

Como o setor privado pode ajudar a melhorar os serviços públicos de infraestrutura?

Marcos Mendes¹ (26/04/2012)

Há alguns fatos estilizados que caracterizam o setor público brasileiro: (a) os gastos correntes são elevados e não restam recursos para investimento em infraestrutura; (b) o governo tem baixa competência para prospectar e elaborar projetos de qualidade na área de infraestrutura, assim como para gerir portos, aeroportos, estradas e outros serviços de infraestrutura; (c) a participação privada no setor de infraestrutura pode ajudar a elevar a produtividade desses serviços, dando impulso ao crescimento mais acelerado da economia brasileira.

Isto posto, cabe analisar as principais modalidades de participação do setor privado como provedor de serviços associados a atividades públicas. Em texto recente publicado neste site ([O que são parcerias público privadas \(PPP\)?](#)) analisei uma dessas modalidades: a PPP. O objetivo do presente texto é analisar o amplo leque de relações contratuais entre os setores público e privado. Ao fazê-lo, aponto, em primeiro lugar, os potenciais ganhos de produtividade no setor público e na economia decorrentes dessa participação privada. Em segundo lugar, procura-se mostrar até que ponto a legislação brasileira admite cada uma das modalidades apresentadas, e quais dependem de inovação na legislação. Em terceiro lugar, elencam-se os problemas práticos observados no funcionamento cotidiano dessas modalidades no Brasil, com vistas a sugerir aperfeiçoamentos, legais e de gestão, que potencializem os ganhos decorrentes da participação privada. Especial ênfase é dada aos modelos aplicáveis aos serviços de infraestrutura.

1 - GESTÃO, FORNECIMENTO E SERVIÇOS

Esta é a modalidade de contratação mais simples. Nela, o setor privado é contratado para administrar uma infraestrutura pública já existente (construída pelo setor público) ou um serviço assessorio necessário à prestação de serviço público (em geral não associado à área fim do governo).

Na modalidade prestação de serviços podem-se citar, como exemplos, empresas que são contratadas pelo setor público para atividades como a limpeza e a segurança de um órgão público ou os serviços de manutenção de equipamentos.

No setor de infraestrutura essa modalidade de contratação pode ser utilizada nas áreas-meio de gestão operacional. Assim, por exemplo, um aeroporto gerido pelo setor público pode contratar empresas privadas para as tarefas de bilhetagem, pesagem de carga, transporte de bagagem, armazenagem, serviços de comunicação.

Os ganhos de produtividade potenciais estão no fato de o setor público poder concentrar suas energias na realização das atividades-fim da organização, deixando que as atividades-meio fiquem a cargo de uma empresa contratada, que se responsabiliza pelo planejamento e realização do serviço, bem como pela contratação e gestão de pessoal e a compra de equipamentos e insumos.

Esses contratos permitem reduzir custos para o setor público (não é necessário, por exemplo, contratar pessoal de segurança e limpeza por meio de contratos de trabalho de servidor

¹ Doutor em economia pela USP.

público, com garantia de estabilidade no emprego e outras vantagens) e melhorar a qualidade do serviço, uma vez que as empresas especializadas têm vantagem comparativa nos serviços que prestam, realizando-os melhor que o setor público.

O relacionamento entre o setor público e o privado é bastante simples. O setor público mantém a propriedade do equipamento público e o setor privado tem relacionamento exclusivamente com o setor público. O parceiro privado não presta serviços nem cobra tarifas da população, sendo remunerado exclusivamente pelo setor público.

O setor privado não assume riscos comerciais, pois o contrato já estabelece previamente o montante, as características e o valor do serviço a ser prestado. Por isso, não há o risco de variações na demanda pelo serviço, ao contrário do que ocorre, por exemplo, em uma concessão de serviço público, em que a empresa privada obtém sua remuneração de tarifas cobradas dos usuários. Dependendo do contrato, o setor privado sequer assume o risco de variações do custo da mão-de-obra e de outros insumos, que são integralmente repassados para o setor público.

Não há necessidade de agência reguladora para fiscalizar a prestação do serviço. O setor público é um consumidor no mercado de bens e serviços como qualquer outro, com eventuais desacordos sendo resolvidos por meio judicial. Os contatos são, normalmente, de curto-prazo, de dois a cinco anos.

Trata-se de uma modalidade que não ajuda a expandir a infraestrutura existente, mas potencialmente aumenta a produtividade daquela que já existe e é gerida pelo setor público.

A legislação brasileira que abarca esse tipo de contrato é a Lei de Licitações (Lei 8.666, de 1993), que se aplica não apenas à administração direta, mas também às autarquias, fundações e empresas estatais².

Embora seja o modelo mais simples de participação do setor privado em serviços públicos, e usado de forma generalizada na administração pública brasileira, esses contratos enfrentam muitos problemas de ordem legal e gerencial. É preciso resolver esses problemas para que essas parcerias sejam mais eficientes e se expandam, gerando ganhos efetivos de produtividade na gestão da infraestrutura pública.

O primeiro problema diz respeito ao fato de que esses contratos, muitas vezes, incluem um grande contingente de mão-de-obra (principalmente nas áreas de limpeza, segurança e informática). A prática de empreguismo, que foi cerceada no serviço público por meio da exigência legal de concurso público, acabou sendo transferida para os contratos de terceirização de serviços. Gestores públicos acabam por contratar serviços em proporções maiores que as necessárias para poder gerar empregos no âmbito de sua clientela política. Com isso, reduz-se a eficiência na prestação dos serviços, que passam a ter custos inflados.

Em segundo lugar, a legislação trabalhista brasileira transfere para o contratante de serviços terceirizados (no caso, o setor público) a responsabilidade subsidiária pelo cumprimento de obrigações trabalhistas. Isso acaba constituindo estímulo para que as empresas

² Em seu art. 6º, inciso II, esta lei admite a contratação, pelo setor público, de serviços de: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. O Capítulo III da mesma lei define as características desses contratos.

privadas contratadas fiquem inadimplentes com suas obrigações, como forma de repassá-las ao setor público. Este, para se defender dessa possibilidade, acaba instituindo controles sobre a folha de pagamento das empresas prestadoras de serviços que implicam custos administrativos ao erário. Assim, perde-se parte da vantagem da terceirização, que é justamente a de aliviar o setor público de gerir atividades-meio.

Ainda no campo da legislação trabalhista, a obrigatoriedade constitucional de obediência às decisões de convenções coletivas de trabalho³ acaba elevando os custos dos contratos de serviços do setor público que sejam intensivos em mão-de-obra. Isso porque, em obediência à regra de que os acordos coletivos e dissídios são soberanos, o setor público não contesta reajustes salariais obtidos pelos empregados das empresas prestadoras de serviço; repassando os reajustes para os valores dos contratos.

Ocorre que, como as empresas prestadoras em geral se especializam em fornecer para o setor público, elas não têm incentivos a se contrapor aos pedidos de aumentos salariais de seus empregados, pois tais aumentos são absorvidos nos custos dos contratos pelo setor público. Mais do que isso: a maioria dos contratos é desenhada de forma a remunerar as empresas com um percentual do valor do serviço. Assim, os aumentos salariais redundam, também, em aumentos nas remunerações das empresas (sobre esse ponto ver, neste site, o texto [Por que o governo gasta tanto com terceirização?](#))

Esse não seria um grande problema se os órgãos públicos pudessem, ao final de cada contrato (em geral com duração de um a dois anos), fazer nova licitação dos serviços, contratando empresas que oferecessem preços mais baixos. Tal possibilidade de contestação dos preços em vigor exerceria uma pressão de contenção de reajustes. Porém a burocracia associada a licitações gera alto custo de transação⁴, induzindo os gestores públicos a renovarem os contratos vigentes (em vez de fazer novas licitações), ainda que por preços mais altos que os disponíveis no mercado, para evitar o risco de o atraso na licitação provocar interrupção nos serviços, ou para evitar os custos administrativos de uma nova licitação.

A esses problemas devem-se juntar as possibilidades de corrupção dos agentes públicos em sua relação com as empresas prestadoras de serviços e a formação de cartéis de fornecedores com vistas a fraudar licitações.

Outro problema relevante é o fato de que a Lei de Licitações confere prioridade máxima ao menor preço como critério de decisão de licitações. Isso significa que serviços e produtos de baixa qualidade (e menor custo) levam vantagem na disputa. A impossibilidade de se monitorar qualidade durante a execução do serviço, ou de se exigir padrões mínimos de qualidade antes da licitação, por restrições da Lei de Licitações, impõe perdas à eficiência e produtividade do serviço final.

É necessário, portanto, aperfeiçoar os processos de licitação, tornando-os menos morosos, o que dará à administração pública poder para evitar a renovação de contratos onerosos, substituindo-os por outros mais baratos. Diversos procedimentos burocráticos poderiam ser abolidos, inclusive mediante o uso mais intensivo dos leilões eletrônicos. O governo poderia,

³ Art. 7º, inciso XXVI da Constituição Federal.

⁴ Custos de transação são aqueles incorridos por uma instituição para realizar uma determinada tarefa. No caso específico, os custos de transação para realizar uma licitação são todas as despesas financeiras e o tempo gasto com a preparação e realização do certame licitatório.

para tanto, criar um grupo de especialistas em licitação, tanto do Poder Executivo, quanto do TCU, para propor reformulações da legislação que agilizem os processos licitatórios, o que já garantiria ganhos de eficiência e produtividade.

Por outro lado, todos esses senões à contratação de serviços diretamente pelas empresas estatais gestoras de infraestrutura indicam que o processo de concessão de serviços públicos e privatização, quando possíveis, são um caminho para elevar a eficiência e a produtividade. Se um aeroporto, uma estrada ou um porto deixam de ser diretamente administrados pelo setor público, não há mais a necessidade de obediência à Lei de Licitações para a contratação de serviços. A negociação privada na aquisição desses serviços tende a reduzir seus custos e a elevar sua qualidade.

2 - PROJETO E CONSTRUÇÃO

Nessa modalidade de relacionamento contratual, o setor privado projeta e constrói infraestrutura, entregando-a para o setor público em um estágio em que esteja pronta para operar. O setor privado recebe um valor fixo para fazer a obra, normalmente definido em licitação pública.

É o caso típico de licitações de obras públicas, como construção de rodovias, prédios públicos, entre outros. É um contrato igualmente simples, que não requer o monitoramento por agência reguladora, uma vez que o parceiro privado encerra a sua participação no negócio logo após entregar a obra.

O grau de risco assumido pela empresa privada já é maior, pois qualquer aumento de custo ou imprevisto ocorridos durante as fases de projeto e construção tendem a ficar por conta da contratada.

O ganho potencial de eficiência está no fato de que as empresas de engenharia têm maior capacidade que o governo para elaborar e executar projetos de construção civil. Todavia, o fato de a empresa desligar-se do negócio tão logo a obra seja entregue significa que o contratado privado não terá incentivos a fazer uma obra de qualidade, sendo estimulado a, sempre que possível, economizar nos custos para aumentar seu lucro, em prejuízo da qualidade final. Essa tendência é exacerbada pelo fato, já exposto acima, de que a Lei de Licitações dá prioridade ao menor preço como fator de decisão de licitações.

Na legislação brasileira, essa modalidade de contratação está regulamentada pela Lei de Licitações (art. 6º, inciso VIII, alínea e)⁵.

Também aqui há problemas de corrupção de agentes público, de baixa capacidade da Justiça para impor o cumprimento de contratos e punir comportamentos ilegais.

⁵ Art. 6º, VIII, e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

Três problemas específicos dessa modalidade de contrato (e de todas as modalidades que envolvem algum tipo de obra) são os complexos processos de licenciamento ambiental; a baixa qualidade dos projetos básicos de engenharia; e a baixa capacidade de planejamento do setor público.

Os conflitos e ineficiências existentes no licenciamento ambiental levam ao licenciamento “à força”, por pressão política, de projetos que são potencialmente danosos, sem os estudos e compensações adequados e, por outro lado, ao embargo de projetos de baixo impacto.

A baixa qualidade dos projetos básicos, em geral elaborados pelo setor público, acaba sendo usada como mecanismo para elevação do custo das obras a cifras muito superiores ao valor resultante das licitações. Quando as empresas realizam os projetos executivos, mais detalhados, os custos reais dos projetos se elevam, e os contratos passam a ser aditados para abrigar os novos custos. Obviamente as possibilidades de superfaturamento e corrupção são elevadas.

Uma proposta usualmente veiculada para resolver esse problema tem sido a exigência de elaboração do projeto executivo antes da licitação. A ideia seria, justamente, evitar os aditamentos contratuais decorrentes da especificação do projeto executivo.

Contudo, essa opção não é isenta de custos. É possível que, por falta de recursos orçamentários para financiar os projetos executivos, importantes obras, que teriam avaliação positiva de viabilidade, sequer sejam avaliadas e deixem de ser licitadas. Há o risco de que o setor público seja mais lento e gaste mais que o setor privado para elaborar projetos executivos. Ou, ainda, que sejam contratados projetos executivos igualmente deficientes, que serão rejeitados pelas empresas vencedoras da licitação para construção.

Por outro lado, podemos a elaboração prévia do projeto executivo como um seguro: o custo a mais que o governo pode ter para fazer os projetos executivos mais do que seriam compensados ao se evitar investimentos de baixo retorno econômico e social.

Uma opção alternativa seria tomar medidas para melhorar a capacidade de elaboração de projetos básicos pelo próprio setor público. Outra possibilidade é a licitação conjunta da construção e operação do serviço por uma mesma empresa (em vez de se licitar apenas a obra), o que gerará estímulo para o desenvolvimento de projetos eficientes, como será analisado mais adiante.

Algumas modificações pontuais na Lei de Licitações teriam o potencial de tornar mais eficientes as licitações de obras e aquisições de equipamentos, sem com isso fragilizar os necessários requisitos de segurança. Trata-se de retirar estímulos negativos, hoje existentes no texto legal, quais sejam: incentivos à litigância, oportunidades de colusão entre participantes e a participação de licitantes de má fé. Seriam procedimentos como a inversão de fases (em que a verificação de qualificação é feita após a definição do vencedor), desclassificação de propostas que estejam muito abaixo do custo estimado pelo setor público (para evitar propostas aventureiras) e intensificação do uso do pregão eletrônico, estendendo-o para obras de engenharia (para reduzir as possibilidades de colusão e corrupção).

Essa modalidade é similar ao contrato de GESTÃO, FORNECIMENTO E SERVIÇOS, mas aqui a empresa privada presta o serviço diretamente aos consumidores (e não ao governo) e cobra do consumidor final uma tarifa para prestar o serviço.

A infraestrutura pertence ao governo, o parceiro privado não faz nenhuma construção ou reforma de vulto. Apenas opera os serviços. Os investimentos necessários durante a vigência do contrato são feitos pelo governo (que assume os riscos inerentes a esse investimento: custos, acidentes, etc.), enquanto o operador privado fica com os riscos operacionais (frustração de demanda, flutuações na economia, etc.).

Seria o caso, por exemplo, da concessão de aeroportos, portos e estradas em que o contrato não preveja a realização de grandes investimentos ou reformas. Outro exemplo seria a concessão de estacionamentos e lojas de aeroportos e rodoviárias públicos.

O prestador privado pode repassar o valor arrecadado ao governo e ser remunerado por um valor fixo, ou pode ficar com o valor arrecadado e pagar uma taxa fixa ou percentual ao governo.

Esse modelo tem a vantagem de constituir uma relação contratual mais simples que a da concessão, em que se prevê a realização de investimentos e reformas pelo parceiro privado, mas resulta em baixo investimento privado. Tem mais efeito sobre a eficiência operacional da infraestrutura existente do que sobre a ampliação da infraestrutura.

Essa modalidade, ao contrário das apresentadas acima, passa a exigir uma entidade pública reguladora, que fiscalizará se o serviço está sendo prestado na quantidade e qualidade contratadas e definirá critérios de reajuste das tarifas.

A legislação brasileira que abriga esse tipo de contrato é a Lei das Concessões (Lei nº 8.987, de 1995). Toda concessão deve ser feita mediante licitação, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, acima comentada. Contudo, para as concessões, as licitações são mais flexíveis do que as previstas na Lei nº 8.666, de 1993, em que o critério decisório é praticamente limitado ao menor preço. Já nas licitações associadas a contratos de concessão, há um conjunto maior de possibilidades, tais como: o menor valor da tarifa a ser cobrada do usuário, o maior valor da outorga pago ao poder público, a melhor proposta técnica ou a combinação dos três critérios. Admite-se, também, a exigência de qualificação técnica prévia dos participantes.

Por um lado, ganha-se com a flexibilidade nos critérios de contratação, que permitem ao poder público criar regras para afastar os aventureiros e garantir a contratação de um prestador competente. Por outro lado surge a necessidade de uma agência reguladora.

Tal agência precisa ter isenção técnica e estar afastada dos interesses político-partidários do governo, e os órgãos de controle devem ser eficazes. Do contrário haverá espaço para corrupção nos processos de definição de tarifas, de exigência e fiscalização do cumprimento de metas de qualidade, das definições dos critérios técnicos para participar do processo licitatório, etc.

O Brasil ainda tem muito a avançar em termos de autonomia funcional, financeira e decisória de suas agências reguladoras. Atualmente seus dirigentes são, muitas vezes, selecionados com base em indicações político-partidárias, com a qualificação técnica e isenção ficando em segundo plano. Esta é, sem dúvida, uma forte restrição para se obter serviços concedidos de qualidade.

4 - CONSTRUÇÃO (OU REFORMA) E OPERAÇÃO

Dando um passo adiante em termos de complexidade contratual, passamos ao caso em que o parceiro privado não apenas opera a infraestrutura, mas também a constrói ou promove reformas em uma infraestrutura recebida no contrato de concessão. A infraestrutura pode pertencer tanto ao governo como ao parceiro privado, sendo a definição feita em contrato.

A empresa privada pode pagar ao governo para ter o direito de assumir a construção/reforma e operação, nos casos em que o empreendimento tem retorno financeiro elevado; ou pode receber para fazê-lo, nos casos em que o serviço não é por si só lucrativo, e necessita de um subsídio governamental para se tornar financeiramente viável. (sobre esse ponto ver, neste site, o texto [O que são parcerias público-privadas \(PPP\)?](#))

Em geral essa modalidade é usada na construção/reforma de equipamentos e prestação de serviços finais aos consumidores, com cobrança de tarifas (portos, aeroportos, hidrelétricas, linhas de transmissão de energia). Também pode ser usado na construção de infraestrutura de prestação de serviços que serão operados pelo governo (hospitais, escolas, prisões) em que o parceiro privado constrói, dá manutenção e presta alguns serviços não ligados à área fim (fornecimento de alimentação, reformas, manutenção, limpeza). Esta modalidade difere do modelo de GESTÃO, FORNECIMENTO E SERVIÇOS porque aqui há, também, a construção.

Outro exemplo é a construção de uma infraestrutura (rodovias, ferrovias) pelo parceiro privado, que também opera o serviço e é pago diretamente pelo governo (em vez de ser remunerado pelas tarifas).

Pode abrigar, também, contratos que, em vez de construção de instalações físicas, exijam que o parceiro privado adquira bens de capital, como no caso das concessões ou permissões de linhas de transporte coletivo urbano, em que o concessionário tem que adquirir ônibus dentro de um padrão previamente estabelecido pelo poder concedente e prestar o serviço dentro de padrões de regularidade, eficiência, etc.

Esses contratos de CONSTRUÇÃO (REFORMA) E OPERAÇÃO têm prazo mais longo que o das modalidades anteriores. Apresentam a grande vantagem de gerar ganhos de eficiência, pois o empreendedor privado vai se esforçar para construir/reformar com qualidade, pois será ele mesmo o usuário dessa infraestrutura ao longo de muitos anos, e terá interesse em minimizar os custos de reparos e as perdas decorrentes de má qualidade da construção/reforma.

Além disso, há menor probabilidade de que o projeto venha a ser abandonado, como muitas vezes ocorre com obras públicas que são interrompidas por falta de recursos orçamentários. No caso das concessões, o parceiro privado só começa a ter receitas quando inicia a operação do serviço, ao contrário das obras públicas, em que o empreiteiro recebe ao longo da construção. Por isso, ao interromper um contrato de obras públicas, não haveria mais dívidas a saldar com a empreiteira, pois ela recebe o pagamento ao longo da construção. Já no caso das concessionárias, a interrupção de obras levaria a uma quebra de contrato, porque a concessionária só começaria a auferir receitas após a operação do serviço. Adicionalmente, é de interesse do concessionário cuidar da manutenção da obra, uma vez concluída.

Outra vantagem da modalidade CONSTRUÇÃO (OU REFORMA) E OPERAÇÃO é que atrai significativo aporte de investimento privado para a infraestrutura. Assim, contribui não só para melhorar a qualidade, mas também para ampliar a quantidade de infraestrutura disponível.

A amplitude de riscos assumida pelo parceiro privado já é maior que nas categorias anteriores: risco de demanda, de custo de construção, de financiamento, além dos riscos inerentes a um contrato de longo prazo (oscilações macroeconômicas, mudanças de governo, risco político).

O maior aporte de capital do parceiro privado passa a exigir complexas operações de financiamento junto ao mercado (emissão de ações, contratação de empréstimos, etc.).

O parceiro privado tende a operar por meio de uma “sociedade de propósito específico” (SPE) que tem as vantagens de: (1) reunir empresas diferentes para prestação de um serviço específico objeto de concessão, cada uma atuando em sua área de especialidade e, com isso, contribuindo para uma gestão eficiente e especializada (por exemplo, na construção e operação de um aeroporto forma-se um consórcio entre uma empreiteira, especializada na parte da construção, e uma operadora de aeroportos, especializada na prestação dos serviços) e ; (2) isolar ativos, passivos e direitos daquela concessão, facilitando a transferência para outro parceiro em caso de descumprimento de contrato e evitando que outros compromissos/dívidas dos participantes da SPE interfiram na saúde financeira ou gestão da concessão. O governo pode ser um dos participantes da SPE, de forma a alocar capital e garantias ao projeto (*joint venture*).

Há o possível envolvimento financeiro do governo por meio de empréstimos ou garantias ao parceiro privado, o que representa risco para o governo e para as finanças públicas, exigindo um contrato mais complexo, envolvendo contragarantias, cancelamento da concessão e troca do parceiro privado em caso de descumprimento contratual. Tendo em vista a já comentada dificuldade das instituições brasileiras para garantir o cumprimento dos contratos, os riscos de parte a parte são elevados.

Os contratos exigem uma ação mais completa da agência reguladora, que vai fiscalizar tanto os padrões quanto os prazos de reajuste tarifário. E, como já afirmado anteriormente, esse é um ponto fraco das instituições brasileiras.

Há também que definir e dar cumprimento à regra que estabelece com quem ficarão os ativos ao final da concessão (se com o setor público ou com o parceiro privado). Nos casos de serviços públicos concedidos de telefonia, internet (Lei Geral de Comunicações, Lei 9472\97), televisão e rádio (CF art. 223), a maior parte dos ativos construídos é de propriedade do parceiro privado. Já nas concessões de infraestrutura de transportes a tendência é que haja reversão dos investimentos ao setor público ao final do contrato.

No Brasil todas essas modalidades estão previstas em lei. Quando se trata de concessão e permissão de serviços nos quais o prestador privado será remunerado por meio de tarifa cobrada junto ao usuário, o marco legal é a Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 1995). Quando há a necessidade de pagamento ou subsídio público, a concessão é regida pela chamada “Lei das PPP” (Lei nº 11.079, de 2004). Sobre as dificuldades para implantação de PPP no Brasil veja, neste site, o texto [O que são parcerias público-privadas \(PPP\)?](#)

5 - PROJETO, CONSTRUÇÃO (REFORMA) E OPERAÇÃO

Em relação à modalidade tratada no item anterior, esta agrega a participação do parceiro privado na fase de projeto, aumentando os potenciais ganhos de eficiência, pois agora o parceiro privado não só vai se esmerar na construção, mas também na busca de um projeto de qualidade,

de forma a facilitar suas operações quando a infraestrutura estiver pronta. Nessa modalidade tira-se proveito da maior capacidade do setor privado para prospectar oportunidades de lucro em projetos financeira e/ou economicamente viáveis.

Há restrições na legislação brasileira para se conceder, conjuntamente, todo o pacote, desde o projeto até a operação. De acordo com o art. 7º, § 2º, inciso I da Lei de Licitações só se pode licitar um projeto que disponha de “projeto básico” aprovado por autoridade competente. A ideia por trás dessa restrição é evitar a licitação de projetos sem adequada caracterização, o que daria ao parceiro privado excessiva liberdade para decidir o que e como construir. De acordo com os críticos de se licitar desde o projeto à operação, estar-se-ia licitando uma obra (e o respectivo serviço de operação da infraestrutura) no escuro⁶.

A Lei nº 12.462, de 2011 (Lei do regime diferenciado de contratações), abriu exceção a essa regra, mas apenas para a construção da infraestrutura relacionada à realização da Copa do Mundo. É importante que essa regra seja generalizada para um conjunto maior de projetos de infraestrutura, depois que as obras da Copa sejam utilizadas como projeto piloto.

Se o governo investir na melhoria de sua capacidade de elaborar projetos, conforme já comentado acima, e puder contar nessa tarefa com a participação de sugestões do setor privado (antes da licitação do projeto), será possível fazer licitações a partir de anteprojetos de engenharia que sejam melhores do que os atuais (falhos) projetos básicos.

O fato de que quem planeja e constrói também ser o operador da infraestrutura já é, em si, um incentivo para que as obras de engenharia sejam feitas com economicidade e agilidade, pois disso depende a lucratividade e os baixos custos de manutenção do parceiro privado durante toda a vida da concessão. Obviamente, os resultados desse tipo de contratação, assim como das concessões comuns e PPPs depende dos detalhes de desenho dos contratos, em especial da alocação de riscos e obrigações entre os parceiros privado e público. E, com ainda mais motivos que nas modalidades anteriores, é essencial uma autoridade reguladora autônoma e técnica.

6 – CONCLUSÕES

A legislação brasileira já abriga a maior parte das modalidades de cooperação privada na provisão de infraestrutura pública, exceção feita à às licitações integradas desde o projeto básico até a execução do serviço. Mas mesmo essa possibilidade já vem sendo introduzida de forma exploratória para os investimentos relacionados à Copa do Mundo de 2014.

Não obstante haver possibilidades legais para a cooperação público-privada, diversos problemas políticos e operacionais travam a participação privada ou reduzem a sua eficiência:

- a baixa independência política, técnica e financeira das agências reguladoras e dos órgãos de defesa da concorrência para coibir eventuais comportamentos ilegais dos parceiros privados durante a vigência dos contratos;
- os percalços que a legislação trabalhista impõe à terceirização de serviços;
- a dificuldade institucional do judiciário para impor o fiel cumprimento dos contratos;
- a baixa *accountability* do setor público abre espaço para disfunções como: o uso da terceirização como mecanismo político de geração de emprego para clientelas

⁶ Para uma crítica a essa modalidade de contratação ver Resende, Renato M. (2011) *O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf.

políticas, formação de cartel de fornecedores ao setor público, corrupção de agentes públicos;

- os altos custos de transação envolvidos no processo licitatório dificultam o uso de novas licitações para contestar os preços de contratos vigentes;
- a falta de capacitação técnica e as amarras excessivas à contratação de PPPs;
- prioridade excessiva conferida pela Lei de Licitações ao menor preço dificulta que o setor público imponha critérios de qualificação prévias que retirem da disputa concorrentes oportunistas;
- baixa capacidade do setor público para prospectar e elaborar projetos representa perda de oportunidade de novos empreendimentos por falta de formatação adequada da relação entre os setores público e privado;
- descoordenação e baixa capacidade técnica na elaboração de licenças ambientais travam investimentos de baixo impacto e/ou acabam na liberação “à força” de empreendimentos cujo impacto ambiental não é adequadamente mitigado.

A solução dos problemas acima listados representaria ganho de produtividade nos investimentos em infraestrutura, com a abertura de novos projetos viáveis para realização por meio de concessões. Em especial, permitiria que os investimentos em infraestrutura e a gestão dos serviços por eles prestados fossem de melhor qualidade.

Para ler mais sobre o tema:

UNESCAP (2007) *Public-private partnership in infrastructure development: an introduction to issue from different perspectives*. Transport and Tourism Division UNESCAP. Bangkok, Thailand.