



REVISTA CIENTÍFICA DA UMC



## PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADO E PRIVATIZAÇÕES; O USO COM MODERAÇÃO

## PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AND PRIVATIZATIONS; USE WITH MODERATION

Marco Antônio Portugal

### Resumo:

Ressaltadas as modalidades de concessão existentes pela legislação vigente no Brasil e suas diferenças com a privatização, por mais que sejam conceitos simples, ainda não há uma compreensão unificadas e completa de suas aplicações. As concessões e as privatizações são recentes no Brasil, com um pouco mais de duas décadas de existência. A incapacidade do Estado em realizar investimentos em infraestrutura, quer seja por sua incompetência em gerenciamento ou por sua incapacidade econômica, faz desses, modelos econômicos naturalmente esperados como resposta para viabilizar os investimentos. O emprego desses modelos também acaba por ser incentivado diante aos grandes casos de corrupção revelados no Brasil pela Operação Lava Jato, contudo, o país já apresenta ocorrências de corrupção em contratos de PPP. Outra preocupação, que já faz reverter contratos de concessão em outros países, está relacionada ao nível de monopólios e de oligopólios, quase que inevitáveis em certos casos. Um critério simples de três perguntas, aqui sugerido, pode ser empregado para se esquivar de certo nível de ansiedade, podendo tornar o processo de tomada de decisão mais criterioso, em complemento à decisão puramente econômica.

**Palavras-chave:** Contratos de concessão; infraestrutura; obras públicas; administração pública; inovação aberta.

### Abstract:

*Underlining the concession modalities existing by the current legislation in Brazil and their differences with privatization, as simple as these concepts are, there is still no unified and complete understanding of their applications. Concessions and privatizations are recent in Brazil, with a little over two decades of existence. The inability of the state to make investments in infrastructure, whether due to its incompetence in management or its economic inability, makes these economic models naturally expected as a response to enable investments. The use of these models also ends up being encouraged due to the large cases of corruption revealed in Brazil by Operation Lava Jato, however, the country already has occurrences of corruption in PPP's contracts. Another concern, already reversing concession contracts in other countries, is related to the level of monopolies and oligopolies, which are almost inevitable in certain cases. A simple three-question criterion suggested here can be employed to evade a certain level of anxiety and may make the decision-making process more judicious in addition to the purely economic decision.*

**Keywords:** Concession contracts; infrastructure; public works; public administration; open innovation.

## INTRODUÇÃO

O histórico das concessões de serviços públicos no Brasil teve início com a Lei nº 8.987 de 1995. Esse modelo passou a ser complementado pelas parcerias público-privado (PPP) a partir de 2004, previstas pela Lei nº 11.079, diferenciando-se na forma de remuneração do agente privado.

Em síntese, nos termos das Leis, uma concessão é determinada pela transferência da prestação de um serviço público para um agente privado por um período determinado. Neste modelo, o agente privado é remunerado por sua prestação de serviços pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço objeto da concessão. Já no caso de uma PPP, além de ser possível exercer essa cobrança de tarifas, a diferenciação está em o agente privado também ser remunerado por uma contrapartida pelo agente público.

O serviço de transporte urbano que fosse remunerado exclusivamente pela cobrança de tarifa dos passageiros seria exemplo de uma concessão, já para exemplo de uma PPP, a remuneração desse mesmo serviço efetuada pela cobrança de tarifa seria complementada com pagamentos efetuados diretamente pelo agente público ao agente privado.

A privatização é regida no Brasil pela Lei nº 9.491 de 1997 e se refere a transferência definitiva do domínio do bem público para o agente privado.

Essas são as principais definições e diferenças entre os modelos de concessão e de privatização, e por mais que pareçam simples, ainda não há uma compreensão unificada e completa de suas aplicações (ROEHRICH et al., 2014).

Ainda assim, seria comum afirmar que, em se tratando de concessões, qualquer modelo é um modelo de parceria entre o setor público e o privado, ou seja, um contrato de prestação de serviço com término previsto. Deste modo, por mais que o ornamento jurídico faça a distinção, é comum o termo PPP ser empregado para os três tipos de concessão previstas nas Leis, antes a concessão comum, em que o agente privado é remunerado pela cobrança de tarifas dos usuários e por outras receitas complementares, desde que não venham do agente público, seguida dos

outros dois tipos, a concessão patrocinada, em que ocorre a contraprestação pecuniária ao agente privado em complemento à cobrança de tarifas e a concessão administrativa, quando o agente público é o usuário direto do serviço prestado pelo agente privado, portanto, sem envolver a cobrança de tarifas, ocorrendo apenas a contraprestação pecuniária ao agente privado (BINENBOJM, 2005).

Neste texto falarei das privatizações e, para simplificar, utilizarei do termo PPP ao tratar dos três tipos de concessões.

## **EXPERIÊNCIAS NO BRASIL**

Ao partirmos da data de criação das atuais Leis de PPP e de privatização, estamos tratando de uma experiência ainda recente, com um pouco mais de duas décadas. Historicamente, poderíamos nos remeter ao Brasil Império de 1854 em que se consolidou a primeira concessão para construção e exploração de uma linha férrea entre o Rio de Janeiro e Petrópolis (MATTOON JR, 1977), e de outros tantos exemplos ocorridos ao longo do tempo, mas isso fugiria ao propósito deste texto.

Também não seria o meu propósito resgatar o contexto de consolidação do liberalismo na administração pública que teriam feito surgir tais práticas ao longo da história mundial, com início na Revolução Francesa (HOBSBAWN, 1979). A chamada aqui é para o contexto contemporâneo em que, de alguma maneira, o texto sirva para uma reflexão sobre os programas de PPP's e planos de privatizações que possam surgir futuramente.

O Brasil é deficitário de investimentos em infraestrutura (AMANN et al., 2016) e a organização econômica atual do Estado na última década e meia não lhe permite realizar grandes ou quase nenhum investimento nesse sentido (BULSARA et al., 2015).

Em uma avaliação simplista, um programa de PPP's seria naturalmente esperado como uma resposta para viabilizar os investimentos em curto e médio prazo, uma prática muito difundida em demais países e principalmente nos países da região da Europa (MAYNARD, 1986; ZHENG et al., 2008; MAHONEY et al., 2009; BULSARA et al., 2015; AMANN et al., 2016) mas, dentro de quais critérios e sob quais prioridades?

Antes de falarmos da PPP como uma saída para o gargalo do investimento público em infraestrutura, falemos das privatizações. Em uma privatização, o CAPEX não seria o objetivo primário de captação do Estado, porque o investimento já ocorreu e o ativo está em operação. Salvo se a necessidade fosse de um reinvestimento para ampliação e/ou modernização dos serviços, a razão primária que restaria para o Estado se dispor de um ativo seria esse estar em deficiência operacional decorrente, muito provavelmente, de uma incompetência generalizada na sua gestão.

A existência de corrupção na gestão de uma estatal não seria necessariamente uma causa que pudesse, isoladamente, justificar um processo de privatização. Uma empresa estatal poderia sofrer um processo de corrupção e, mesmo assim, apresentar resultados positivos. Mesmo que apresentasse um resultado ruim, uma vez o negócio sendo viável e o problema da corrupção resolvido, não haveria razão primária para o Estado se desfazer de um bem rentável, mesmo ainda porque, durante o processo de desgaste ocorrido durante as investigações sobre a corrupção, o valor de mercado da empresa poderia sofrer reduções, o que frustraria os resultados obtidos com uma venda abrupta.

Outra medida possível de decisão pela privatização, afastada a hipótese da estatal estar em prejuízo, seria o levantamento de capital para a realização do reinvestimento em outros setores de maior prioridade e competência do Estado. Dentro dessa mesma linha decisória também poderia ocorrer a PPP, sem o Estado ter que se desfazer do ativo e com uma captação menor de capital.

No Brasil, a PPP em infraestrutura também teria surgido como propósito de se desvincular a contratação de obras públicas pela Lei nº 8.666 de 1993, causando assim abertura à corrupção, o que favoreceria às empreiteiras, historicamente relacionadas com o Estado na corrupção no Brasil (AGÊNCIA ESTADO, 2004a; AGÊNCIA ESTADO, 2004b).

Dentro do modelo praticado no Brasil, com o financiamento dos agentes privados sendo 100% realizado por fomentadores públicos de crédito, na maior parte pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), às empreiteiras caberia apenas o risco do lucro (AGÊNCIA ESTADO, 2004a; BROCHADO; VASSALLO, 2014).

Tendo o Estado a possibilidade e condições dele próprio captar recurso para realizar investimentos, quer seja com agências nacionais ou estrangeiras de fomento, públicas ou privadas, restaria sobre a decisão pela realização de uma PPP o pressuposto de que o Estado não viria a ser competente na prestação do serviço previsto por aquele propósito de investimento.

Mas a transferência do risco de execução e de operação da obra de infraestrutura não é garantia de ausência de prejuízos para o Estado. As obras para a Linha 6 do Metrô de São Paulo estão sob essa situação. Licitadas e contratadas por PPP, o contrato se encontra sob o risco eminente de dissolução diante aos atrasos para retomada das atividades, paralisadas pelo fato das empresas consorciadas para formação da PPP não obterem aprovação de financiamento para execução das obras (GUEDES, 2017), uma obra que era para ser entregue em 2019 acumula três anos de atraso e teve apenas 15% de sua execução concluída até o momento (REIS, 2018).

É verdade que esse exemplo pode ter ocorrido devido a um fator em específico recente e que causou problemas similares em outras PPP's em curso de execução ou já em operação. As empresas do setor de construção do Brasil, boa parte delas associadas e participantes dos projetos de PPP, passam por dificuldades financeiras após os escândalos de corrupção trazidos à tona pela Operação Lava Jato (BRASIL, 2016).

Este fator, no mínimo, revelou uma fragilidade na Lei de PPP. Não há impedimento para que a empresa vencedora de uma PPP venha ser a empresa contratada par execução das obras de investimentos previstas pelo modelo de concessão, condição que potencializa o risco para o poder concedente do serviço público porque, no que poderia se tratar apenas da substituição de uma construtora por outra, promovida pela própria consorciada e sem necessidade de ingerência do agente público, acaba por resultar na necessidade do cancelamento do contrato da PPP e da retomada de todo o processo de concessão desde o início.

É uma prática bastante comum, observada em grande parte dos contratos de PPP, a empresa vencedora do contrato vir a contratar a si própria para realização das obras e, quando necessário, contratar ela mesma também para realização das manutenções e das obras de investimentos previstas para o decorrer do prazo de concessão.

Salientadas as prerrogativas mínimas que justificariam uma privatização ou uma PPP, sendo essas, a necessidade de levantamento de caixa pela total ausência de recurso para realização direta dos investimentos ou pela necessidade de reinvestimentos em outros projetos e pelo reconhecimento da incompetência sobre a operação do negócio, restaria ainda para o poder público uma preocupação para seguir o processo de decisão, relacionada ao nível de monopólios e de oligopólios sobre os serviços envolvidos.

Há uma tendência, que se mantém inalterada na última década, pela ocorrência de processos de desprivatização, com o registro de centenas de casos, em diversos países por ano e em variados setores de serviços públicos, sendo os mais afetados os serviços de água e saneamento e, mais concentradamente na Alemanha, os serviços de energia elétrica (STEINFORT, 2017).

Essas retomadas de serviços pelo Estado têm sido motivadas pela alta dos custos dos serviços, associada à baixa qualidade e a falta de investimentos e de manutenção, quase sempre provocados pela presença de monopólios e de oligopólios, justificativas que não podem se ver conflitantes com os interesses e movimentos de governos de esquerda, principalmente os presentes nos países da América Latina na última década e meia (STEINFORT, 2017).

### **CRITÉRIO SIMPLES DE TRÊS PERGUNTAS**

A primeira pergunta que se deveria fazer sobre um serviço potencialmente candidato para ser transferido ao setor privado seria: 1) Trata-se de um serviço estratégico? Com uma resposta positiva, não haveria mais que se falar de privatização ou de PPP sobre esse serviço.

Em sendo a resposta negativa, a segunda pergunta a ser efetuada deveria ser: 2) Trata-se de um serviço essencial?

Em não se tratando de um serviço essencial a ser prestado pelo Estado, não restaria nenhuma outra dúvida, o seu destino é a privatização. Não haveria razão, por exemplo, do Estado ser proprietário de uma empresa de aviação comercial concorrente com empresas privadas. Esse tipo de serviço não se trata de um serviço essencial a ser prestado pelo Estado, podendo ser plenamente explorado pela iniciativa privada.

O mesmo ocorreria para o exemplo de uma empresa de agenciamento de viagens e turismo, mesmo que essa fosse vinculada à um banco estatal.

Agora, em se tratando de um serviço essencial, a terceira pergunta e decisória a se fazer seria: 3) A prestação do serviço é exclusiva?

Em não sendo exclusiva, a decisão poderia ser pela realização de uma PPP. Entende-se por serviço essencial exclusivo a prestação de serviço em que o usuário não teria opção de escolha pela contratação, obrigando-o a submeter-se a um único prestador de serviço, incorrendo em um monopólio legal.

A distribuição de energia elétrica, de gás encanado e dos serviços de saneamento básico de água tratada e de coleta de esgoto seriam exemplos desses serviços essenciais exclusivos, cujas prerrogativas para prestação dos serviços seriam do Estado.

Já os serviços de telecomunicações, de educação, desde uma escola, um colégio ou uma faculdade, de saúde, sendo um posto de atendimento ou um hospital ambulatorial, poderiam ser objetos de uma PPP porque permitiriam o usuário optar pela contratação de uma unidade ou empresa em detrimento à outra que efetuasse um serviço de qualidade insatisfatória ou com preços maiores. Esses seriam serviços oferecidos por empresas diretamente concorrentes.

Dentro desse modelo de decisão, resultante de três perguntas simples, muitos dos serviços que hoje se encontram em PPP teriam que ser revertidos. Por exemplo, a distribuição de gás encanado e de energia elétrica, as rodovias, ferrovias e os aeroportos.

Desconsiderando-se algumas poucas exceções, não haveria como um usuário optar por qual aeroporto ele desejaria realizar a sua viagem, ou por qual rodovia iria trafegar para o seu destino. A sua residência inevitavelmente seria atendida por uma única empresa local de gás encanado, de água e de energia elétrica. A coleta de lixo de sua residência seria efetuada por uma única empresa de saneamento ambiental.

Tudo o que recai sobre uma prestação de serviço exclusiva está sob o risco do desequilíbrio econômico resultante do monopólio.

## **Uma pergunta complementar**

Poderia haver uma possibilidade para se optar pela PPP, mesmo sendo o serviço de prestação exclusiva, onde caberia uma quarta pergunta, complementar à terceira pergunta: 4) O serviço de prestação exclusiva pode ser prestado indiretamente?

Em um modelo de prestação indireta de um serviço, desde que atendidos padrões de qualidade na sua prestação, o usuário contrataria a empresa de sua escolha e pagaria a tarifa que essa ofertasse, ficando a empresa que fisicamente cobrisse a região onde se encontra a residência do usuário obrigada em atendê-lo dentro dos custos ofertados pelo prestador de serviço de outra região.

Esse modelo exigiria a existência de certa similaridade entre as dificuldades encontradas nos diferentes locais atendidos por diferentes empresas, o que ampliaria a quantidade de empresas prestadoras de um certo serviço. Um conjunto de empresas similares poderiam se especializar em oferecerem serviços para grandes capitais, outro grupo se especializaria no atendimento de regiões periféricas de cidades, outro focaria na oferta de serviços para zonas rurais, e assim por diante.

Com o estímulo da concorrência dentro desses núcleos de serviços as empresas naturalmente buscariam reduzir seus custos por meio de melhorias na prestação de seus serviços e da inovação.

O Estado já pratica isso na geração de energia elétrica e na contratação de grandes e médias demandas de energia, por meio do mercado livre. Já se fala também na ampliação desse modelo para os consumidores com demandas menores, os consumidores residenciais, no modo de portabilidade da conta de luz, contudo, ainda restaria como monopólio as redes de distribuição regionais e locais.

## **CONSIDERAÇÕES E REFLEXÕES**

A administração pública, dentro do estado democrático de direito, tem por obrigação promover ao cidadão a paz social e o seu bem-estar, cabendo ao administrador intervir sobre matéria no que for estritamente necessário, de maneira idônea e equilibrada, sem lesão a coisa pública e sem trazer prejuízo ao cidadão, direta ou indiretamente (FLORES, 2013).

A modalidade de concessão por PPP é trazida como um instrumento do Estado

em promover a inovação (ROEHRICH et al., 2014). A análise sobre essa matéria precisa ser bastante criteriosa, no sentido de considerar a real necessidade e o objetivo do Estado em realizar essa modalidade de contratação.

O modelo econômico de concessão por PPP precisa levar em consideração meios que tragam ao poder concedente vantagens econômicas ora não previstas, de forma que lhe saia mais vantajosa essa contratação. Vemos aqui a aplicação da Teoria do Custo da Transação, em que se terceirizar precisaria ser mais vantajoso do que se fazer internamente.

Sobre esse aspecto, desconsiderando a eventual incapacidade do Estado como provedora mínima daquele objeto, ou a sua insuficiência financeira para fazê-lo, a concessão com o objetivo único de incentivar o surgimento de meios mais econômicos de se fazer o mesmo parece sim ser uma forma de promover a inovação aberta.

De outra maneira, apenas para transferir o risco de se fazer algo novo, ou de obter financiamento, quando o papel primário é do Estado, isso acarretará de o contratado fazer mais caro, exatamente para compor em seu preço o custo desse risco, além do lucro esperado por sua operação, lucro não necessariamente previsto em uma operação estatal.

O Estado corre ainda o risco de *hold up*, por mais que os instrumentos jurídicos possam refletir em amenizadores de riscos, o risco de se tornar dependente do terceiro e assim se vir obrigado a atender eventuais reivindicações que esse possa apresentar no futuro se torna eminente quando o objeto da concessão for estratégico ou de caráter exclusivo, o que quase sempre o é.

É preciso lembrar ainda que o Estado precisará arcar com custos administrativos oriundos de agências reguladoras que fiscalizarão as concessionárias, custo esse que deve ser considerado na análise de compensação de *make or buy* pelo Estado.

Para que o modelo de PPP funcione bem é necessário ainda que o país apresente maior estabilidade institucional (AMANN et al., 2016) ao ponto de afastar dos investidores certos riscos, como variações cambiais, mudanças em legislações, atrasos em aprovações e corrupção (ZHANG, 2005), estabelecendo contratos mais

flexíveis quando há incertezas sobre as projeções do fluxo de usuários do negócio (BROCHADO; VASSALLO, 2014; BULSARA et al., 2015; ATHIAS; SAUSSIÉ, 2018), um caminho que o Senado Federal Brasileiro já sinaliza buscar, em tramitação pelo Projeto de Lei 337/2018.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. Tasso diz que PPP é convite à corrupção. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 2004a. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tasso-diz-que-pppe-convite-a-corrupcao,20040917p37782>. Acesso em 01/06/2017.

\_\_\_\_\_. Projeto que cria as PPP pode gerar corrupção, diz Sinduscon-SP. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 2004b. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,projeto-que-cria-as-ppp-pode-gerar-corrupcao-diz-sinduscon-sp,20040409p19135>. Acesso em 25/06/2017.

AMANN, Edmund et al. Infrastructure and its role in Brazil's development process. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 66-73, 2016.

ATHIAS, Laure; SAUSSIÉ, Stéphane. Are public private partnerships that rigid? And why? Evidence from price provisions in French toll road concession contracts. *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, v. 111, p. 174-186, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de direito administrativo*, v. 241, p. 159-176, 2005.

BRASIL. Polícia Federal. **Operação Lava Jato**. 2016. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/lava-jato>. Acesso em 27/04/2016.

BROCHADO, Mariana Rodrigues; VASSALLO, José Manuel. Federal Toll Road Concession Program in Brazil: Is It Moving in the Right Direction? *Journal of Infrastructure Systems*, v. 20, n. 2, p. 05014001, 2014.

BULSARA, Hemantkumar P.; KUMAR, Alok; CHAUHAN, Rakesh Kumar and Krupesh A. Experience of public private partnership in highway infrastructure development: an exploratory study of PPP mature countries and scenario in India. *International Journal of Procurement Management*, v. 8, n. 5, p. 608-626, 2015.

FLORES, Carlos Arruda. Obrigações da administração pública no estado constitucional de direito. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, [Rio Grande do Norte], v. 6, n. 1, p.1-16, 2013.

GUEDES, Philipe. Vizinhos reclamam de invasões em imóveis desapropriados para obra parada do Metrô. **G1**, São Paulo, 2017. Disponível em:

<http://g1.globo.com/saopaulo/noticia/vizinhos-reclamam-de-invasoes-em-imoveis-desapropriados-para-obra-paradado-metro.ghtml>. Acesso em: 19/06/2017.

HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MAHONEY, Joseph T.; MCGAHAN, Anita M.; PITELIS, Christos N. Perspective—The interdependence of private and public interests. *Organization science*, v. 20, n. 6, p. 1034-1052, 2009.

MATTOON JR, Robert H. Railroads, coffee, and the growth of big business in São Paulo, Brazil. *Hispanic American Historical Review*, p. 273-295, 1977.

MAYNARD, Alan. Public and private sector interactions: an economic perspective. *Social Science & Medicine*, v. 22, n. 11, p. 1161-1166, 1986.

REIS, Vivian. **G1**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/governo-de-sp-inicia-processo-para-encerrar-contrato-com-responsaveis-pela-linha-6-laranja-do-metro.ghtml>. Acesso em 01/11/2018.

ROEHRICH, Jens K.; LEWIS, Michael A.; GEORGE, Gerard. Are Public-Private Partnerships a Healthy Option? A Systematic Review. *Social Science and Medicine*, v. 113, p. 110-119, 2014.

STEINFORT, Lavinia. **Reclaiming Public Services: How cities and citizens are turning back privatization**. Amsterdam: Transnational Institute, 2017.

ZHANG, Xueqing. Critical success factors for public–private partnerships in infrastructure development. *Journal of construction engineering and management*, v. 131, n. 1, p. 3-14, 2005.

ZHENG, Jurong; ROEHRICH, Jens K.; LEWIS, Michael A. The dynamics of contractual and relational governance: evidence from long-term public–private procurement arrangements. *Journal of purchasing and supply management*, v. 14, n. 1, p. 43-54, 2008.