessa área, em razão da natural alternância no poder em um regime democrático, aumentam a incerteza, resultando em maior custo de capital. No cálculo da taxa de risco de um projeto, o risco regulatório constitui componente importante. A instabilidade de regras aumenta tal risco e diminui a rentabilidade esperada do investimento e, conseqüentemente, o crescimento econômico.

Ressalte-se que a independência dos reguladores não impede a implantação de políticas setoriais por parte dos governos eleitos. Além disso, o Executivo continua tendo um papel essencial na escolha dos titulares das agências. Porém, quando essa prerrogativa é exercida de forma desconcentrada no tempo e mediante critérios técnicos de recrutamento, obtém-se maior estabilidade da regulação. Daí a vantagem de mandatos fixos dos dirigentes de agências, não coincidentes com os dos titulares máximos dos Executivos federal, estadual e municipal, conforme o caso.

Além da independência política, é fundamental insular as agências de influência de interesses específicos dos setores empresariais que direta ou indiretamente sejam afetados pela regulação. Por esse motivo, os regimes de quarentena prévio e posterior aos mandatos são úteis.

Destaque-se que a independência desejável não é aquela que permite a edição de um vasto conjunto de normas, além daquilo que está previsto na legislação. Ao contrário, tal propensão a legislar, em vez de regular nos termos da lei, causa insegurança ao investidor e inibe as inversões produtivas.

Assim, é imprescindível que uma boa agência reguladora tenha definição precisa de sua jurisdição e limite-se a ela. Além disso, deve haver coordenação com as diferentes agências, forte conhecimento técnico dos funcionários e independência, tanto com relação à administração central quanto ao interesse privado.

Segundo: a atuação da agência deve ser pautada pela máxima transparência. Mecanismos como os de consulta e audiência pública e publicidade dos recursos disponíveis em sítios eletrônicos têm se mostrado úteis no mundo e no Brasil. É bem verdade que ainda há muito a avançar para tornar as ferramentas de busca e informação mais amigáveis de forma a efetivamente abrir as informações da agência.

As sessões públicas de julgamento reproduzem prática do Judiciário e constituem elemento importante de transparência, conforme mostra, por exemplo, a experiência histórica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Além de contribuir para a lisura e higidez dos procedimentos, a transparência permite o entendimento por parte dos regulados e da sociedade em geral de quais são os critérios de decisão. À medida que a jurisprudência das agências é conhecida, há menos imprevisibilidade e, conseqüentemente, maior segurança jurídica, o que estimula os investimentos.

Terceiro: cumpre assegurar um perfil de excelência técnica dos quadros reguladores. Sem essa característica, as decisões de âmbito administrativo carecem de legitimidade, especialmente no Judiciário. Cabe a esse poder, por seu turno, realizar esforço sistemático para se equipar, a fim de analisar questões crescentemente complexas. Ademais, para que a agência seja dotada de excelência técnica, é muito importante a integração com universidades e institutos de pesquisa e centros de conhecimento em geral.

As questões de setores regulados como telecomunicações e energia elétrica requerem conhecimento altamente especializado. As agências reguladoras desse segmento deveriam ser capazes de dar segurança para a sociedade e esclarecer que as soluções mais robustas do ponto de vista técnico estão sendo aplicadas.

Por último, é fundamental que as decisões sejam tomadas em tempo econômico. Assim, é essencial ter agilidade na resolução dos casos. Como

argumenta Shleifer (2010), a regulação surge como resposta para procedimentos similares, com alto número de litígios e recorrentes. A falta de agilidade de uma agência reguladora em um processo moroso, retira a vantagem competitiva da regulação.

Ainda que não exista uma agência que apresente 100% das características antes descritas, a qualidade da atuação da agência reguladora pode ser medida pelo grau de aproximação a esses ideais de independência, transparência, excelência técnica e agilidade.

Questões de revisão

1. As agências reguladoras podem ser necessárias quando:
 - a) O setor apresentar características de concorrência monopolística.
 - b) O setor tiver alíquotas de importação elevadas.
 - c) O setor apresentar características de concorrência perfeita.
 - d) As falhas de mercado resultarem em elevados custos irrecuperáveis, frequentes conflitos judiciais e necessidade de monitoramento por parte da autoridade.
 - e) Houver elevado grau de informalidade.

2. Sobre a existência de monopólios e a regulação de mercado, é incorreto afirmar:
 - a) O monopólio natural corresponde a uma situação na qual a configuração mais eficiente é com apenas um produtor.
 - b) É preciso que haja economias de escala e escopo suficientes para que ocorra o monopólio natural.
 - c) O monopólio natural exige a presença do regulador.
 - d) Uma agência reguladora parece cabível quando há custos irrecuperáveis elevados.
 - e) Quando há circunstâncias propícias ao comportamento oportunista, a regulação não é necessária.

3. Em relação ao progresso técnico, seria correto afirmar:
- a) Não afeta a regulação existente.
 - b) Altera as estruturas de mercado, obrigando com frequência uma revisão do marco regulatório.
 - c) Altera a produtividade do capital, mas não a do trabalho.
 - d) Altera a produtividade do trabalho, mas não a do capital.
 - e) Tende a ocorrer de forma mais lenta do que a modernização da regulação.

Questões para discussão

Discuta as seguintes afirmações:

1. A falta de independência das agências reguladoras pode afetar o crescimento da economia.
2. O poder de mercado é a principal falha de mercado no setor de infraestrutura.
3. Os reguladores podem ser competentes no monitoramento dos próprios mercados. Mas quem regula os reguladores?

Referências

ASSESSING REGULATORY GOVERNANCE AND PATTERNS OF REGULATORY REFORM IN BRAZIL, I Paper dell'Osservatorio, n. 4, 2013. As of 3 March 2017: www.osservatorioair.it/wpcontent/uploads/2013/10/OsservAIR_QueirozCunha-Rodrigo_RegulatoryGovernanceBrazil_P4-2013.pdf

AZUMENDI, S. *Boards of infrastructure regulators: The case of Brazilian Federal Regulatory Agency*. Network Industries Quarterly, 2016: <https://mir.epfl.ch/files/content/sites/mir/files/Newsletter/Vol%2018,%20No%201,%202016/Boards%20of%20infrastructure%20regulators%20-%20the%20case%20of%20Brazilian%20federal%20regulatory%20agency.pdf>

CALDERON, C.; SERVEN, L. 'Infrastructure in Latin America', Policy Research Working Paper 5317, World Bank, 2010. As of 3 March 2017:

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/3801/WPS5317.pdf>

CNI. *Qualidade regulatória: como o Brasil pode fazer melhor*, Mapa Estratégico da Indústria 2013-2022, 2014.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 1960.

CUNHA, B-Q, A, Gomide A., KARAM, RAS, 2017. *Governança e capacidade regulatória: notas de pesquisa*. Boletim de Análise Político-Institucional. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

GARMAISE, M. J.; NATIVIDAD, G. *Information, the cost of credit, and operational efficiency: an empirical study of microfinance*. The Review of Financial Studies, 2010.

GIAMBIAGI, F; ALÉM, A. C. *Finanças públicas: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2ª edição, 2000.

JUSTEN FILHO, M. *O direito das agências reguladoras independentes*. Rio de Janeiro: Dialética, 2002.

LANDIS, J. M. *The Administrative Process*. Westport, 1938.

MUELLER, B. *Institutions for commitment in the brazilian regulatory system*. Artigo apresentado no Segundo Encontro do Grupo de Política Econômica -Lacea, Cartagena, Colômbia, abril 6-8, 2000.

OCDE, OECD Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing, Paris, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 15 fev., 2018.

OLIVEIRA, G. *Desenho regulatório e competitividade: efeitos sobre os setores de infraestrutura*. Fundação Getulio Vargas, NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações. Série Relatórios de Pesquisa, 2005.

OLIVEIRA, G.; FUJIWARA, T.; MACHADO, E. L. *A experiência brasileira com agências reguladoras*. Marcos Regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer, 2005.

SHLEIFER, A. *Efficient regulation*. National Bureau of Economic Research, 2010.

STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971.

EQUIPE EDITORIAL

Editora responsável | Helena Trevisan
Coordenadora editorial | Juliana Quintino de Oliveira
Projeto gráfico e diagramação | Alfredo Carracedo Castillo
Capa | Lucas Kato
Revisora | Marcia R. Nunes

PRODUÇÃO

Trevisan Editora
Av. Padre Antônio José dos Santos, 1530 – Brooklin
04563-004 – São Paulo, SP
tel. (11) 3138-5282
editora@trevisaneditora.com.br
www.trevisaneditora.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Desafios da infraestrutura no Brasil / Gesner
Oliveira organizador e autor. -- São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

Vários autores.
ISBN 978-85-9545-040-0

1. Análise estrutural (Engenharia) 2. Infraestrutura
3. Infraestrutura - Administração 4. Infraestrutura - Brasil
5. Infraestrutura (Economia) I. Oliveira, Gesner.

18-20548

CDD-620.0042

Índices para catálogo sistemático:

1. Engenharia: Projetos: Tecnologia 620.0042
Iolanda Rodrigues Biode - Bibliotecária - CRB-8/10014

A Trevisan Editora agradece o envio de correções e comentários de seus livros, inclusive de erros tipográficos, de formatação ou outros. Por gentileza, faça uma cópia da página que contém o erro e envie por e-mail para editora@trevisaneditora.com.br.

Os livros da Trevisan Editora estão disponíveis com descontos para quantidades especiais destinadas a promoções de venda e prêmios ou para uso em programas de treinamento corporativo, além de outros programas educacionais. Para mais informações, entre em contato conosco.

Direitos reservados desta edição à Trevisan Editora
Av. Padre Antônio José dos Santos, 1530 – Brooklin
04563-004 – São Paulo, SP
tel. (11) 3138-5282
editora@trevisaneditora.com.br
www.trevisaneditora.com.br

© Trevisan Editora, 2018



Capítulo 4

O financiamento do investimento na infraestrutura: parcerias e concessões

Gesner Oliveira

O objetivo deste capítulo é discutir as diferentes modalidades de financiamento privado para a infraestrutura por meio de parcerias e concessões. São discutidos os aspectos gerais das PPPs e as diversas modalidades das parcerias com diferentes graus de participação do setor privado.

Aspectos gerais das parcerias público-privadas¹

A taxa de investimento de um país é a variável chave para o crescimento e ganho de competitividade. Sem investimento adequado, a economia não cresce de forma sustentável. E certamente não na intensidade necessária para o Brasil aproveitar a janela de oportunidade oferecida neste primeiro quartel do século XXI.

A infraestrutura é um dos principais entraves ao crescimento brasileiro e ao mesmo tempo a grande janela de oportunidade para a expansão conforme sugerido no capítulo 1. Dada a restrição fiscal do setor público, é essencial aumentar a participação do setor privado.

A participação do setor privado no investimento pode ocorrer de diversas formas. As parcerias com o setor público têm se revelado uma maneira eficaz para realizar empreendimentos no setor de infraestrutura. Historicamente isso ocorreu de várias formas e respondeu a ciclos de participação do capital privado no investimento em infraestrutura.

Segundo Guia das PPPs, uma parceria público-privada pode ser definida como “um contrato de longo prazo entre um parceiro privado e uma entidade governamental para fornecer um ativo ou serviço público, no qual o parceiro privado assume parcela significativa do risco e da res-

¹ Esta subseção está fundamentada em artigo em coautoria com Fernando Marcato e Pedro Scazufca contido em Oliveira e Oliveira (2013).

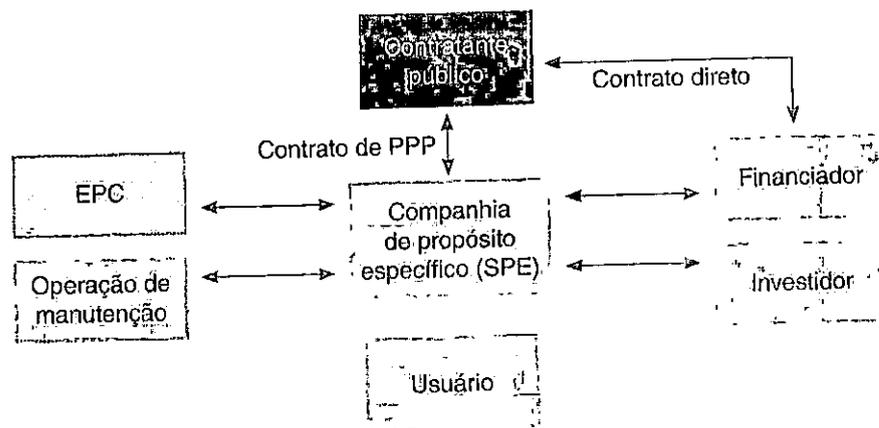
ponsabilidade pela operação, uma vez que a remuneração está associada ao desempenho”.

Na legislação brasileira, a PPP é definida como contratos de longo prazo, com duração entre cinco e 35 anos entre um governo e uma companhia ou consórcio privado que normalmente se incumbem de construir, financiar, operar e manter infraestrutura com um valor não inferior a R\$ 20 milhões. O parceiro privado em geral assume o formato de uma sociedade de propósito específico que fica responsável pelo ciclo de vida do projeto.

A estrutura básica de um contrato de PPP está descrita no Quadro 4.1.

Quadro 4.1 Formato usual de uma Parceria Público-Privada (PPP)

Estrutura típica de um projeto PPP



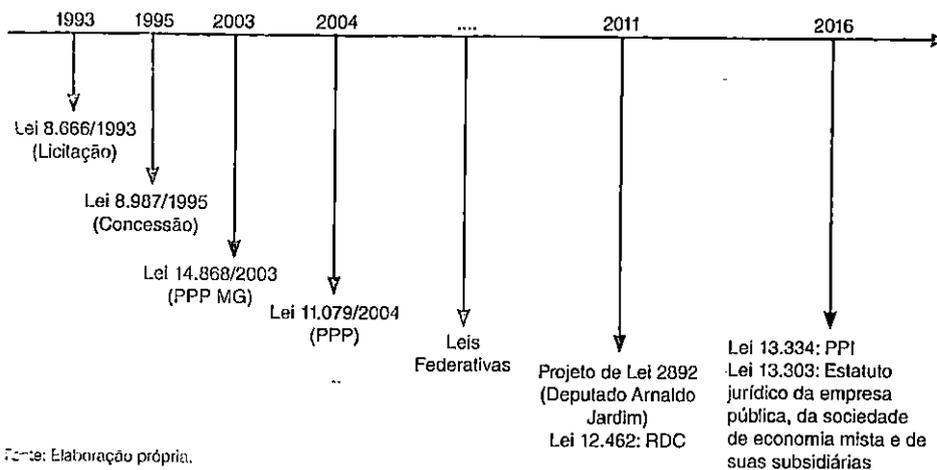
Fonte: PPP Guide

Como indica a linha do tempo do Quadro 4.2, a seguir, no período recente, esse fenômeno ocorreu por meio das concessões à iniciativa privada, que ganharam força a partir dos anos noventa, tendo em vista o processo de privatização de empresas estatais em diversos setores.

Foram privatizadas empresas estaduais de energia e gás (Lei 9.478/97), privatizou-se o sistema Telebrás, foram criados o marco legal geral para concessões (Lei 8.987/95) e as leis específicas, reorganizando diversos setores, entre eles, o de energia (Lei 9.427/96), de telecomunicações (Lei

9.472/97) e o de petróleo e gás (Lei 9.478/97). Na esteira de tais privatizações, criaram-se agências reguladoras responsáveis por fiscalizar e regular os contratos de concessão, conforme discutido no capítulo 2.

Quadro 4.2 Linha do tempo das parcerias e concessões no Brasil



Fonte: Elaboração própria.

As parcerias público-privadas *strictu sensu* (PPPs) entraram em cena a partir dos anos 2000, inicialmente com a edição das leis estaduais mineira (14.868/03) e paulista de PPPs (11.688/04) e, posteriormente, com a Lei Federal 11.079/04 (Lei de PPPs).²

Tais normativos permitiram a concessão a empresas privadas de financiamento, construção e operação de infraestrutura, que não podem ser financiadas exclusivamente com tarifas cobradas dos usuários, mas sim dependem de recursos fiscais.³ Em dezembro de 2012, foi editada a Medida Provisória 575, posteriormente convertida em Lei 12.766/12, que trouxe aperfeiçoamentos à Lei de PPPs.

² Conforme destacado na Introdução deste livro, o termo Parceria Público-Privada está sendo usado de forma geral, incluindo as concessões comuns previstas na Lei 8.987/95 e outras modalidades.

A Lei de PPPs se insere no movimento iniciado no Reino Unido na década de 1990.

Três motivos justificam a necessidade de fortalecimento de parcerias e concessões no Brasil.

Primeiro: a urgência em aumentar o montante de investimentos em infraestrutura de 2% para algo no intervalo de 3-5% do PIB.

Segundo: conforme assinalado antes, o Governo conta com absoluta restrição fiscal. Não seria realista imaginar que o setor público pudesse, por si só, aumentar em três ou quatro vezes a participação de seus investimentos em infraestrutura do PIB. Um salto de investimento público dessa magnitude seria inviável por conta da já mencionada baixa capacidade de poupança do setor público e das restrições fiscais para elevação do gasto público, sem contar a dificuldade de elaboração, gerenciamento e execução de projetos.

Terceiro: para além da restrição orçamentária, ao se comparar PPPs e concessões com a execução dos investimentos diretamente pelo setor público, observam-se as seguintes cinco vantagens:⁴

- a) estabelecimento de sistema de metas e de incentivos para seu cumprimento que possibilitam a melhoria da prestação dos serviços;
- b) maior transparência na prestação de serviços públicos;
- c) inovação tecnológica e gestão trazidas pelo agente privado;
- d) incentivos para que os parceiros privados maximizem a qualidade e a eficiência do investimento;
- e) alocação ótima dos riscos entre os parceiros público e privado.

As vantagens apontadas antes devem ser avaliadas de forma criteriosa de forma a estimar o "valor do dinheiro" empregado no projeto.⁵ Isso consiste em implementar uma análise de custo e benefício para os usuários do projeto de infraestrutura e para a sociedade como um todo.

⁴ Esses pontos estão destacados em Fernández (2006).

⁵ A expressão "valor do dinheiro" é uma tradução literal da expressão usual em inglês de "value for money".

Tal
o proj
-priva
de coi

Se
do en
desde
stricti

En
cidade
e mur

Qu
PPPs,
que es

Na
a tota
e não
grand
que, c
do a s

É s
em pi
tradit
a mec
se não
uma t

No
financ
da op
trapre
e terá
bem i

No
presa.

Tal análise deve levar em conta a segunda alternativa para empreender o projeto em questão e calcular custos e benefícios com a parceria público-privada. Trata-se do projeto comparável, realizável na forma convencional de contratação do setor público.

Se o modelo de concessão comum já está relativamente bem difundido em alguns setores, como energia elétrica, rodovias e telecomunicações, desde a década de 1990 e início dos anos 2000, o desenvolvimento de PPPs *strictu sensu* ocorreu mais recentemente.

Entretanto, um problema detectado no modelo de PPP é a falta de capacidade de oferecer garantias adequadas de pagamento por parte de estados e municípios.

Quando se iniciou a discussão específica das leis estaduais e federal de PPPs, uma das principais condições levantadas pelo setor privado para que esse modelo de contratação se viabilizasse foi a garantia de pagamento.

Nas PPPs (concessões administrativas e patrocinadas), uma parte, ou a totalidade da remuneração do parceiro privado, advém do Governo – e não de tarifas cobradas diretamente dos usuários. Dessa forma, havia grande preocupação com o risco de inadimplência do poder concedente que, caso não pagasse a contraprestação devida, obrigaria o parceiro privado a acionar a Justiça e a se submeter ao regime de precatórios.

É sabido que esse risco era assumido por empresas privadas envolvidas em projetos governamentais de infraestrutura. Porém, nas contratações tradicionais, a remuneração da empresa privada sempre foi paga mediante a medição da conclusão de etapas das obras e serviços realizados. Assim, se não houvesse pagamento, o parceiro privado estaria exposto ao risco de uma única medição e não de todo o projeto.

No caso das PPPs, o parceiro privado é responsável pela construção e financiamento do projeto e recebe sua remuneração, via de regra, ao longo da operação da infraestrutura. Assim, caso o Governo não pague a contraprestação, o parceiro privado já terá realizado todos os investimentos e terá que honrar os financiamentos já assumidos, o que representa risco bem mais elevado.

No intuito de mitigar o risco de crédito, foram criados fundos ou empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas, cujo objetivo

principal é garantir as obrigações de pagamento assumidas pelos Poderes Concedentes. Esses fundos e empresas não se submetem ao regime de precatórios.

Os fundos garantidores também servem para melhorar, de maneira geral, o *rating* do projeto, ainda que o Poder Concedente seja uma entidade não sujeita ao regime de precatórios (como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista).

Como exemplo, é possível citar PPPs organizadas por empresas estatais de metrô ou de saneamento, que tenham capacidade reduzida de prestar garantias de pagamento aos parceiros privados.

Ocorre que alguns estados e muitos municípios não dispõem de ativos suficientemente líquidos para integralizar o capital de fundo ou empresa municipal ou estadual que visa garantir parcerias público-privadas.

Nesses casos, uma garantia líquida que poderia ser oferecida por estados e municípios seria a vinculação de receitas tributárias próprias ou dos recursos dos Fundos de Participação Estadual ou Municipal, conforme o caso.

No primeiro caso, porém, o inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal⁶ veda a vinculação de receita de impostos a órgãos ou fundos. A única exceção admitida está prevista no parágrafo 4º do próprio artigo 167, que autoriza a vinculação *de receitas próprias geradas pelos impostos para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.*⁷

Assim, não é possível, por exemplo, que estados e municípios ofereçam, em garantia aos parceiros privados, as suas receitas tributárias futuras.

No que diz respeito à vinculação dos recursos dos Fundos de Participação de Estados e Municípios, não há vedação de oferecê-los em garantia

⁶ IV. a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

⁷ § 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.

aos par
não est.
aceito e
presas p

A vir
de tarif
taxa de
neste se
garantia
nicipios
permitia
uma gar.

Diferen públic

As form
discutid

Quadro 4.:

Quem ger
Manutenc
Manutenc
Construçã
Operaçõe
Manutenc
Relaçõe
Constituiç

Fonte: Elaboração

As dife
crescente
Quadro 4

aos parceiros privados em projetos de PPP. Esse entendimento, porém, não está pacificado, e determinados bancos públicos e privados não têm aceito esses recursos como garantia de financiamentos tomados por empresas privadas participantes de projetos de PPP.

A viabilização de parcerias em determinados setores depende da criação de tarifas específicas. Foi o caso da iluminação pública, cuja criação de taxa de iluminação permitiu a estruturação de várias PPPs municipais neste segmento. Conforme enfatizado no capítulo 10, a estruturação de garantias no segmento de resíduos sólidos requer a aprovação pelos municípios de taxas de serviço de coleta e disposição final dos resíduos. Isso permitiria criar um fluxo adequado de recebíveis que poderiam compor uma garantia para contratos de longo prazo de parceria.

Diferentes modalidades de parcerias público-privadas

As formas de parcerias são variadas, conforme indicado no Quadro 4.3 e discutido mais adiante em detalhe no capítulo 6, de Fernando Marcato.

Quadro 4.3 Participação crescente do setor privado

	Financiamento direto	Lease ativos	PPP administrativa	PPP patrocinada	Concessão
Quem paga	Público	Público	Público	Público e usuário	Usuário
Financiamento	Público	Privado	Privado	Privado	Privado
Construção	Público	Privado	Privado	Privado	Privado
Operação	Público	Público	Privado	Privado	Privado
Manutenção	Público	Público	Privado	Privado	Privado
Relação com o usuário	Público	Público	Público	Privado	Privado

Fonte: Elaboração própria.

As diferentes modalidades estão organizadas de acordo com o grau crescente de participação do parceiro privado. Na primeira coluna do Quadro 4.3, é apresentada a provisão direta de serviços pelo setor público

que se incumbe do financiamento, construção, operação e relacionamento direto com o usuário da infraestrutura.

Na locação de ativos da segunda coluna do Quadro 4.3, o parceiro privado fica responsável pela construção e financiamento. O passo adicional para as terceira e quarta colunas do Quadro 4.3, relativas, respectivamente, às concessões administrativa e patrocinada, é a operação. Esse é o ponto em relação ao qual tem havido maior resistência das corporações em transferir para o setor privado. A objeção à participação do parceiro privado tem sido menor quando se trata de manutenção da infraestrutura.

Na última coluna do Quadro 4.3, de concessão ou subconcessão, o privado tem maior participação e o serviço pode ser bancado pelos usuários sem necessidade de transferência de recursos fiscais. Em fases de restrição fiscal, é a modalidade à qual se recorre com mais frequência. Porém, sua viabilidade depende da capacidade e disposição de pagamento dos usuários, bem como da existência de mecanismos de estabelecidos de cobrança de taxas de serviço, conforme mencionado antes.

Questões de revisão

1. Sobre as PPPs, é possível afirmar:
 - a) O parceiro privado tem incentivo para postergar a fase de construção.
 - b) O parceiro público tem o incentivo para adiar o pagamento.
 - c) Pagamentos atrelados a metas e resultados não contribuem para uma estrutura adequada de incentivos.
 - d) A alocação de risco é feita de forma a concentrar o risco no agente público.
 - e) A alocação de risco é feita de forma a alocar o risco para o parceiro mais capacitado a enfrentá-lo.

2. Sobre a expressão *value for money* de uma PPP:
 - a) Apenas alguns modelos de parceria permitem o cálculo do *value for money*.
 - b) Significa avaliar custos e benefícios associados a um projeto de PPP, comparando-o ao método tradicional de contratação do setor público.
 - c) Trata-se de uma análise quantitativa e não qualitativa dos custos e benefícios de uma PPP.
 - d) Teste a ser realizado no final de projetos específicos de PPP.
 - e) Nenhuma das anteriores.

3. Em relação às modalidades de parcerias público-privadas, é possível afirmar que:
 - a) A diferença entre a locação de ativos e a subconcessão reside na forma de estruturação das garantias;
 - b) O grau de participação do setor privado é maior na locação de ativos do que na concessão;
 - c) Na concessão administrativa o parceiro privado é responsável pelo financiamento, construção e operação;
 - d) Na concessão o financiamento é responsabilidade do parceiro público;
 - e) Nenhuma das anteriores.

Questões para discussão

1. Parceria público-privada não é panaceia. Não substitui o ajuste fiscal para recuperar o investimento em infraestrutura. Discutir.
2. Explore pelo menos três vantagens do uso de concessões e PPPs se comparado à realização do investimento diretamente pelo setor público.
3. Para o setor privado, é evidente o alto risco assumido por empresas envolvidas em projetos governamentais de infraestrutura. Cite medidas de mitigação de risco e explique por que elas não garantem totalmente as receitas para as empresas envolvidas.

Referências

BANCO BRADESCO. 'Transporte ferroviário', 2016. As of 3 march 2017: www.economiaemdia.com.br/EconomiaEmDia/pdf/infset_transporte_ferrovuario.pdf

CAMACHO, F. 'Custo de Capital de Indústrias Reguladas no Brasil', *Revista do BNDES*. 11(2): 139-164, 2004. As of 3 march 2017:

www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2104.pdf

DE PAULA, G. M.; AVELLAR, A. P. 'Reforms and infrastructure regulation in Brazil: The experience of ANTT and ANTAQ'; *The Quarterly Review of Economics and Finance*. v. 48, Issue 2, p. 237-251, may 2008.

IDB. 'An overview of the Brazilian PPP experience from stakeholders' viewpoint', 2014. As of 3 March 2017: https://publications.iadb.org/handle/11319/6399?scope=123456789/1&thumbnail=false&order=-desc&rpp=5&sort_by=score&page=1&group_by=none&etal=0&filter_type_0=author&filter_0=Serebrisky%252C+Tom%25C3%25A1s&filter_relational_operator_0=equal

OLIVEIRA, G; OLIVEIRA, L. C. *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

PPP REFERENCE GUIDE 3.0. World Bank Group, 2017.

EQUIPE EDITORIAL

Editora responsável | Helena Trevisan
Coordenadora editorial | Juliana Quintino de Oliveira
Projeto gráfico e diagramação | Alfredo Carracedo Castillo
Capa | Lucas Kato
Revisora | Marcia R. Nunes

PRODUÇÃO

Trevisan Editora
Av. Padre Antônio José dos Santos, 1530 – Brooklin
04563-004 – São Paulo, SP
tel. (11) 3138-5282
editora@trevisaneditora.com.br
www.trevisaneditora.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil) -

Desafios da infraestrutura no Brasil / Gesner
Oliveira organizador e autor. -- São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

Vários autores.
ISBN 978-85-9545-040-0

1. Análise estrutural (Engenharia) 2. Infraestrutura
3. Infraestrutura – Administração 4. Infraestrutura – Brasil
5. Infraestrutura (Economia) I. Oliveira, Gesner.

18-20548

CDD-620.0042

Índices para catálogo sistemático:

1. Engenharia: Projetos: Tecnologia 620.0042
Iolanda Rodrigues Biode – Bibliotecária – CRB-8/I0014

A Trevisan Editora agradece o envio de correções e comentários de seus livros, inclusive de erros tipográficos, de formatação ou outros. Por gentileza, faça uma cópia da página que contém o erro e envie por e-mail para editora@trevisaneditora.com.br.

Os livros da Trevisan Editora estão disponíveis com descontos para quantidades especiais destinadas a promoções de venda e prêmios ou para uso em programas de treinamento corporativo, além de outros programas educacionais. Para mais informações, entre em contato conosco.

Direitos reservados desta edição à Trevisan Editora
Av. Padre Antônio José dos Santos, 1530 – Brooklin
04563-004 – São Paulo, SP
tel. (11) 3138-5282
editora@trevisaneditora.com.br
www.trevisaneditora.com.br

© Trevisan Editora. 2018



Capítulo 6

Modelos de contrato para infraestrutura

Fernando S. Marcato

Aspectos gerais

Para viabilizar um bom projeto de infraestrutura, é inegável a necessidade de bons projetos de engenharia e de estudos econômicos consistentes. Essa afirmação é indiscutível e frequentemente repetida por especialistas em políticas públicas, representantes do governo e pela iniciativa privada. Um terceiro elemento não pode, porém, ser esquecido: a segurança jurídica.

Projetos de infraestrutura são bons se garantirem ao governo e à iniciativa privada estabilidade de regras em sua relação. Uma empresa privada jamais participará de um projeto ou um banco jamais financiará esse projeto se não souber as regras mínimas para se relacionar com o governo. Do outro lado, o Estado não pode contratar empresas privadas se não seguir as regras estabelecidas em lei, que assegurem que o dinheiro público investido no projeto será bem utilizado e que os benefícios almejados sejam, de fato oferecidos à população quando da sua conclusão. O contrato serve, assim, para garantir o cumprimento, no caso específico, das regras legais.

Mas quais são os principais modelos contratuais para o governo contratar um projeto de infraestrutura com a iniciativa privada? Quais critérios para escolher um tipo de contrato?

O objetivo deste capítulo é responder a essas duas perguntas e apresentar um panorama geral sobre as principais formas previstas em lei para efetuar contratos de infraestrutura.

Principais modelos para contratar um projeto de infraestrutura

No Brasil, a principal lei de contratações públicas é a 8666/93, conhecida como Lei de Licitações ou Lei 8666, a qual tem dois objetivos principais. O primeiro é estabelecer as regras sobre os processos de licitação, isto é, as condições mínimas para o governo selecionar uma empresa privada para o

desenvolvimento de determinado projeto. Como exemplo, é possível citar: normas impostas para uma concorrência pública, limites para apresentação de garantias de performance (*performance bond*) e fases da licitação.

A segunda dimensão da Lei de Licitações é a definição de regras para o desenho de contratos, com foco específico para o contrato de empreitada.

a) Contrato de empreitada

O contrato de empreitada, ou contrato de obra, consiste na contratação de uma empresa para construção da obra. A contratação, porém, deve ser antecedida de um projeto básico, elaborado pelo próprio governo.

No projeto básico, o governo especifica as principais características da obra e de como ela deve ser desenvolvida, bem como fornece um orçamento de referência, com base no qual os interessados montarão a proposta de preço. Os pagamentos são feitos mediante medição. Ou seja, de acordo com a evolução física da obra. Sempre que o contratado conclui uma parcela da obra, recebe a respectiva remuneração parcial.

Não há, via de regra, necessidade de o contratado obter financiamentos para realizar a obra. O dinheiro deve estar disponível no caixa do governo para pagar a conclusão das etapas *pari passu*. Cabe ao contratado entregar o escopo definido e, após isso, encerra-se a relação entre governo e empresa privada.

O governo assume a infraestrutura construída e passa a geri-la por sua conta e risco.

b) Concessão comum

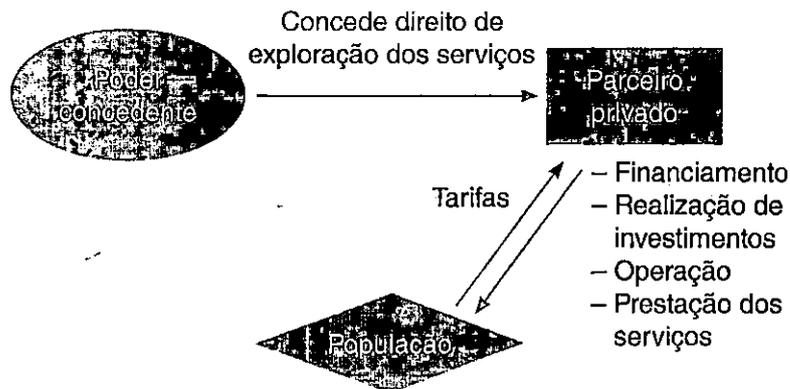
Outro tipo de contrato é o de concessão, que difere do de empreitada. O contrato de concessão comum, regulado pela Lei de Concessões ou Lei 8987/95, experimentou um relativo sucesso em determinados setores da infraestrutura brasileira, em especial porque os recursos para custeio das obras e serviços prestados pelo concessionário advinham de tarifas cobradas diretamente dos usuários ou de outros concessionários de serviços públicos, como ocorre, por exemplo, no setor elétrico.¹

¹ O setor elétrico está organizado com base em um sistema integrado de comercialização de energia e estabelece mecanismos de garantias entre os diversos concessionários/autorizados da cadeia de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Nesses arranjos foram viabilizadas concessões rodoviárias, de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, de telecomunicações e de prestação de serviços públicos de gás canalizado e exploração de poços de petróleo. Muitas dessas concessões estavam também amparadas por marcos legais setoriais.²

O Quadro 6.1 ilustra o modelo de concessão comum utilizado frequentemente em projetos de infraestrutura.

Quadro 6.1 Modelo de concessão comum para projetos de infraestrutura



Nesse modelo, o parceiro privado (concessionário) passa a gerir de forma integral os serviços concedidos, ficando responsável por realizar todos os investimentos necessários, prestar serviços de manutenção e operação e atender às demandas dos usuários.

Não há fluxo de pagamentos do poder concedente ao parceiro privado. A remuneração do parceiro privado é oriunda de tarifas cobradas da população. Conseqüentemente, a concessão comum não implica, via de regra, impacto fiscal para o poder concedente.

Um segundo modelo para concessões comuns encontrado principalmente no setor elétrico prevê que os pagamentos ao concessionário sejam feitos por outros concessionários e não diretamente pela população. Esse

² Vide, por exemplo, a Lei 9074/95 para o setor elétrico e a Lei 9478/97 para o setor de petróleo.

é o caso, por exemplo, das concessões de serviços públicos de transmissão de energia elétrica, nas quais o concessionário dos serviços é remunerado pelo responsável pela distribuição da energia, por sua vez, coberto por tarifas cobradas da população.

Em qualquer hipótese, porém, os recursos fiscais não são utilizados para remunerar o concessionário. O custeio dos serviços prestados pelo concessionário advém, direta ou indiretamente, das tarifas cobradas da população beneficiada com o serviço público prestado.

O modelo de concessão comum apresenta limitações quando o poder público deseja atrair capital e conhecimento técnico privados para projetos que dependem total ou parcialmente de recursos fiscais. As parcerias público-privadas têm como um de seus principais objetivos suprir essa lacuna.

c) Parcerias público-privadas (PPPs)

A partir de 2003, passaram a ser editadas leis estaduais e, posteriormente, a Lei Federal de PPPs ou Lei 11.079/04, que criou duas outras modalidades de concessão: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

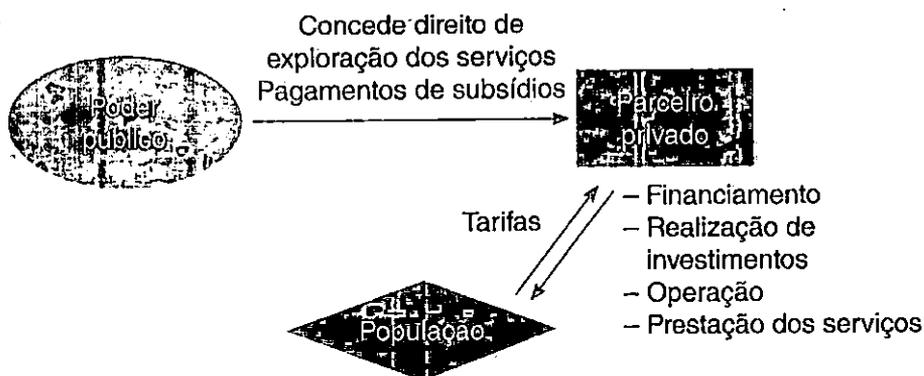
(c.1) Concessão patrocinada

A concessão patrocinada é bastante semelhante à concessão comum. Há a delegação completa da prestação de serviços públicos ao concessionário, o qual passa a figurar como responsável pela prestação dos serviços públicos, estando autorizado a cobrar tarifas diretamente da população.

A principal diferença, porém, para a concessão comum, é que o custeio dos serviços não advém exclusivamente de tarifas cobradas da população. O poder concedente também realiza pagamentos ao concessionário para complementar a remuneração pelos serviços prestados.

O Quadro 6.2 ilustra a sistemática de uma concessão patrocinada.

Quadro 6.2 Sistemática de uma concessão patrocinada



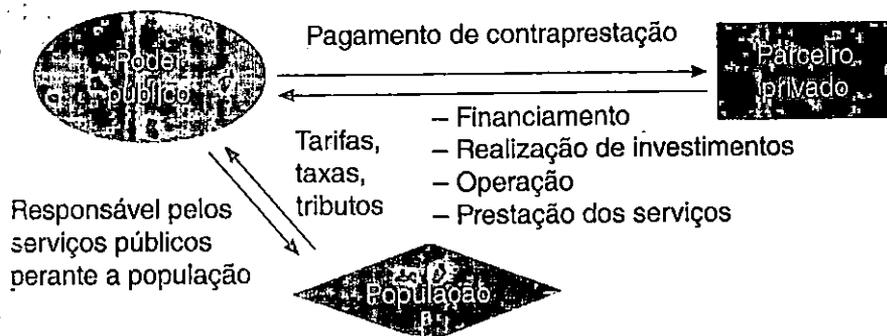
(c.2) Concessão administrativa

Na concessão administrativa, por sua vez, a remuneração do parceiro privado advém integralmente do poder público.

Em geral, o concessionário não mantém relação direta com e/ou não figura como responsável perante os beneficiários dos serviços. O órgão público permanece como responsável pela prestação dos serviços e por eventual cobrança de tarifas ou taxas da população. O parceiro privado é contratado para construir e operar determinada infraestrutura necessária à prestação dos serviços, como, por exemplo, uma estação de tratamento de água ou de esgotos. O órgão público remunera então o parceiro privado pelos serviços prestados.

Esse modelo é também utilizado para viabilizar investimentos em projetos de infraestrutura social, como presídios e escolas. No setor de presídios, o concessionário se compromete a construir a infraestrutura penitenciária

Quadro 6.3 Concessão administrativa



e mantê-la (serviços de limpeza, manutenção, entre outros.). O poder público permanece, porém, como o responsável pelos serviços penitenciários e medidas disciplinares aplicadas aos detentos.

Modelo semelhante se aplica às escolas públicas, em que a definição da linha de ensino, dos professores e da relação com os alunos fica a cargo do governo, e a construção dos equipamentos públicos, a manutenção da infraestrutura e os serviços acessórios (como limpeza, alimentação, segurança) ficam sob a responsabilidade do parceiro privado.

Há, naturalmente, outras formas de contratos firmados pela administração pública para viabilizar projetos de infraestrutura.

O Quadro 6.4 compara, de maneira simplificada, os tipos de PPP e as concessões, bem como outras formas de contratações públicas, a partir do nível de participação do setor privado nas diversas fases de um projeto de infraestrutura.

Além das PPPs (concessão administrativa e concessão patrocinada) e das concessões comuns, o Quadro 6.4 apresenta a locação de ativos, modalidade muito utilizada no setor de saneamento básico e que conta com uma linha de financiamento específica da Caixa Econômica Federal. Na locação de ativos, a empresa privada financia e constrói determinado ativo público e o loca para operação de um órgão público, para quem o ativo é revertido ao final do contrato.

Quadro 6.4 Outros tipos de contratos – comparação

	Nível de participação do setor privado				
	Prestação direta	Locação de ativos	PPP administrativa	PPP patrocinada	Concessão
Quem paga	Público	Público	Público	Público e usuário	Usuário
Financiamento	Público	Privado	Privado	Privado	Privado
Construção	Público	Privado	Privado	Privado	Privado
Operação	Público	Público	Privado	Privado	Privado
Relação com o usuário	Público	Público	Privado	Privado	Privado
Regulação	Não há	Não há	Não há	Há	Há

Critérios para a escolha de um tipo de contrato

Identificados os principais modelos de contratos de infraestrutura, é preciso definir os critérios para escolher um.

Os contratos de empreitada e também de serviços, previstos na Lei 8666/93, são os mais utilizados pela administração pública para viabilizar projetos de infraestrutura. Não há limite de valor ou porte da obra. Sempre que a administração pública deseja realizar um projeto de infraestrutura, sua primeira opção é o contrato de empreitada.

Já os contratos de concessão e PPP são utilizados para projetos de maior porte e, em especial, quando o governo necessita mais do que a obra, como alguma prestação de serviços associada à infraestrutura.

Tome-se como exemplo uma rodovia. É comum que o governo tenha dificuldades na manutenção de suas rodovias, pois tem dificuldades para contratar diversos prestadores para auxiliá-lo nessa missão ou, por vezes, não tem recursos financeiros.

Tem sido uma tendência no Brasil conceder a operação e a construção da rodovia para a iniciativa privada. Nessa hipótese, a concessionária assume integralmente a obrigação de construir a rodovia e mantê-la por um longo período de tempo (em média, 30 anos).

O governo se desonera dessas obrigações e autoriza a concessionária a cobrar pedágio dos usuários para custear os serviços. Nesse caso, não é preciso utilizar os recursos de impostos, nem tampouco financiar as vultuosas obras. Naturalmente, o governo mantém o papel de regulador e deve fiscalizar a prestação dos serviços.

Há situações, entretanto, em que o valor dos pedágios não é suficiente para custear as obras e a operação da rodovia, mas mesmo assim o governo não tem condições de pagar todos os valores daquele empreendimento na ocasião de sua conclusão, como seria necessário, no caso de um contrato de empreitada.

Nesse caso, a PPP surge como alternativa. O governo pode contratar um terceiro que irá obter os financiamentos para realizar as obras e zelar pela manutenção da infraestrutura durante um prazo. Dessa forma, o pagamento será diferido, diminuindo a pressão orçamentária.

A lei exige, porém, que o governo justifique a opção pela PPP procedendo a um estudo conhecido como *value for money*, o qual deve comprovar que essa escolha é a mais viável. Isto é, deve-se demonstrar que a opção pela realização de uma obra pública seria mais onerosa para o governo ou os benefícios sociais advindos dessa nova infraestrutura não seria tão relevante se não fosse pela PPP. Pode-se tomar como exemplo uma obra de construção de uma estação de tratamento de água e uma região com escassez hídrica. A PPP pode se justificar se ela servir para concluir a obra com maior rapidez, evitando falta de abastecimento. Nessa hipótese, ainda que a PPP seja mais cara para a administração pública do que uma obra, há justificativa plausível para realizá-la.

Vale notar, ainda, que a opção por uma concessão se enquadra, também, em um contexto de reforma do Estado, em que o governo percebe que não consegue mais prover toda a infraestrutura necessária para a população e passa a convidar a iniciativa privada a participar dos projetos.

Nessa situação, a opção pela concessão trata-se de uma decisão estratégica e de longo prazo, que tem como objetivo reduzir a participação do Estado no provimento de serviços públicos, assumindo papel de regulador.

Conclusões

A realização de projetos de infraestrutura pode se dar por meio de uma diversidade de formas e modelos de contratos.

É evidente que a existência desses contratos é necessária, visando garantir segurança jurídica ao governo e à iniciativa privada.

A forma de contratação, porém, depende de opções estratégicas, financeiras e técnicas por parte do governo, que tem um leque de opções para realizar seus investimentos.

No Brasil, o marco legal das contratações públicas, aí compreendidas a Lei 8666/93, a Lei 8987/95 e a Lei 11079/04, oferece um arcabouço jurídico robusto para o desenvolvimento de projetos. Pode-se dizer que o Brasil, inclusive, tem uma posição avançada em termos de leis para contratações públicas.

Naturalmente, há sempre críticas a essas leis e possibilidade de melhora, mas, de maneira geral, pode-se dizer que a legislação de contratos para

infraestrutura é adequada e tem grau elevado de maturidade. É incorreto responsabilizá-la pela ausência de investimentos em infraestrutura.

Questões de revisão

1. Sobre as diferentes modalidades de parcerias público-privadas, é possível afirmar que:
 - a) A participação do setor privado é maior em uma concessão administrativa do que em uma locação de ativos.
 - b) O grau de participação do setor privado é maior em uma concessão administrativa do que em uma locação de ativos.
 - c) A subconcessão é um exemplo de locação de ativos.
 - d) A concessão comum dispensa a utilização da Lei 8.666
 - e) As concessões administrativas são mais bem-sucedidas em mercados competitivos do que em mercados caracterizados por monopólio natural.

2. Sobre PPP patrocinada, é correto afirmar que:
 - a) O setor privado é responsável pelo fornecimento do serviço para a população.
 - b) Os usuários pagam tarifas para o setor público.
 - c) Funcionam da mesma forma que a locação de ativos.
 - d) São aplicáveis em rodovias e ferrovias, mas não a outros segmentos da infraestrutura.
 - e) Nenhuma das anteriores.

Questões para discussão

1. Quais são os dois principais temas tratados na Lei de Licitações?
2. Qual a diferença entre PPP e concessão comum?
3. Cite três razões para o governo fazer uma PPP.

4. Qual o papel das concessões na reforma do Estado?
5. O problema da infraestrutura no Brasil são as leis?
6. Como as PPPs podem ajudar para selecionar crises fiscais de governos municipais?

Referências

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. "Regulação Econômica e Serviços Públicos". In: SCHAPIRO, Mário Gomes (coord.). *Direito Econômico: direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva – Série GV Law, p. 21-77, 2010.
- GAIO, Daniel. *A participação do estado na formação do valor do solo urbano e os mecanismos de recuperação de mais-valias no Brasil*. Cuad. urbano [online]. v. 12, n. 12, p. 27-42, 2012. Disponível em: <www.scielo.org.ar/pdf/cuba/v12n12/v12n12a02.pdf>. Acesso em 8 ago., 2018.
- GUIMARÃES, Fernando V. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto na Lei Geral de Parcerias Público-Privadas – em especial, a hipótese dos fundos garantidores. p. 1-43, 2008. Artigo disponível em <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-FERNANDO%20VERNALHA.pdf>. Acesso em 8 ago., 2018.
- LAZZARINI, Sérgio K. *Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier. 4ª reimpressão, Capítulo 2. p. 17-40, 2011.
- PASIN, Jorge B. A.; BORGES, Luiz F. X. A Nova Definição de Parceria Público-Privada e sua aplicabilidade na Gestão da Infraestrutura Pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro. v. 10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003. Disponível na internet.
- PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- RIBEIRO, Romiro. Licitações – Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Medida Provisória 521 de 2010. Nota Técnica n. 08 de 2011. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamento-brasil/estudos/2011/nt08.pdf>. Acesso em: 8 ago., 2018.

ROSILHO, André Janjácome. Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas no sistema de contratações públicas. Dissertação (mestrado), FGV, 2011. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8824/20111018%20-%20Vers%C3%A3o%20Final%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20\(dep%C3%B3sito\)%20.pdf?sequence=5](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8824/20111018%20-%20Vers%C3%A3o%20Final%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20(dep%C3%B3sito)%20.pdf?sequence=5)>. Acesso em: 8 ago., 2018.

SAULE JÚNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel. *Estatuto da Cidade: novos horizontes para a reforma urbana*. São Paulo: Pólis, 2001. (Cadernos Pólis, 4) Disponível em: <www.polis.org.br/uploads/833/833.pdf>. Acesso em 8 ago., 2018.

ZANCHIM, Kleber Luiz Zanchim. *Contratos de parceria público-privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.