UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E CIÊNCIAS CONTABÉIS
DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO

TEORIA DA AGÊNCIA E O CONTRATO DE PPP DA RODOVIA MG-050

Érica Ferreira de Andrade
Orientadora: Maria Sylvia Macchione Saes

SÃO PAULO
2019

Prof. Dr. Vahan Agopyan
Reitor da Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Fábio Frezatti
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade.

Prof. Dr. Moacir de Miranda Oliveira Junior
Chefe do Departamento de Administração

Prof. Dr. Eduardo Kazuo Kayo
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Administração

ÉRICA FERREIRA DE ANDRADE

TEORIA DA AGÊNCIA E O CONTRATO DE PPP DA RODOVIA MG-050

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Orientadora: Maria Sylvia Macchione Saes

Versão Corrigida
(Versão original disponível na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade)

SÃO PAULO
2019

Ficha catalográfica
Elaborada pela Seção de Processamento Técnico do SBD/FEA
com os dados inseridos pelo(a) autor(a)

Andrade, Érica Ferreira de.
TEORIA DA AGÊNCIA E O CONTRATO DE PPP DA RODOVIA MG-050 / Érica Ferreira de Andrade. - São Paulo, 2019.
82 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, 2019.
Orientador: Maria Sylvia Macchione Saes.

1. Parceria Público-Privada. 2. Teoria da Agência. 3. Regulação. I. Universidade de São Paulo. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores e servidores do departamento de administração. Principalmente à Sylvia Saes pela ótima orientação e pelo respeito e humanidade que sempre me tratou.

Agradeço à CNPq por financiar este estudo.

Preciso demostrar minha gratidão à minha família por me mostrar o amor com suas ações. À minha mãe pela paciência e dedicação diária.

Sou grata às amizades que me acolhem no dia a dia.

E também agradeço às coisas boas e ruins que aconteceram neste período.

RESUMO

A modelagem de contrato de uma Parceria Público-Privada tem aumentado nas principais economias do mundo, principalmente por recomendação do Banco Mundial que organiza estudos e manuais sobre o tema a fim de padronizar o conceito. A pergunta que se faz é como se configuram as relações de agência em uma Parceria Público-Privada, pensadas em termos de conduta oportunista, assimetria de informação e desenho institucional. Esta pesquisa tem como objetivo geral discutir as relações de agência a partir do desenho institucional da Parceria Público-Privada da Rodovia MG-050. Os objetivos específicos são: operacionalizar o conceito de PPP para este trabalho, conforme a legislação federal e a estadual sobre o tema; identificar as diferenças de outros modelos de contratação e de investimento tradicionalmente utilizados; reconhecer a capacidade das instituições instaladas, sua histerese ou resiliência à esta modelagem de contratualização; trazer o contexto histórico à atualidade, considerando o ambiente institucional democrático de transparência e responsabilização; e interpretar como a Teoria da Agência pode iluminar os resultados destas parcerias. Como estrutura teórica, apresenta-se a evolução crítica das teorias da regulação, o problema Principal-Agente e a abordagem institucionalista da regulação econômica setorial. A seguir é apresentada a evolução da regulamentação de concessões de PPP no Brasil. Por fim, é realizado um estudo de caso da Rodovia MG-050 à luz da Teoria da Agência. Como resultado a pesquisa apresenta proposições sobre o que a contratualização de serviços públicos do tipo Parcerias Público-Privadas gera para os desafios democráticos de transparência, responsabilização e ampliação da cidadania; sobre o que este tipo de contratualização gera para as falhas de mercado; e sobre a capacidade do Estado neste tipo de modelagem, tanto pela necessidade de um Estado planejador para estes projetos, quanto pela demanda de um Estado garantidor.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada. Teoria da Agência. Regulamentação.

ABSTRACT

The contractual modeling of Public-Private Partnerships has increased in the world's major economies, mainly on the recommendation of the World Bank that organizes studies and manuals on the subject in order to standardize the concept. This issue raises is how the agency relations are configured in a Public-Private Partnership, thought in terms of capture, asymmetry of information and institutional design. This research has the general objective to discuss the Agency Theory based on the institutional design of this partnership. The specific objectives are: to operationalize the concept of PPP for this research, according to the federal and state legislations on the subject; the differences from other traditionally used contracting and investment models; the capacity of the installed institutions, their hysteresis or resilience to this contractual modeling; bring the historical context to the present, considering the democratic parameter of transparency and accountability; and thus interpret how the Agency Theory can illuminate the results of these partnerships. As a theoretical framework, we present the critical evolution of theories of regulation, the Principal-Agent problem and the institutionalist approach to sectoral economic regulation. The following is the evolution of the regulation of PPP concessions in Brazil. Finally, a case study of Highway MG-050 is carried out in light of the Agency Theory. As a result, the research presents propositions about what the contracting of public services of the Public-Private Partnership type generates to the democratic challenges of transparency, accountability and enlargement of citizenship; what this type of contracting generates for market failures; and on the capacity of the State in this type of modeling, both by the need of a state planner for these projects, and by the demand of a guarantor State.

Keywords: Public Private Partnership. Agency Theory. Regulation.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Pontos Comuns e Diferenças entre PPPs e Concessões Públicas 52
Quadro 2: Contrato e Aditivos - PPP da Rodovia MG-50. 56
Quadro 3: Dados de Tráfego 66
Quadro 4: Relação Agente-Principal em PPPs: o caso da rodovia MG-050 76

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Variação da Tarifa de Pedágio 64
Gráfico 2: Receita da Concessionária (R$*100) 66

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Modelo Principal-Agente de Przeworsky (1995) 32
Figura 2: Projeto PPP da MG-050 57
Figura 3: Concedente, regulador e Contrato de PPP da Rodovia MG 050 58
Figura 4: Diagrama do Projeto PPP MG-050 60
Figura 5: Estruturas de Receitas e Mecanismos de Pagamentos da PPP Rodovia MG-050 61
Figura 6: Problema Principal-Agente em concessões comuns 69
Figura 7: Problema Principal-Agente em PPPs 70

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13
CAPÍTULO 1: TEORIA DA REGULAÇÃO 16
1.1 Interesse Público *versus* Grupos de Interesse 16
1.1.1 Por que, como, quem e para quem regular? O caso dos serviços públicos 22
1.1.2 Desenho institucional 24
1.2 Problema Principal-Agente 27
1.2.1 Problema do Principal-Agente na teoria de Przeworsky 28
CAPÍTULO 2: A LEGISLAÇÃO DAS CONCESSÕES E DAS PPPS NO BRASIL 34
2.1 Antecedentes históricos 34
2.2 Serviços Públicos no Brasil: das Concessões às PPPs 36
2.2.1 As legislações das concessões no Brasil 38
2.2.1.1 A Lei de Concessões 39
2.2.1.2. A Lei das PPPs 43
CAPÍTULO 3: PPPS NO BRASIL: O CASO DA RODOVIA MG-050 55
3.1 Metodologia: Estudo de Caso 55
3.2 Estudo de Caso: A PPP da Rodovia MG-050 56
3.3 Contratos e aditivos 62
CONCLUSÃO 79
REFERÊNCIAS 85

INTRODUÇÃO

O modelo de concessão chamado Parceria Público-Privada (PPP) surgiu no país nos anos 2000, como alternativa para investimento em projetos de infraestrutura de relevante interesse público que tenham viabilidade técnica, mas que não tenham viabilidade econômica garantida, por ter retorno financeiro desconhecido ou de baixa expectativa. O investimento em infraestrutura, que no passado foi realizado diretamente pela administração pública, aponta para a parceria com o setor privado como uma alternativa para um Estado com dificuldade de caixa, dando fôlego a uma cultura crescente de contratualização de serviços públicos. Diferente do contrato de obra pública tradicional[1] e o de concessão comum[2], o risco do empreendimento concedido no modelo de PPP é compartilhado entre as partes, público e privada. Este compartilhamento resulta em um arranjo institucional que incorpora negociações e atores intermediadores e, portanto, aumenta o número de relações em que possa resultar em problemas de assimetria informacional.

Esta dissertação apresenta os desafios deste modelo de concessão no Brasil abordando o caso específico dos investimentos em transporte rodoviários, em particular o contrato de PPP da Rodovia MG-050. O objetivo geral é discutir as relações de agência a partir do desenho institucional desta Parceria Público-Privada. Ou seja, analisar se existem Problemas Principal-Agente nas relações que compõem o arcabouço institucional da PPP da Rodovia MG-050, colocando em relevo a assimetria de informação entre as partes, a possibilidade de adoção de conduta oportunista, e analisando como os agentes envolvidos neste caso lidam com esta situação.

Os objetivos específicos são: operacionalizar o conceito de PPP para este trabalho, conforme a legislação federal e a estadual sobre o tema; identificar as diferenças de outros modelos de contratação e de investimento tradicionalmente utilizados; reconhecer a capacidade das instituições instaladas, sua histerese ou resiliência à esta modelagem de contratualização; trazer o contexto histórico à atualidade, considerando o ambiente institucional democrático de transparência e responsabilização; e interpretar como a Teoria da Agência pode iluminar os resultados destas parcerias.

---

[1] Na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) o risco do projeto é integralmente arcado pelo Poder Público.

[2] Na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) o risco do projeto é integralmente arcado pela Concessionária.

Após a crise de 2008, os Estados Nacionais passaram por crises econômicas e políticas que demandaram uma maior capacidade de regulação e governança de aspectos econômicos internos. A questão fiscal volta a ser justificativa para alternativas de investimento em infraestrutura. Neste contexto, ocorreu um aumento da modelagem de contratação via PPP, principalmente por recomendação do Banco Mundial, que organiza estudos e manuais sobre o tema a fim de padronizar o conceito, apesar de não haver um modelo único, pois cada país tem uma abordagem adequada ao seu ambiente institucional e econômico. No caso de estudo, referente à PPP de rodovia no estado de Minas Gerais, o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID disponibilizou recursos a fundo perdido como apoio à modelagem dos projetos-piloto de PPP no estado, assim como para criar os mecanismos de garantia e difundir este modelo de parceria.

A relevância do tema, PPP de rodovia, está relacionada ao aumento do número de concessões na modelagem PPP no Brasil, em todas as instâncias administrativas, tanto para o investimento em infraestrutura econômica quanto em infraestrutura social; e com o fim do prazo de concessões comuns de rodovias da primeira rodada de concessões, de 1995.

A pergunta que se faz é como se configuram as relações de agência em uma Parceria Público-Privada, pensados em termos de conduta oportunista, assimetria de informação e desenho institucional.

Incialmente, apresenta-se a evolução crítica das Teorias da Regulação, que enriquece a compreensão do processo de regulação e de suas limitações. A Teoria Econômica da Regulação olha basicamente para o lado da demanda por regulação, abstraindo o lado da oferta, ou seja, a capacidade reguladora da Administração Pública. Posteriormente, introduz-se a abordagem da Teoria da Agência que irá fornecer uma modelo de análise para o objeto de estudo, baseado no Problema Principal-Agente apresentado na obra "Estado e Economia no Capitalismo" de Adam Przeworsky.

A seguir será apresentado o contexto histórico e institucional do papel do Estado e do setor privado nos investimentos em infraestrutura no Brasil. A abordagem histórica auxilia a interpretação do que é demandado do Estado no que se refere ao tipo de contratualização do modelo de PPP. Ao trazer o contexto histórico à atualidade, busca-se interpretar como a última reforma do Estado, na década de 1990, trouxe flexibilização das modalidades de contratação. Para tanto, será apresentada a evolução do marco legal da participação da

iniciativa privada na oferta de serviços públicos, sendo o foco as leis que afetam a construção, ampliação e manutenção de rodovias.

Por fim, são discutidos os problemas de agência no caso específico de PPP da Rodovia MG-050 e as formas com que o arranjo institucional existente lida com estes problemas. O estudo de caso fornece suporte para proposições que mitiguem os problemas de agência, pensados em termos de transparência e responsabilização; sobre o que este tipo de contratualização gera para as falhas de mercado e a capacidade do Estado de regular; e sobre a necessidade do Estado exercer a função de planejador para estes projetos, assim como pela demanda de um Estado garantidor.

CAPÍTULO 1: TEORIA DA REGULAÇÃO

1.1 Interesse Público *versus* Grupos de Interesse

Até a década de 1970 a intervenção regulatória no domínio econômico tinha como justificativa teórica a correção das falhas de mercado com vistas à promoção do bem-estar econômico. Esta abordagem alinhada à economia normativa de como administrar a coisa pública estava permeada por uma ética, do que se considera adequado e inadequado, e por uma moral, da conceituação prescritiva desta ética (Posner, 1974). As políticas recomendadas estavam baseadas em uma avaliação da realidade, de um dever ser da atividade econômica. Nos Estados Unidos, a motivação para a regulação[3] está ligada ao fortalecimento da administração federal desde o programa de recuperação econômica do *New Deal* (1933-1939) (Levine & Noll,1989).

A Teoria do Interesse Público considera que a intervenção do Estado na economia por meio do aparato regulador se dá por interesse da sociedade. O governo estaria atendendo uma determinada "demanda do público por correção de práticas de mercado ineficientes ou não equitativas" (Posner, 1974, p. 50). O regulador seria neutro, observando as necessidades da população em detrimento de interesses corporativos particulares. Ele cria uma normatização em defesa da coisa pública, visando atingir um funcionamento adequado do mercado e garantindo maior eficiência econômica, de maneira “justa” entre os agentes econômicos.

Historicamente, os monopólios naturais, nos quais há ganhos decorrente da subaditividade de custos, seriam o principal foco dos programas de regulação, já que a produção por uma única firma traria ganhos para sociedade, mas a ausência de concorrência não garantiria que estes ganhos fossem repassados aos consumidores. Os denominados serviços públicos (diversos setores da infraestrutura, dentre os quais se incluem saneamento básico, energia elétrica e também transportes rodoviários – este último sendo o foco de estudo desta dissertação) são exemplos de monopólio natural. Outras motivações também se agregam aos argumentos favoráveis à regulação, tais como: externalidades, competição predatória, renda derivada da escassez, favorecimento de indústria infante etc. (Levine & Noll, 1989).

[3] O termo regulamentação respeita especificamente a regras regulamentares, o termo regulação alude a regras em geral. Regras em geral podem ser legislativas, regulamentares ou técnicas não jurídicas.

Dois pressupostos caracterizaram a Teoria do Interesse Público, segundo Posner (1974), “Um pressuposto é que os mercados são extremamente frágeis e estão prontos para funcionar de maneira bastante ineficientes (ou não equitativas) se deixados à sua própria sorte; outro é que a regulação governamental praticamente não tem custos” (Posner, 1974, p. 50).

A década de 1970, no entanto, foi marcada pelo crescimento de movimentos regulatórios distintos, advindos de críticas ao *New Deal* e das suas agências reguladoras. Contra as agências, uma série de acusações de fracassos e falhas operacionais foram levantadas, apontando que elas não promovem nem eficiência e nem bem-estar, além de o custo da regulação produzida superar em muito os benefícios gerados.

Uma linha de argumentos desenvolvida acerca do fenômeno regulatório nos anos 1970 foi a teoria econômica da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), que afirma que o motivo pelo qual as pessoas transacionam privativamente no mercado, a satisfação do autointeresse individual, é o mesmo pelo qual elas se reúnem coletivamente na arena política. Ou seja, procura aplicar os postulados básicos da microeconomia neoclássica à compreensão do funcionamento da arena política. A Teoria da Escolha Pública foi precedida pelos trabalhos de Downs (1957) e Olson (1965) e, embora mais remotamente, de Schumpeter (1976).

A Teoria da Escolha Pública faz uma crítica do arcabouço institucional próprio à democracia ao afirmar que ela não é o governo pelo povo, mas a competição entre os políticos pelo poder e por votos. A escolha pública seria necessariamente irracional e ineficiente. Salgado (2003) indica que uma premissa básica é um determinismo estrutural implícito na ideia de Downs de que para o eleitor é racional permanecer ignorante e inativo com relação à luta política; para o político é também racional o comportamento de mistificação, engano, ocultação e distorção de informações; para o burocrata, a prioridade é maximizar seu poder por meio da expansão de seu orçamento/tamanho do bureau. Salgado conclui ainda que muitos outros fatores entram na determinação de visões políticas e, portanto, "soa anacrônica e simplista a afirmação de que burocratas, eleitores e políticos são maximizadores, respectivamente, de orçamentos, políticas e votos" (Salgado, 2003, p. 10).

Nos trabalhos de Niskanen, em 1971, citado por Salgado, 2003, inaugura-se um corpo unificado da Teoria da Escolha Pública em uma tese facilmente compatível com a Teoria Econômica da Regulação. Segundo Salgado (2003),

> As Teorias da Escolha Pública e da Regulação entendem que o interesse público já é representado de forma eficiente por meio do mecanismo do mercado; qualquer outra instituição — como o mercado político — apenas contribui para confundir os sinais fornecidos pelo sistema de preços e comprometer a eficiência do sistema (Salgado, 2003, p. 9).

Neste sentido, a Teoria Econômica da Regulação proposta, ou denominada por George Stigler (1971) de Teoria da Captura, faz um contraponto à Teoria do Interesse Público ao afirmar que "a regulação é formulada em resposta às demandas por grupos de interesses se digladiando para maximizar os benefícios de seus próprios membros" (Posner, 1974, p. 50). Portanto, a regulação não advém da coletividade, mas advém da firma que quer manter seu *status quo* dentro do mercado, admitindo que tanto indústrias competitivas como monopolistas podem atrair a regulação. As organizações demandam regulação de maneira a criar nichos de mercado, impedindo a competição, o livre mercado, a livre concorrência, o livre estabelecimento de preços, dificultando ou impedindo a entrada de novos concorrentes. "Essa teoria afirma que com o passar do tempo as agências regulatórias acabam sendo dominadas pelo mercado regulado" (Posner, 1974, p. 57).

Os grupos de interesse são compostos de indivíduos que buscam o seu autointeresse e que, devido às circunstâncias correntes iriam se beneficiar de uma legislação proposta pelo governo. A Teoria da Captura destaca que um grupo de interesse em particular, as empresas reguladas, prevalecem na batalha para influenciar a legislação. Por isto Stigler afirmar que "a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada em seu benefício" (Stigler, 1971, p. 23). Os benefícios que o Estado pode proporcionar seriam a subvenção direta em dinheiro, o controle sobre a entrada de novos concorrentes, sobre produtos substitutos e complementares e a fixação de preços (Stigler, 1971).

O regulador atua segundo o interesse das firmas, ou seja, interesses privados, legítimos ou ilegítimos, e não interesse público. Como exemplo de interesses legítimos das firmas, teria a garantia do regime concorrencial, de livre mercado, livre empresa e livre determinação de preços, evitando-se preços e concorrência predatória e prática de *dumping*, além da defesa de uma margem de lucro para se manter no mercado. Mas estas empresas também podem ter interesses ilegítimos, como restringir a concorrência, impedir a entrada de novos competidores, ou manter um ritmo tarifário que garanta a lucratividade mínima independentemente da quantidade e qualidade dos bens ofertados.

Com relação aos custos de obter a regulação, uma crítica à Teoria do Interesse Público feita por Stigler (1971) afirma que, "quando uma indústria recebe uma concessão de poder do Estado, seu benefício ficará aquém do prejuízo causado ao resto da comunidade" (Stigler, 1971, p. 33). A Teoria Econômica da Regulação diz que o custo é muito elevado, tanto em termos de ineficiência econômica causada pela intervenção governamental, quanto os custos administrativos de criação e de manutenção da estrutura regulatória. Portanto, é preferível viver em uma condição de livre mercado e não da intervenção sobre eventuais falhas de mercado.

Os políticos, incluindo os membros do poder executivo e legislativo são os principais participantes do mercado que ofertam regulações. Eles agem como intermediários entre os grupos de interesse sendo favoráveis ou se opondo às regulações. Mas, mais do que ser intermediários nestas transações, eles agem como empresários propondo regulações e ajudando a mobilizar os grupos de interesse. As firmas tendem a ter uma atuação muito mais efetiva do que a coletividade. Mas os benefícios políticos são limitados pelas políticas contra cartel. Segundo Stigler (1971, pp. 29-30), as limitações que devem entrar no cálculo da regulação são de três tipos: “a influência de cada firma sobre o preço e a produção é proporcional à sua parcela no total produzido no mercado; há custos administrativos envolvidos; e o processo político aceita pressões externas em agências de regulação setorial”.

É a partir deste jogo de interesses que a Teoria Econômica da Regulação propõe a existência de um mercado regulatório, cuja regulação é um bem negociado entre o Estado e as firmas. A proposta que uniformiza as diferentes contribuições na Teoria Econômica da Regulação é a integração dos processos políticos e econômicos na análise da intervenção do Estado na economia. O Estado tem o poder de império, o monopólio da criação de legislação sobre uma obrigação unilateral que todos os demais têm que cumprir. A classe política exerce o poder de legislador, hora atende ao interesse da coletividade e a busca de votos, hora atende ao interesse da firma, em busca de apoio financeiro. Segundo Stigler (1971), o processo político provê incentivos para o governo ofertar regulação. Ele trata a regulação como um bem a ser eventualmente ofertado para angariar apoio político, sobretudo o econômico-financeiro das firmas, para a conquista e a manutenção da sua estrutura de poder. A classe política trata, então, a regulação de acordo com seus interesses particulares.

No modelo de democracia representativa, a Teoria Econômica da Regulação afirma que na sociedade há duas grandes forças, a coletividade e o interesse das firmas. A coletividade tem a

seu favor o peso numérico e podem pressionar os políticos a atender o interesse público via voto, mídia, ruas, grupos organizados como sindicatos, associações. Mas, dado que a coletividade é numericamente muito grande, há um custo muito alto de organização para encaminhar os seus pleitos. Há, também, a figura do carona (*free rider*), que faz com que a pressão política que a coletividade exerce tende a ser mais difusa no ambiente político, pois há um grupo que se mobiliza e um grupo maior de pessoas que, apesar de pensar da mesma forma, não quer se dar ao incômodo de pressionar a classe política.

Portanto, a firma tem uma capacidade maior de influenciar a regulação, sobretudo em setores industriais em que o número de *players* no mercado seja menor. Quanto mais coeso, mais antigo, maior o peso político do grupo, dada sua capacidade de interagir junto ao poder público de maneira lícita ou não lícita para influenciar o aparato regulatório. Menor é o seu custo administrativo de organização e menor é a figura do *free rider*. O inverso também é verdadeiro. Quanto maior e mais jovem no mercado, menos coesas estas firmas são e maior o custo administrativo de tentar influenciar o aparato regulatório.

O mercado para regulação governamental é uma competição entre os grupos de interesse que sustentam ou se opõe à regulação. O poder político das coalizões depende tanto do seu tamanho como de quão bem organizada ela seja para obter votos e contribuições políticas relativa aos seus opositores. Para uma coalizão ser efetiva, os benefícios da regulação governamental que cada parte na coalizão espera receber deve exceder os custos que eles fazem face na formação da coalizão e *lobby*. Quanto menor for o grupo, mais concentrados serão os benefícios e mais controlado o problema do *free rider*.

O resultado final da regulação irá depender dos custos e ganhos para cada grupo organizado. Assim, vemos que, segundo esta teoria, a regulação nada mais é que a resposta política do governo às pressões de grupos de interesse conflitantes entre si ou com terceiros.

Para Stigler (1971) o processo de regulação econômica leva a dois resultados nefastos. O primeiro é da captura do Estado pelas firmas reguladas. O segundo é a substituição do mercado como instrumento de alocação de recursos em favor das decisões políticas. Esses resultados induzem à ineficiência, na medida em que incorpora ao processo de decisão agentes insuficientemente informados que não possuem interesse direto nas questões da regulação; questões essas que, por sua vez, são apresentadas juntamente com um grande número de outras questões, impedindo uma escolha eficiente (Fiani, 2004).

Ao discutir para quais interesses serve a regulação, Fiani (2004) aponta uma série de trabalhos que procura oferecer soluções para o problema da captura:

> Laffont e Martimort (1999) sugerem a separação dos reguladores como forma de aumentar os custos de transação envolvidos na captura; Brezis e Weiss (1997) discutem a remuneração e a extensão da quarentena imposta ao regulador, necessários para reduzir a captura por meio da oferta de cargos na indústria regulada; e Martimort (1999) procura demonstrar que as oportunidades de captura aumentam com o tempo, na medida que se repetem as interações entre regulador e regulado, sugerindo o aumento dos procedimentos predefinidos. (Fiani, 2004, p. 81)

Nessa mesma linha de argumentação, Posner (1974) defende que na maioria dos casos a legislação demandada surge às expensas de outros grupos, que terão que arcar com as consequências econômicas da legislação regulatória ou terão seus direitos restritos por ela. Para a maioria das ações governamentais propostas, pode-se identificar dois grupos de interesse, os que melhoram e aqueles que pioram de situação. Aqueles que são prejudicados tentarão, posteriormente, obstruir a regulação original (Posner, 1974, p. 57).

Ou seja, pode-se pensar que, conforme argumenta Peltzman (1989), há um mercado de demanda por regulação. Essa disputa resulta que todos os grupos dividiriam as rendas para concessão regulatória tal como ocorre na análise usual de maximização das restrições, restringindo, portanto, a probabilidade de um grupo de interesse se apropriar do Estado. Gary Becker (1983) vai além desse argumento e defende que o processo político poderia ser atraído para modelos eficientes de produção e, portanto, de desregulação. A eficiência é determinada pelo custo do peso morto (social) e benefícios dos impostos e subsídios.

O argumento central de Becker é que são os ganhos e perdas de bem-estar que estimulam o jogo de pressões dos grupos de interesse no processo político. Para o autor, o equilíbrio político sempre gera alguma perda de bem-estar social, pois tanto os impostos quanto a regulação geram perdas. Mas, no processo político, uma política regulatória ineficiente sofre pressão por mudanças tanto dos ganhadores quanto dos perdedores, que racionalmente não se oporão a mudanças que eliminem alguma perda de bem-estar social. Sua tese central é que, quando grupos estruturados, mais eficientes em pressionar o sistema político para obter favores regulatórios, atuam, isto acaba por gerar ainda mais regulação. Isto porque, no modelo de Becker, a perda de recursos reduz a pressão política por regulação nessa indústria em

relação a outras, e o aumento nos preços aumenta a pressão contra a regulação por parte dos consumidores (Peltzman, 1989).

1.1.1 Por que, como, quem e para quem regular? O caso dos serviços públicos

Para se discutir a regulação, a Teoria Econômica da Regulação faz três perguntas centrais: Por que regular? (Ou quais fatores que justificam a intervenção, como a existência de falhas de mercado e as ineficiências econômicas criadas pelo mercado); Como regular? (Ou a definição se vai regular preço, quantidade, qualidade, abrangência, taxa de retorno, taxa de investimento); Quem arca com os custos da regulação? (Acerca tanto dos custos da ineficiência econômica eventual que uma intervenção econômica pode trazer, quanto dos custos administrativos, já que o estado, para regular, deverá constituir uma agência reguladora, com pessoal qualificado e um aparato fiscalizador e monitorador); e uma pergunta auxiliar, Para quem regular? (Isto é, quais são os estratos da sociedade que serão eventualmente beneficiados decorrente de uma regulação e se o benefício é legítimo, justo, com a sociedade disposta a arcar com esta regulação).

Como se observou, a Teoria Econômica da Regulação é cética sobre a capacidade do Estado de intervir no ambiente econômico de maneira positiva, e conclui que, na maioria das vezes, não há justificativa para a intervenção. O argumento é que, o mercado deixado à lei da oferta e da demanda tende a levar a economia para o equilíbrio, maximizando a lucratividade e o bem-estar do consumidor. Isto se adequa ao pensamento liberal mais contemporâneo, que propõe a não intervenção do Estado na economia, a desregulamentação econômico-financeira, a abertura comercial e a redução do papel do Estado.

Esta hipótese parece ser confirmada pelas evidências empíricas, embora Posner (1974) aponte algumas falhas nas evidências da Teoria Econômica da Regulação, como: a maior parte das evidências é consistente com qualquer versão da teoria do grupo de interesse; a pesquisa empírica não tem sido sistemática; alguns dos estudos de casos de regulação têm produzido evidências difíceis de serem reconciliadas com a teoria econômica; a evidência empírica depende profundamente de uma rejeição segura da lógica do interesse público; os efeitos da regulação econômica são difíceis de rastrear; e há um dado não explicado sobre os custos envolvidos na retórica dos políticos, típica do interesse público, com a qual são conduzidas as discussões e desenhadas as políticas públicas – tal custo de promessas enganadoras deve estar associado a benefícios momentâneos para os políticos (Posner, 1974, pp. 70-73).

Durante as décadas de 1970 e 1980, viveu-se um amplo processo de desregulação no sentido apontado por Stigler (1971) e Posner (1974). Estes autores defendem que, se a regulação serve aos interesses da indústria, a desregulação seria contrária a esses interesses privados, pois, ao suprimir regras regulamentares, introduz mais concorrência entre os agentes econômicos (Mattos, 2004). Becker (1988) sustenta que a desregulação das linhas aéreas, bancos, firmas de seguros e outras indústrias nos EUA, nos anos 80, é consistente com a Teoria Econômica da Regulação, uma vez que o apoio político para regulamentação nesses setores diminuiu, pois, o custo (aumento do peso morto ao longo do tempo) da regulação aumentou.

Essa questão é particularmente importante quando a desregulação pressupõe o estabelecimento de arranjos como licitações públicas para concessão ao setor privado de serviços públicos em que apenas uma empresa ou grupo de empresas consorciadas tem o direito de explorar um determinado projeto. Cria-se, dessa forma, um monopólio legal para a prestação desses serviços em adição ao já existente monopólio natural.

Como se observou, a Teoria Econômica da Regulação apresentou uma importante inflexão ao sair de uma lógica intervencionista para a defesa da desregulação, tendo como pano de fundo o ambiente institucional. Indo além, Horwitz (1989) destaca que durante o processo de liberalização nos Estados Unidos, a partir do final dos anos 1970, o contexto institucional apresentou um papel determinante no sentido das reformas. Segundo o autor, durante o governo Reagan, o judiciário norte-americano teve um destaque na desregulação de setores da infraestrutura enquanto atuava impedindo este movimento na área social (Fiani, 2004, p. 99).

De acordo com Fiani (2004), Horwitz (1989) explica a incapacidade de as indústrias se defenderem pela poderosa aliança ideológica entre liberais e conservadores dos anos 70 que convergiram na desaprovação da regulação econômica, com o mote da hipótese da captura e da eficiência das forças de mercado. O autor ressalta que, "mais do que captura, o que a evidência apresentada por Horwitz (1989) parece indicar é, mais uma vez, a relevância da ideologia do regulador, ou legislador, para o resultado final do processo" (Fiani, 2004, p. 100).

Segundo Fiani (2004), na medida em que desconsideram o contexto institucional, os modelos que compõem a Teoria Econômica da Regulação sofrem de limitações e conduzem a análises parciais. Para se explicar o processo concreto, as evidências indicam a necessidade de uma

pesquisa mais aprofundada dos condicionantes exercidos pelo arranjo institucional e das preferências dos reguladores.

A Teoria Econômica da Regulação olha basicamente para o lado da demanda por regulação, abstraindo do lado da oferta. Ou seja, a teoria presume que o regulador e o legislador, ou outro político eleito, são a mesma pessoa ou que o último controla o primeiro perfeitamente. Em outras palavras, há que se levar em conta a existência de um Problema Principal-Agente entre o político e o regulador. Para resolver este problema, o legislador teria que monitorar o regulador e saber se este está implementando a regulação de modo condizente com seus interesses. O grande desafio é que há um custo e uma dificuldade no monitoramento do comportamento do agente pelo principal.

O modelo brasileiro de Agência Reguladora é um modelo de autarquia especial, com autonomia de organização administrativa e financeira para exercer a regulação sobre o ponto de vista técnico. O que significa dizer que, embora seja prerrogativa do legislador a normatização primária, pela constituição e leis infraconstitucionais, ele determina objetivos, metas, parâmetros e formas de atuação da intervenção governamental. Mas cabe à agência reguladora normatizar de forma técnica e secundária a sua área de competência, por ela ter o conhecimento técnico, a capacidade ou habilidade para regular o seu nicho de mercado.

A agência reguladora, por ser o agente de implementação destas políticas e normas, muitas vezes pode se comportar de maneira diferente do que é esperado pelo principal, o governo ou o legislador. Isto porque o agente tem interesses que lhe são próprios. E se considerar a Agência Reguladora como principal, como aquele que está definindo o aparato regulatório, o modelo de regulação da sua área de competência, o objeto desta regulação é a firma. Neste aspecto do Problema Principal-Agente, a firma é o agente, que também pode ter interesses e incentivos que a levem a se comportar de maneira diferente àquilo que o principal, a Agência Reguladora, definiu como parâmetro de comportamento.

1.1.2 Desenho institucional

No caso em que há investimentos significativos em ativos específicos, como ocorre no investimento em infraestruturas[4], as propriedades que normalmente caracterizam um mercado

[4] Uma fonte de especificidade de ativos investimentos em infraestrutura é a especificidade em que o valor dos ativos está diretamente relacionado à sua localização. Outra fonte de especificidade são os ativos que possuem

não são mais suficientes para garantir que a transação se desenvolva sem conflitos e de forma cooperativa. A presença de ativos específicos cria problemas que exigem a atuação do Estado como centro estratégico nos arranjos institucionais econômicos em processos de transformação econômica, quando há complexidade e incerteza (Fiani, 2014, p. 72). No caso dos investimentos em infraestrutura rodoviária no país, por não termos alternativas de transporte de mesma envergadura, há poder de monopólio natural e legal, e a atuação do Estado garante que o preço do pedágio se aproxime de um preço de concorrência.

Um contrato também não é mais suficiente para garantir as salvaguardas para a transação, pois, com racionalidade limitada, em uma situação de complexidade ou incerteza na qual há a possibilidade de oportunismo pelas partes e o objeto da transação é um ativo específico, torna-se difícil antecipar todas as circunstâncias relevantes que, no futuro, podem vir a afetar a transação. O contrato torna-se severamente incompleto.

Como será apresentado nos antecedentes históricos, a necessidade de coordenação levou o próprio Estado em alguns momentos a assumir algumas funções de agentes privados, para garantir que os investimentos específicos fossem realizados nas atividades excessivamente arriscadas, pelo elevado grau de complexidade e incerteza destas atividades. Segundo Menard, 2011, citado em Fiani, 2014, o Estado em geral se situa em uma posição privilegiada para exercer o papel de centro estratégico em arranjos institucionais.

Os arranjos institucionais definem a forma particular de coordenação de processos em campos específicos, delimitando quem está habilitado a participar de um determinado processo, o objeto e os objetivos deste, bem como as formas de relações entre os atores. Eles são diferentes de um ambiente institucional, que diz respeito às regras gerais que estabelecem o fundamento para o funcionamento dos sistemas político, econômico e social, fornecendo o conjunto de parâmetros sobre os quais operam os arranjos (Fiani, 2014).

A Constituição Federal de 1988 restaurou o Estado Democrático de Direito no país. Isto tornou mais complexo o ambiente institucional para a formulação, coordenação e execução de políticas no Brasil. Entre outros dispositivos, instituiu uma série de mecanismos para

---

caráter dedicado, ou seja, ativos cujo investimento se deu em função de uma promessa de demanda no futuro pelos seus produtos, e se a demanda que originou o investimento não se realizar, estes ativos sofrerão perdas significativas de valor. Uma terceira fonte de especificidade diz respeito às características físicas do ativo. (Fiani, 2011, p. 95-97, citado em Fiani, 2014).

envolvimento dos atores sociais, políticos e econômicos no processo de formulação e gestão de políticas públicas, ao ampliar os instrumentos de controle, participação e transparência nas decisões públicas. A consolidação da democracia tem imposto à ação estatal requisitos voltados à inclusão e à relação com os atores afetados na tomada de decisão, na promoção da *accountability* e no controle de resultados. Isto demanda novas capacidades do Estado, além da necessidade de uma burocracia profissional, coesa e meritocrática.

O arranjo institucional é a opção de se implementar políticas sob a supervisão do Estado, evitando tanto o extremo de deixar aos agentes privados toda a responsabilidade pela promoção do desenvolvimento, como o extremo de o Estado assumir toda a responsabilidade pela transformação econômica. Nem escolher só o mercado como estrutura de governança e nem escolher a hierarquia na forma de empresas estatais. Ao assumir o papel de centro estratégico em um arranjo, o Estado pode agir como agente de coordenação, como empreendedor, oferecendo uma visão de longo prazo, o que caracteriza um planejamento voltado para o desenvolvimento (Fiani, 2014, p. 78).

No estudo de caso deste trabalho será apresentado no modelo teórico o desenho institucional que funciona na Administração Pública direta para a coordenação dos contratos de Parceria Público-Privadas. Parte-se da proposição de que uma contratação de PPP será bem-sucedida conforme a capacidade do Estado e de seus arranjos institucionais. Seja qual for o papel do Estado, em suas funções de planejador, regulador ou garantidor, para administrar um contrato de PPP no ambiente institucional atual, tem que se discutir as capacidades do Estado. São os arranjos que dotam o Estado de capacidade de execução de seus objetivos, ou seja, determinam a capacidade do Estado de implementar políticas públicas. Pode-se conceber, do mesmo modo, que as capacidades estatais disponíveis influenciem a montagem dos próprios arranjos institucionais. Portanto, não se trata da discussão de Estado menor ou maior que normalmente envolve a literatura sobre participação privada na oferta de serviços públicos.

O desenho institucional encarregado da coordenação em um contrato de PPP não está livre de falhas de mercado, como as assimetrias informacionais. As relações de agência fazem parte deste arranjo institucional. Isto se deve ao contexto de um ambiente institucional caracterizado pela existência de instituições representativas, participativas e de controle (social, burocrático e judicial), em que a transparência é vital e deve marcar o serviço público e os empreendimentos produtivos que têm apoio do Estado, com a preocupação de deixar os dados acessíveis e inteligíveis para os cidadãos. Se deve também à complexidade dos

contratos de concessão na modelagem PPP e ao próprio fato de que um contrato de longo prazo de investimento em um ativo específico ser um contrato incompleto.

1.2 Problema Principal-Agente

O problema do Principal-Agente, ou dilema da agência, trata as dificuldades que podem surgir quando um principal contrata um agente para alcançar os interesses do principal, mas em condições de informação assimétrica e incompleta, tais como o problema do potencial conflito de interesses e risco moral. Este problema de agência ocorre em situação de informação assimétrica, ou seja, quando uma parte tem informação superior à outra parte. A literatura econômica trata de dois tipos de assimetria de informação: sobre características ocultadas, porém relevante de um bem transacionado, como o exemplo do mercado de carros usados; ou sobre ações ocultadas por uma das partes, os chamados agentes, as quais são relevantes, porém não são observadas pela outra parte, chamada de principal (Akerlof, 1978).

No caso de oportunismo *ex ante*, tem-se a seleção adversa (*adverse selection*); e no caso de oportunismo *ex post*, tem-se o risco moral (*moral hazard*). A seleção adversa refere-se à possibilidade de, em uma situação de oferta de contratos, efetuarem-se contratações de agentes com características aquém das desejadas. Isso ocorreria em virtude de o agente conhecer *ex ante* detalhes sobre o objeto da transação que são desconhecidos do principal. O risco moral refere-se ao comportamento inobservável, citado acima, do agente após a contratação. O agente pode agir com desonestidade para com o objeto contratual ou alterar a sua linha de ação de forma não prevista (Williamson, 1985).

O problema do Principal-Agente é comum tanto para as organizações públicas como para as privadas. Stiglitz (1985) mostra que os problemas de informação podem dar origem a falhas públicas (governamentais), assim como dão origem a falhas de mercado, por isso a importância dessa literatura para iluminar as relações entre Estado, organizações privadas e sociedade.

Nas relações econômicas, o conflito de agência pode ser estudado pelas relações contratuais entre os indivíduos. Alchian e Demsetz (1972) defendem que as relações entre os indivíduos no interior da firma dão origem a problemas de agência, uma vez que não se pode mensurar adequadamente o valor do produto marginal de cada trabalhador. A assimetria de informação

do esforço individual para a contribuição do produto total não é controlável pelo grupo de trabalho, constituindo-se em fonte de conflitos internos.

Neste sentido, para Jensen e Meckling (1976), a firma pode ser descrita por um processo de delegação de autoridade e atribuições, em que dois personagens assumem papéis bem definidos nas relações contratuais. O primeiro, identificado como principal, é o empreendedor original, aquele que detém a posse da organização ou delega alguma atribuição a outrem ou, ainda, pelos acionistas, dado a sua não participação no gerenciamento da empresa, o que limita a responsabilidade do acionista para com a organização à parcela de capital que ele investiu. O segundo personagem, identificado como agente, é aquele que irá executar ou administrar o empreendimento sob delegação do proprietário ou do superior hierárquico (principal). Dada a relação de agência, na qual envolve delegação de alguma autoridade para tomada de decisão para o agente, se ambas as partes da relação são maximizadoras de utilidade, existe uma boa razão para acreditar que o agente não atuará sempre nos melhores interesses do principal (Jensen & Meckling, 1976). Conforme Arrow (1985) argumenta:

> Nos problemas de informação oculta, o agente tem feito algumas observações que o principal não tem feito. O agente usa (e deve usar) esta informação na tomada de decisões; entretanto, o principal não pode checar se o agente tem usado sua informação de modo que sirva da melhor forma possível ao interesse do principal. (Arrow, 1985, p. 39)

Eisenhardt (1989) acrescenta outro problema às relações Principal-Agente, que se refere ao fato de o principal arcar com o risco do empreendimento. Isso surge quando o principal e o agente têm diferentes propensões ao risco e, em virtude disso, podem adotar diferentes ações, pois quem determina esse desempenho é o agente.

Há uma vasta literatura que trata das formas de minimização do conflito entre o principal e o agente, conhecido como custos de agência. Essas soluções envolvem diferentes formas de contratação, que buscam criar sistemas de monitoração e, principalmente, incentivos para adequar o comportamento do agente conforme os interesses do principal, sem que tenha instrumentos para conferir o esforço do agente (Jensen & Meckling, 1976).

1.2.1 Problema do Principal-Agente na teoria de Przeworsky

Na análise do problema Principal-Agente na relação entre setor público e privado, um autor que traz uma contribuição importante é Przeworsky (1995; 2003). Adam Przeworsky na obra

"Estado e Economia no Capitalismo" de 1995, tem por premissa central que o capitalismo se caracteriza por uma tensão permanente entre o mercado e o Estado, e investiga se esta tensão pode ser resolvida e de que forma, bem como quais as consequências que resultam desse embate. No artigo "Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent* x *principal*", publicado a primeira vez em 1998, Przeworsky (2003) analisa que o desempenho da economia como um todo depende do desenho das instituições reguladoras dos contratos entre principal e agente. No âmbito do Estado estão presentes diversas relações de agência nos contratos tácitos ou explícitos entre os cidadãos e os políticos, o Estado e o sistema econômico, e os políticos e a burocracia.

Przeworsky (1995) coloca que o mercado e o Estado são os elementos que mediam os recursos a serem alocados. Enquanto no primeiro os recursos produtivos são alocados com a regra da maior lucratividade (acumulação) pelos proprietários, e a distribuição do consumo descentralizada, o segundo, além de poder transferir e taxar, pode também regular os custos e benefícios associados a decisões privadas, pois tem por missão atender o critério principal da democracia e redistribuir os recursos da forma mais igualitária possível, justificando, assim, a sua existência política (legitimidade). Há, por isso, uma tensão permanente entre esses dois mecanismos, o que implica que o critério de distribuição das riquezas no capitalismo é conflitante, uma vez que, enquanto o mercado pretende distribuir desigualmente, o Estado propõe uma regra coletiva de distribuição.

O Estado, como se pode antever, surge como ator de relevo na disputa, pois, dependendo de sua atuação, pode reforçar o capitalismo, promover a democracia ou, até mesmo, favorecer o capital (ainda que sua intenção seja atender à democracia).

O autor afirma que "a intervenção estatal pode ser efetiva se as instituições regulatórias forem bem projetadas e que os políticos podem controlar melhor os burocratas quando solicitam a cooperação dos cidadãos" (PRZEWORSKY, 2003, p. 59). Complementa que há bons motivos para supor que a qualidade da intervenção do Estado na economia depende da organização interna do Estado e do desenho das instituições democráticas que determinam se os cidadãos podem ou não controlar os políticos.

O problema não é "o mercado" *versus* "o Estado", mas instituições específicas que poderiam induzir os atores individuais – sejam eles agentes econômicos, políticos ou burocratas – a se comportar de maneira benéfica à coletividade. Mesmo assim, nada assegura que a intervenção

do Estado vise ao interesse público, pois a própria capacidade do Estado de intervir transforma-o em alvo atraente para a influência dos interesses particulares (PRZEWORSKY, 2003, p. 52).

Levando em consideração estas questões, o autor examina três premissas básicas que tentaram fornecer uma resposta para as relações entre Estado, capital e sociedade: o Estado busca atender aos interesses dos cidadãos; o Estado visa obter os seus próprios interesses; o Estado implementa os objetivos do capital (Przeworsky, 1995, p. 8). Dessa tripartição, provém a seguinte divisão: o governo do povo; o governo do Estado; o governo do capital. Na sua visão os resultados do processo democrático sob o capitalismo são indeterminados, pois dependem da interação das pessoas, do Estado e dos interesses dos grupos.

Para Przeworsky (1995), o Estado é autônomo quando "os governantes têm a capacidade institucional de escolher seus próprios objetivos e de realizá-los diante de interesses conflitantes" (PRZEWORSKY, 1995, p.46).

O problema do Principal-Agente, ou dilema da agência, aplicado às relações entre Estado e organizações também trata das dificuldades que podem surgir em condições de informação assimétrica e incompleta, quando um principal contrata um agente, tais como o problema do potencial conflito de interesses e risco moral, na medida em que o principal está, presumivelmente, contratando o agente para prosseguir os interesses do principal.

Przeworsky (2003) trata de três tipos de relação entre Principal e Agente: **Regulação**, entre governos e agentes econômicos privados; **Supervisão** ou acompanhamento, entre políticos e burocratas; **Responsabilização** ou *accountability*, entre cidadãos e governos. (PRZEWORSKY, 2003, p. 39)

Em sua função de regulador, o Estado desempenha um papel exclusivo, uma vez que define a estrutura dos incentivos para os agentes privados, exercendo o poder de coerção legitimado pela lei. Vários mecanismos podem ser utilizados para tentar alinhar os interesses do agente com os do principal. Os mecanismos de governança informam e integram os atores envolvidos com decisões claras, sujeitas a mecanismos de controle, juntamente ao ambiente regulatório. As ações de controle que o Estado faz, tanto do planejamento quanto da execução, têm que se atentar para o produto final, dado o compromisso que o Estado firmou com a sociedade da entrega deste produto.

Na *accountability*[5], os governos preveem o julgamento que será feito pelos cidadãos e, então, escolhem políticas e emitem mensagens que os cidadãos considerarão positivas à época das eleições seguintes. Para que julguem as ações do governo, os cidadãos dispões de informações. A qualidade e a quantidade de informação podem ser melhoradas através de inovações institucionais e de instituições independentes de outros órgãos do governo. Mesmo que todas as instituições democráticas clássicas, tal como as conhecemos, estejam funcionando bem, elas não são suficientes para garantir a *accountability* e para capacitar os cidadãos a obrigarem os governos a cumprir seu dever. A democracia não contém mecanismos que assegurem que nossas escolhas sejam respeitadas, que os governos se mantenham fiéis a suas promessas. (PRZEWORSKY, 2003, pp. 61-67)

Já a relação dos políticos com os burocratas, estes últimos nunca sabem, em uma democracia, que forças políticas estarão futuramente no controle do governo. Logo, para se proteger do risco moral do principal – a possibilidade de que seu bom comportamento não seja recompensado por um governo futuro –, a burocracia tenta se livrar de qualquer tipo de controle político. Por outro lado, quando os governantes temem perder o poder, sentem-se incentivados a deixar a burocracia fora do controle político, mesmo que, para isso, tenham de sacrificar sua própria influência sobre os atuais burocratas. Em consequência, políticos e burocratas entram em conluio para dar autonomia à burocracia, o que significa que a burocracia não será bem projetada para atender a objetivos sociais e que os burocratas não terão incentivos para promovê-los. (PRZEWORSKY, 2003, p. 59)

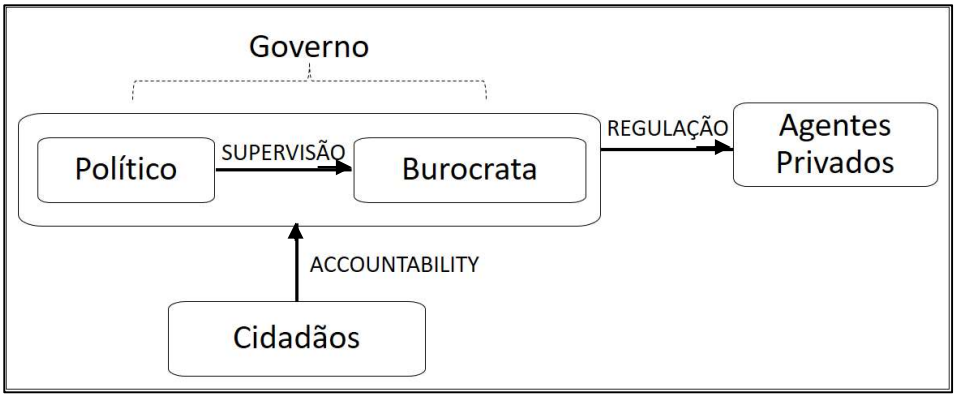
Tendo como base os três tipos de relação entre Principal e Agente de Przeworsky, que envolve o setor público e o privado, propõe-se adaptar essa categorização para a análise do arranjo institucional das Parcerias Público-Privadas no Brasil, usando como estudo de caso a primeira PPP de rodovia do país, a da Rodovia MG-050.

A figura 1 traz uma adaptação que representa os três tipos de relação entre Principal e Agente apresentadas pelo autor: a Regulação, entre governos e agentes econômicos privados; a Supervisão ou acompanhamento, entre políticos e burocratas; e a Responsabilização ou

[5] Nesta pesquisa se utiliza o conceito de *accountability* vertical. Os mecanismos de *accountability* não são apenas "verticais" – dos eleitores para os políticos eleitos –, são também "horizontais" – entre os vários ramos do governo. O'Donnell, Guilhermo. (1991). Delegative democracy? East-South system transformations. University of Chicago.

accountability, entre cidadãos e governos. Cada relação implica em assimetria informacional, sendo que pode haver também conflito de interesses entre agentes e instituições.

Figura 1: Modelo Principal-Agente de Przeworsky (1995)



Fonte: Elaboração própria.

Cada uma dessas relações implica em uma premissa decorrente de assimetrias informacionais a ser verificada no estudo de caso:

(1) A Supervisão se trata da relação entre o Político eleito e o Burocrata que irá executar a agenda política vencedora da eleição.

Assumindo que o Estado opera em uma economia que inclui agentes (individuais e coletivos), que possuem direitos de propriedade sobre sua própria capacidade de trabalho e sobre recursos produtivos alienados, e que se comportam estrategicamente de acordo com seu próprio autointeresse, o Estado pode ser, de diversas maneiras, constrangido por respostas e até por antecipações desses agentes à política governamental.

(2) A Regulação é o modo de agentes autônomos supervisionarem, fiscalizarem e sancionarem o governo como um todo caso ele descumpra os objetivos aos quais foram designados a executar.

O Estado é autônomo quando os governantes têm objetivos próprios e a capacidade institucional de tomar decisões e de executá-las. Mesmo em uma democracia, os ocupantes de cargos no Estado – políticos eleitos ou burocratas nomeados – não são agentes perfeitos do público em nome do qual assumem responsabilidades: eles não agem de acordo com o melhor interesse dos cidadãos.

(3) A *Accountability* ou Controle Social é a principal das relações Principal-Agente, uma vez que o Governo existe para executar o interesse público.

Os agentes governamentais têm o direito legal de tomar certas decisões, mas não possuem o direito de propriedade sobre o resíduo fiscal que pode resultar das atividades governamentais. Se os burocratas forem perfeitamente monitorados eles escolhem um nível de atividade que maximiza sua satisfação própria e esse nível excede o nível socialmente ótimo: a sociedade sofre com este resultado. Quando não são perfeitamente supervisionados podem escolher alternativas que maximizem sua satisfação o que não é a escolha ótima para o público.

No próximo capítulo, será apresentada uma análise da legislação brasileira sobre a oferta de serviços públicos, das concessões e das PPPs. No capítulo 3, será analisado o caso da PPP da Rodovia MG-050, que foi a primeira PPP de rodovia do país, com base no modelo teórico do Problema Principal-Agente de Przeworsky, que foi representado na Figura 1.

CAPÍTULO 2: A LEGISLAÇÃO DAS CONCESSÕES E DAS PPPS NO BRASIL

2.1 Antecedentes históricos

A participação do Estado na economia de forma direta, por meio das empresas estatais, não é recente, e, à exceção do estatismo e nacionalismo econômico característico do Estado Novo, não teve motivação ideológica, mas constitui fato decorrente e fundamentado nos tempos da colonização brasileira (Draibe, 1960).

Nesta época, ainda antes da formação dos capitais nacionais, foram muitos os investimentos estrangeiros na área dos serviços de infraestrutura, mas o Estado estava sempre presente para diminuir ou eliminar os riscos destes empreendimentos, através de concessão de empréstimos especiais e garantias de lucro (Ianni, 1971 contido em Baer et al., 1973).

Após a colonização, o objetivo das políticas econômicas passou a ser o apoio ao setor agrícola. A partir da década de 30, principalmente no Estado Novo (1937-1945), pode-se observar um regime conscientemente estatizante, com um conteúdo ideológico expresso pelo nacionalismo econômico, que consistia na crença de que o Estado deveria atuar como investidor e regulador da atividade econômica, promovendo assim o desenvolvimento do país (Ianni, 1971 contido em Baer et al., 1973).

A partir da década de 40, a intervenção direta do Estado intensificou-se, principalmente decorrente da Segunda Guerra Mundial. Neste período ocorreu o processo de industrialização para a substituição das importações, com a proteção de mercado para o fornecimento de produtos durante a guerra, e o desenvolvimento de setores estratégicos para a expansão da economia do país, como siderurgia, petróleo e energia.

O controle do Estado sobre a economia foi estreitado por meio da implementação de políticas desenvolvimentistas: a industrialização era considerada a única forma possível de atingir o desenvolvimento, e isto seria feito por particulares nacionais e estrangeiros, ao Estado ficando a obrigação de fornecer infraestrutura física e financeira necessária. Foram criadas instituições como a de apoio financeiro, no qual se destaca o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, BNDE (Giambiagi et al., 2005).

No governo Kubitschek, o financiamento do crescimento econômico foi feito por meio da transferência de recursos aos setores dinâmicos da indústria, via inflação, e por meio do

capital estrangeiro, sob a forma de investimento direto de capital de risco. Houve grande expansão da economia brasileira, com crescimento conjunto da taxa de investimento do setor privado, do setor produtivo estatal e do setor governamental (Baer et al., 1973).

Esta fase de expansão da economia foi seguida por uma desaceleração e insegurança política. Após o golpe militar de 1964, a ênfase na política econômica foi dada ao apoio da iniciativa privada nacional e à atração de capital estrangeiro, com o Estado aumentando sua participação no setor produtivo de bens e serviços, havendo, nesta fase, a criação de grande número de empresas estatais e de diversas subsidiárias (Baer et al., 1973).

Em 1967, o governo procurou organizar a ação do Estado por meio da Reforma Administrativa, que implementou procedimentos distintos para as administrações direta e indireta, estabelecendo condições e normas para o funcionamento das empresas públicas e de economia mista, além das autarquias, de maneira que estas passaram a se guiar, como as empresas privadas, pela busca da lucratividade e aumento de sua participação na economia.

Entre 1968 e 1973, o crescimento econômico acelerou devido à ampliação dos investimentos do Estado ocorrida no período anterior, feitos nos setores de base da produção econômica. Acentuou-se o aumento de empresas estatais e a diversificação destas, por meio das subsidiárias. Mais do que nunca, o Estado atuava em atividades próprias do setor privado, não só concorrendo, como também tomando este espaço no mercado.

A partir de 1974 houve a reversão do ciclo expansionista, decorrente da crise recessiva mundial que se fazia sentir desde o primeiro choque do petróleo, ocorrido em 1973. Ao invés de limitar sua atuação, o governo pôs em prática um plano que consistia em intensificar a produção das estatais, utilizando-se de seus agentes de fomento. Este modelo de crescimento mediante o endividamento externo, na década de 70, acabou por esgotar-se na década de 80, tendo aí o início de um período de estagnação econômica que foi acompanhado de acentuado declínio da taxa de investimento e consolidação da inflação no País (Carneiro & Modiano, 1990).

Com estes acontecimentos, surgiram os argumentos de que as empresas estatais inibiriam o crescimento econômico, o chamado efeito *crowding out*. Passou-se, então, a uma drástica redução de investimentos nestas empresas. A consequência mais visível foi a recessão e

estagnação econômica que resultou na deterioração dos serviços públicos (Giambiagi et al., 2005).

2.2 Serviços Públicos no Brasil: das Concessões às PPPs

Serviços públicos dizem respeito ao cotidiano da população e ao crescimento da economia, que não se faz sem a correspondente expansão dos serviços de utilidade pública. A Constituição Federal Brasileira regula a atividade econômica em sentido *lato* e as atribui ao Poder Público. Dentre estas atividades estão os serviços públicos.

A noção de serviços públicos, em sentido amplo, abrange todas as atividades de interesse público do Estado, mas, em sentido restrito, os autores conceituam só as atividades administrativas especificadas em lei. O critério para se considerar um serviço como público no Brasil é o critério objetivo, ou seja, o serviço público é o que o ordenamento jurídico brasileiro define como tal, não importando se a prestação é feita pelo público ou pelo privado. Em países que adotam o critério subjetivo, só é público se for prestado pelo Estado.

A incumbência de prestar os serviços públicos é dada ao Estado, somente podendo ser transferido a um particular a execução destes serviços públicos. As regras serão sempre fixadas unilateralmente pela Administração Pública, que mantém a titularidade, independentemente de quem esteja executando o serviço público.

O regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido em lei e é o direito público. Este é chamado de o elemento formal, que confere caráter jurídico à noção de serviços públicos. O elemento material, que juntamente com o elemento formal constroem o conceito, ou noção, de serviços públicos, está que no serviço público o interesse público ou geral é a sua finalidade exclusiva (Rivero, 1973 contido em Di Pietro, 2016).

Quanto à classificação, há os serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública. Os serviços públicos propriamente ditos, ou indelegáveis, são os prestados diretamente pela Administração Pública, devido a sua importância; os serviços de utilidade pública podem ser prestados pela Administração Pública ou delegados a terceiros.

Os serviços públicos podem ser prestados pela Administração Pública direta ou indiretamente, mediante licitação, nos casos em que o serviço seja passível de concessão ou permissão, que é uma forma de transferir a terceiros a execução destes serviços. A prestação do serviço público

pode ser centralizada quando a própria Administração Pública executa os serviços, ou descentralizada quando a Administração Pública passa a execução para terceiros, mediante regras previamente estipuladas por ela para a preservação do interesse público.

Parte da literatura considera que as concessões de serviços públicos se iniciaram no Brasil nas concessões de ferroviais aos ingleses e voltaram com o avanço neoliberal da década de 1990. No entanto, houve concessões de serviços públicos durante a ditadura, prevista na Constituição de 1967, art. 8º, inciso XV, que indicava que os serviços públicos eram passíveis de serem executados mediante concessão. O governo se utilizava deste instrumento para conceder os serviços públicos a empresas públicas e sociedades de economia mista, havendo aí uma confusão dos tipos de descentralização, sendo que algumas das empresas públicas nem foram criadas por lei para prestação de um serviço público e nem tinha o Poder Público um contrato de concessão (Di Pietro, 2016).

Com o movimento de privatização, volta o Poder Público a utilizar-se da concessão de serviços públicos como forma de delegação de serviços públicos a empresas privada, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais. Segundo Di Pietro (2016),

> . . . quando a lei cria empresa e a ela atribui a prestação de um serviço público que a Constituição exige que seja prestado diretamente ou mediante concessão, além de ofensa à (atual) Constituição, está tirando da Administração aquelas prerrogativas de que só é detentor o poder concedente, pela via contratual. (Di Pietro, 2016, p. 339)

A concessão de serviço público foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução desses serviços. Essa forma de transferência se deu a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a ideia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de método de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, mediante concessão; por meio dela, o particular concessionário executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle

da Administração pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário – a tarifa -, a qual é fixada pelo poder concedente.

Admite-se que a grande vantagem do regime de concessão é que, por meio dela, o Estado presta um serviço público essencial à sociedade sem ter a necessidade de inverter recursos do Tesouro e, sobretudo, sem correr os riscos econômicos.

Entretanto, como ver-se-á adiante, na maioria das concessões houve a necessidade de intervenção financeira, com ajuda ao concessionário por parte do governo, visando a continuidade do serviço e garantia de lucros que fazia parte das cláusulas do contrato.

2.2.1 As legislações das concessões no Brasil

A Constituição Federal de 1988 conferiu à União a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contrato (art. 22, XVII, c/c art. 37, XXI). Nela também está prevista a participação do setor privado na prestação de serviços públicos no Brasil, conforme artigo 175, *caput*, "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Em 1990, no governo Collor, com o objetivo de implementar a retirada progressiva do governo da esfera econômica, anunciou-se um programa de privatizações, conhecido como Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/1990).

O marco legal e regulatório[6] foi constituído no início da década de 1990 com a Lei nº 8.666/1993, a Lei de Licitações e Contratos Públicos, que denominou contratos administrativos todos os contratos por ela estipulados, tanto para a compra de serviços, quanto para a de bens, os de venda, alienação, locação, seguro e financiamento. A Lei de Licitações regula praticamente toda a contratação do setor privado pelo setor público. O principal objetivo da legislação foi incentivar a concorrência entre os entes privados para, com isso, reduzir o preço pago pelo setor público, com contratos firmados de até cinco anos.

[6] Outras leis que compõe o marco legal e regulatória da participação privada na oferta de serviços públicos são: Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão); Lei nº 12.232/2010 (Lei de Contratações de Serviços de Publicidade); Lei nº 12.462/2011 (RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas); Lei nº 12.598/2012 (Lei de Compras, Contratações e Desenvolvimento de Produtos e Sistemas de Defesa); e Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Em 1995, foram aprovadas pelo Congresso Nacional várias emendas à Constituição Federal que representaram o início da progressiva retirada do Estado da atividade econômica como "Estado empresário" e a assunção de suas funções de regulador. Neste ano também entrou em vigor a Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995), que regula a concessão e permissão de um serviço público ao setor privado. O conceito de concessão, previsto em seu inc. II do art. 2º, diz que "concessão de serviços públicos: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e prazo determinado".

A Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) veio em uma nova etapa do processo regulatório. Ela criou duas novas modalidades de concessão, além da prevista na Lei nº 8.987/1995, que são a concessão administrativa e a concessão patrocinada. A concessão administrativa se assemelha à prestação de serviços públicos nos moldes da Lei nº 8.666/1993, em que a Administração Pública é a usuária, e, portanto, o pagamento do concessionário privado é feito apenas pelo poder público. A concessão administrativa é definida na Lei das PPPs como "o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens" (art. 2º, §2º).

A concessão patrocinada, por sua vez, converge para uma concessão comum, mas, segundo Carvalho (2010), não possui viabilidade econômica e financeira para a participação do setor privado apenas com o pagamento feito pelos usuários (tarifas), tornando-se necessário o pagamento de um complemento contratual na forma de uma contraprestação pecuniária pelo poder concedente. A concessão patrocinada, conforme art. 2º, §1º, é "a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".

2.2.1.1 A Lei de Concessões

O regime de concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões dos serviços públicos são regidos pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, pela Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), pela Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e

prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos[7], pela Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs), pelas demais normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos contratos.

A Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) surgiu como alternativa à Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993). Segundo Falcão et al. (2013), na contratação feita pela Lei de Licitações, que previu modelos de contratação remunerados exclusivamente por dotação orçamentária, esvazia-se o interesse do parceiro privado devido a costumas inadimplência do setor público, ocorrendo as licitações desertas.

Sobre a natureza jurídica das concessões, segundo Di Pietro (2016), se trata de "contratos administrativos, sujeito a regime jurídico de direito público". Para Falcão et al. (2013), alguns dos contratos feitos pela Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) são, na verdade, contratos semi públicos[8.] Já os contratos de concessão são contratos administrativos, ou seja, visam a "prestação de serviço público, não no sentido restrito de 'atividade exercida sob regime jurídico exorbitante', mas no sentido amplo, que abrange toda a atividade que o Estado assume" (Di Pietro, 2016).

Nas concessões estão presentes todos os elementos caracterizadores de um contrato padrão: acordo de vontades sobre determinado objeto; interesses contraditórios e reciprocamente condicionantes; efeitos jurídicos para ambas as partes (Di Pietro, 2016, p. 337).

Segundo Di Pietro (2016), em muitos contratos existe a conjugação de diferentes modalidades, em que uma constitui o objeto principal e, a outra, o acessório. É o que ocorre, por exemplo, na concessão de rodovia, em que o objeto é a construção, ampliação ou reforma de obra pública, acompanhada da exploração comercial da obra para fins de remuneração do concessionário; mas o mesmo contrato envolve, em regra, a utilização de bens do patrimônio

---

[7] A diferença entre os institutos concessão, permissão e autorização é: concessão é um ato bilateral, apesar do poder da Administração em razão do interesse público, as alterações unilaterais ou encerramento do contrato acarretam o dever de pagamento de indenização ao concessionário; permissão é ato unilateral de outorga do exercício de serviço público a particular, a título precário, ou seja, não constitui direitos de indenização do particular contra o Estado, a não ser que previsto no contrato; autorização é um ato unilateral, precário e discricionário da Administração, para atender interesses coletivos instáveis ou emergências transitórias de prestação de serviço público pelo particular, sem prerrogativa das atividades públicas e sem cobrança de tarifa, delegados e controlados pela Administração (Stuber, 1996, pp. 42-43).

[8] Segundo Meirelles (1991:160 contido em Falcão et al., 2013:107), a sistematização adotada seria: Contrato Privado é o celebrado entre particulares, sob a égide do Direito Privado; Contrato Semi Público é o firmado entre a administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito Privado, mas com formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público; Contrato Administrativo Típico é o que a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derrogando normas de Direito Privado e agindo sob a égide do Direito Público.

público. Também é o que ocorre nas várias modalidades de concessão de serviço público, como nas Parcerias Público-Privadas, em que a execução do serviço depende da utilização concomitante do uso de bem público (Di Pietro, 2016, p. 336).

Por intermédio da Lei das Delegações (Lei nº 9.277/1996), em seu art. 1º, "Fica a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, autorizada a delegar, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por até mais vinte e cinco, aos municípios, estados da Federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias, ou obras rodoviárias federais". Podendo o Município, o Estado ou o Distrito Federal explorar a via diretamente ou através de concessão.

A delegação da gestão de rodovias à iniciativa privada está relacionada à ineficiência estatal no setor, que pode ser verificada na combinação entre a degradação da malha rodoviária nacional e a insuficiência de recursos estatais para fazer frente aos investimentos necessários ao seu bom funcionamento. Estes fatores foram decisivos na mudança de postura estatal, que passou a buscar mecanismos de atração de investimentos privados para suprir as necessidades existentes, passando a assumir uma função mais reguladora e menos executora.

Tanto as concessões quanto as permissões estão sujeitas à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários. A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos da Lei de Concessões, as normas pertinentes e o edital de licitação. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Todos os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Poder Público. Mas nem todos podem ser prestados indiretamente, por intermédio de uma concessionária ou permissionária. Segundo Amaral (2012), à luz do direito brasileiro, somente o serviço público específico e divisível, que possa ser prestado ao usuário mediante pagamento de uma tarifa, é passível de concessão ou permissão. Quando este tipo de serviço é prestado ao usuário diretamente pelo Poder Público, pode ser feito mediante pagamento de uma taxa. Só que enquanto a taxa é cobrável pelo serviço efetivamente prestado ou simplesmente posto à disposição pelo Poder Público (art. 145, inciso II, da CF), a cobrança de tarifa pressupõe a efetiva prestação do serviço pela concessionária.

Segundo Falcão et al. (2013), o problema nos contratos firmados pela Lei das Concessões, em que os serviços são remunerados pelo usuário por meio do pagamento de tarifa pública, e não mais pelo poder público, reside no fato de que a quantidade de usuários nem sempre está em acordo com o predisposto no edital da concessão, o que frustra todo o planejamento privado e pode até inviabilizar a própria concessão.

Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. O § 1º do art. 6 da Lei de Concessões conceitua serviço adequado como aquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas". A modicidade da tarifa, então, é um preceito legal ao colocar que "toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato".

Segundo Di Pietro (2016), a tarifa tem a natureza de preço público e é fixada no contrato.[9] Mas, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, a atual constituição, inciso III do art. 175, remete à Lei a incumbência de dispor sobre "política tarifária". Assim, em vez da tarifa ter apenas a função de assegurar o equilíbrio econômico, pela atual constituição nada impede que a Lei adote critério diverso, possibilitando, por exemplo, a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário e compensando o concessionário por outra forma, como receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, que devem ser indicados no edital de licitação e devem compor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Di Pietro, 2016, p. 342).

Mas nem todas rodovias comportam um regime de exploração mediante concessão comum (Lei nº 8.987/1995). Para tanto, é preciso um volume de tráfego compatível com o vulto dos investimentos e o justo lucro do concessionário. Para as hipóteses em que não se tem tal fluxo mínimo de veículos de modo a tornar o investimento privado economicamente viável, o Estado pode se valer dos tipos de concessão trazidos pela Lei das PPPs (Lei nº 11.079/2004).

[9] Lei nº 8.987/95, Art. 9º "A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato" e Art. 23, IV, "São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas".

2.2.1.2. A Lei das PPPs

A Lei nº 11.079 (Lei das PPPs), foi sancionada pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva em 30 de dezembro de 2004. Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada (PPP) no âmbito da Administração Pública direta, aplicada aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º e parágrafo único).

As PPPs envolvem, por um lado, a utilização de recursos privados para que o Estado atinja seus objetivos e, por outro, permite que o setor privado realize negócios em atividades cuja natureza era exclusivamente do setor público e com a garantia prestada pelo setor público ao setor privado do retorno deste empreendimento.

O poder público no papel de garantidor de uma PPP contribui para a implantação de projetos que possuem viabilidade técnica, mas não econômica, através do modelo clássico de análise de uma concessão. Para alcançar a viabilidade econômica do projeto seria necessário garantias que limitem o prejuízo e/ou reduzam o risco do concessionário, até que o nível mínimo de demanda de tráfego ou de receita seja garantido ao projeto.

Os contratos de Parceria Público-Privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987/1995 (Lei de Concessões), que prevê cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública[10].

Estes contratos de PPPs não podem ter como único objeto o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (inc. III, § 4º, art. 2º). Trata-se de um tipo complexo de contrato que incorpora mais de um objeto. Não há na

[10] Segundo a Lei nº 8.987/1995, art. 23, Parágrafo Único e 23-A do Capítulo VI, Do Contrato de Concessão, o contrato deve prever o objeto, área, prazo e as condições de prestação do serviço, além dos seus indicadores de qualidade e os critérios para o reajuste tarifário. Também prevê os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, assim como os direitos e deveres dos usuários. Quanto ao controle, o contrato prevê a forma de fiscalização e indicação dos órgãos competentes para exercê-la, as penalidades contratuais e administrativas à concessionária, a extinção da concessão, os bens reversíveis, as indenizações devidas à concessionária e a prorrogação do contrato. Também a obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente e a exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária. Outra forma de controle prevista é a cobrança dos cronogramas físico-financeiros de execução das obras e as garantias das obrigações relativas às obras. Quanto à solução das divergências contratuais, o contrato poderá prever o foro e o modo amigável, além do emprego de mecanismos privados para resolução de disputas, inclusive a arbitragem.

Lei federal um critério, em percentuais, para afirmar quanto do projeto deve representar investimento em infraestrutura e quanto deve representar a prestação de serviços. Isto é definido por contrato. A Lei determinou que deve haver um serviço subjacente à infraestrutura implantada, expandida ou recuperada. A forma de remuneração do privado dependerá da qualidade do serviço prestado ao longo de todo o prazo contratual, e a partir da efetiva prestação do serviço.

Quanto à definição de Parceria Público-Privada, é a própria Lei das PPPs a definir como contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, em que há a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, o que a diferencia de uma concessão comum (§ 3º, art. 2º).

A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (§ 1º, art. 2º). Se em uma concessão patrocinada mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerá de autorização legislativa específica (§ 3º, art. 10). Pois, neste caso, impera o princípio da indisponibilidade do interesse público, e para que se dê a disponibilidade há necessidade da aprovação do Poder Público como um todo (poderes executivo e legislativo).

A concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, portanto o concessionário é remunerado apenas pela contraprestação pecuniária mensal paga pelo setor público, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (§ 2º, art. 2º). Segundo as disposições preliminares da Lei das PPPs, aplica-se adicionalmente às concessões administrativas e subsidiariamente às concessões patrocinadas o disposto na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), a Lei nº 9.074/1995 e a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

As PPPs são uma alternativa possível para a realização de empreendimentos de infraestrutura social ou estrategicamente prioritários, com retorno financeiro desconhecido ou de baixa expectativa, em um contexto de restrição à realização de gastos públicos. Mas, segundo Monteiro (2017), elas não serão o principal meio de financiamento dos investimentos em infraestrutura, por sua complexidade de licitação e pelos seus custos. Os negócios receberão essa modelagem se preencherem os requisitos legais e se houver consenso político para tanto.

A opção por um contrato dessa natureza demanda a comprovação de que não existem outros mecanismos úteis para a exploração de dado negócio.

A opção de parcerias do Estado com o setor privado por meio de contratos de concessão rodoviária, ficando os investimentos a cargo do concessionário particular, cuja remuneração é então obtida a partir da cobrança de pedágio aos usuários que se beneficiam do serviço, torna o sistema mais justo em um contexto de crise fiscal e falta de recursos públicos, pois não recai o ônus de manutenção e melhoramentos das rodovias sobre todo o resto da sociedade.

O estudo técnico que fundamenta a decisão da autoridade competente deve demonstrar a conveniência e a oportunidade da contratação de uma PPP, ou seja, a demonstração do interesse público que justifique esta escolha. Além disso, que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas e a observância dos limites e condições da Lei de Responsabilidade Fiscal (inciso I do Art. 10).

O artigo 4º da Lei das PPPs define que na decisão de contratação sejam observadas diretrizes durante a análise técnica, como: a eficiência no cumprimento das metas e no emprego dos recursos; o respeito aos interesses e direitos dos usuários e terceirizados envolvidos; a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; a transparência dos procedimentos e das decisões; a repartição objetiva de riscos entre as partes; e a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas.

As Parcerias Público-Privadas (PPP) constituem um modelo de financiamento e/ou de concessão no qual o investidor privado divide com o poder público os riscos de um investimento. O contrato prevê a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; e o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

Para se concretizar, o modelo de contratação via PPP determina que o vencedor da concorrência pública constitua uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º). Apesar destas SPEs geralmente adotarem as formas de sociedades anônimas de capital fechado, como consórcio, ou sociedades limitadas,

elas podem ser constituídas sob quaisquer dos tipos societários previstos no Código Civil como, por exemplo, a forma de companhia aberta. De todo modo, deverão obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento (§§ 2º e 3º do art. 9º).

A Administração Pública não pode ser titular da maioria do capital votante das SPEs, a exceção ocorre quando instituições financeiras públicas assumem temporariamente a administração da SPE em caso de inadimplemento de contratos de financiamento (§§ 4º e 5º, art. 9º), com o objetivo de promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços (inc. I, § 2º, art. 5º).

No caso de inadimplemento contratual da Administração Pública e do parceiro privado, o contrato prevê os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia e a penalidade. A forma de contratação via PPP prevê garantias ao parceiro privado e ao parceiro público, a fim de criar um ambiente jurídico seguro.

A garantia exigida do parceiro público acerca da contraprestação que pagará deve estar especificada desde o edital. Conforme art. 8º, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante vinculação de receita; fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

O capítulo das Disposições Aplicáveis à União também trata, no art. 16, do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), com a finalidade de prestar garantia de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos em virtude das parcerias celebradas. A prestação de garantias do FGP ocorre mediante contratação de instrumentos disponíveis no mercado, pois é a variabilidade das formas de garantia pelo Fundo que deverá servir de incentivo para a realização de investimentos por meio de PPP. A garantia do FGP é um elemento que traz ao investidor privado a certeza de amortizar seu investimento e de receber os recursos envolvidos pela União na execução da PPP. Previu-se que o fundo garantidor é obrigado a honrar faturas aceitas e não pagas pelo parceiro público, a não ser que haja ato motivado do parceiro público.

Ainda sobre o investimento, na Lei das PPPs há regra que limita a tomada de recursos pelo concessionário com empresa estatal federal, como o BNDES, por exemplo. O art. 27 limita a origem dos recursos do parceiro privado ao dispor que as operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% do total das fontes de recursos financeiros da SPE. E não poderão exceder a 80% do total das fontes de recursos financeiros as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por entidades fechadas de previdência complementar e empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União. Sendo que a norma traz alguma flexibilização para certas regiões do país.

O aporte de recursos públicos em favor do parceiro privado é um valor empregado ainda na fase de realização de obras e aquisição de bens reversíveis (§ 2º introduzido ao art. 6º da Lei nº 11.079/2004). Este aporte de recursos foi permitido a partir da Lei nº 12.766/2012, e pode ocorrer na fase de investimento e/ou depois da disponibilização dos serviços (inc. XI, art. 5º da Lei de PPPs). Caberá ao edital prever no cronograma os momentos de realização dos aportes – que é um dado essencial à elaboração das propostas. A parcelas do aporte de recursos pagos ao setor privado segue o cronograma e os marcos para o repasse, sendo proporcional às etapas efetivamente executadas na fase de investimentos do projeto (§ 2º, art. 7º da Lei de PPPs).

Pela redação original da Lei nº 11.079/2004, a infraestrutura da PPP deve ser constituída exclusivamente com recursos obtidos pelo parceiro privado, sendo a aplicação de recursos do parceiro público restrita a momento futuro, quando toda a infraestrutura, ou parcela fruível dela, já estiver disponível. O aporte de recursos públicos, portanto, não se confunde com a contraprestação pública. Como a parcela fruível da contraprestação é vinculada ao desempenho do parceiro privado, as cláusulas contratuais têm que prever os critérios objetivos de avaliação do desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade. O contrato tem que prever também as formas de remuneração e de atualização dos valores.

A Lei nº 12.766/2012 também introduziu o § 4º ao artigo 10 da Lei nº 11.079/2004 para tratar do nível de detalhamento dos estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP. Estes estudos não precisam atender a todos os requisitos de um projeto básico, bastando que haja um anteprojeto e que o orçamento leve em consideração os valores de mercado e sistemas de custos relacionados ao setor específico do projeto.

O prazo de vigência do contrato de uma PPP deve ser compatível com a amortização dos investimentos realizados, não podendo ser inferior a 5 (cinco) e nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação, conforme exposto no inciso III, § 4º do art. 2º e inciso I do art. 5º.

A Lei das PPPs veda a celebração de contrato de PPP para empreendimentos cujo valor do contrato seja inferior a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) (inciso I, § 4º, Art. 2º). Na promulgação da Lei, o limite inferior era maior, de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). A redução desta margem ocorreu em 2017 (Lei nº 13.529), a partir de uma resposta política positiva aos setores interessados na ampliação deste tipo de contratação na Administração Pública. Houve a demanda tanto para valores menores de contratos na modalidade PPP, quanto para aumento da margem a ser comprometida no orçamento que, desde a Lei nº 12.766/2012, é de até 5% da Receita Corrente Líquida (RCL) para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

O capítulo das Disposições Aplicáveis à União coloca que são duas as condições para que a União possa contratar uma PPP, conforme o art. 22 da Lei. A União somente poderá contratar Parceria Público-Privada quando a soma das despesas de caráter continuado[11] (aquelas que são de obrigatória assunção pelo ente) derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida[12] do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida (aquelas necessárias para as atividades cotidianas do ente) projetada para os respectivos exercícios. Trata-se de duas limitações cumulativas, que impedem a aplicação sem limites de recursos em PPPs.

O limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida (RCL) com contratos de PPPs nos Estados, Distrito Federal e Municípios foi ampliado ao longo dos anos. Na redação original, o

---

[11] Pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), despesa obrigatória de caráter continuado é somente aquela derivada da lei, medida provisória ou ato normativo. Não atinge, portanto, as despesas decorrentes de contratos administrativos ainda que por eles obrigatórios por longos períodos, como os contratos de lixo, limpeza etc. que podem atingir 60 meses.

[12] A LRF também define, no inc. IV do art. 2º, que receita corrente líquida corresponde ao somatório das receitas líquidas tributárias, de contribuições, patrimônios, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos os valores, na União, transferidos aos Estados e Municípios, e nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios. Além destes valores, deduz-se a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes de compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição. A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos 11 anteriores, excluídas as duplicidades.

limite previsto na Lei nº 11.079/2004 era de 1%, que era o mesmo estipulado para a União. Com a Lei nº 12.024/2009, foi ampliado para 3%. Atualmente, com a Lei nº 12.766/2012, passou a ser de 5%. O objetivo é claramente o de ampliar a utilização de PPP por meio dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

É o art. 28 da Lei das PPPs que trata desta limitação de comprometimento da RCL. Ele dispõe que a União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% da Receita Corrente Líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 anos subsequentes excederem a 5% da Receita Corrente Líquida projetada para os respectivos exercícios.

A forma de escolha do parceiro privado se dá por licitação, na modalidade de concorrência e a abertura do edital de licitação é condicionada à autorização da autoridade competente, desde que observados, em síntese, os mesmos condicionantes já impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no seu art. 16, para qualquer aumento de despesa pública. Dentre estes condicionantes, a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP, estão: a declaração de que as obrigações contraídas no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para as obrigações; o objeto da licitação estar previsto no plano plurianual em vigor; a submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública; e a licença ambiental (inc. II a VII, art. 10 da Lei de PPPs).

O certame para a contratação segue o vigente sobre licitações e contratos administrativos em termos de procedimento, qualificação e julgamento. O critério de julgamento, na combinação de técnica e preço, não pode violar os princípios do julgamento objetivo[13], o da igualdade dos concorrente[14] e o que é expresso no próprio § 2º do art. 12 da Lei de PPPs, que prevê que o

[13] Art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que diz "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)."

[14] Art. 37, XXI, da Constituição Federal, que diz "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade

exame de propostas técnicas será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado, definidos no edital. Cabe ao edital prezar para que o resultado final do julgamento seja objetivo, com a prevalência de peso do julgamento de preço (que é objetivo) sobre o de técnica (que é subjetivo). A Lei expõe que os critérios de julgamento que poderão ser adotados no edital são o de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública e o de melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital (art. 12, inc. II, alíneas a e b da Lei de PPPs).

Há uma novidade em matéria de licitação no inc. IV do art. 12, principalmente se combinado com art. 13. O inc. IV do art. 12 prevê que o edital trate da possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório. Esta norma pode prejudicar o princípio da competitividade e o princípio da igualdade. Somente poderá ser salva se interpretada no sentido de que o saneamento de falhas de complementação de insuficiências ou correções de caráter formal não poderá se construir na inclusão de documentos que já deveriam, pelo edital, constar no processo. Já o art. 13 prevê a possibilidade de o edital contemplar a inversão das fases de habilitação e julgamento. Ficaria primeiro a fase de classificação das propostas para, em seguida, habilitar o licitante mais bem classificado e, aí sim, verificar se ele atende às condições fixadas no edital. Caso este seja inabilitado, serão analisados os documentos do licitante classificado em segundo lugar, e assim sucessivamente. Para ser válida, esta norma deverá observar o princípio da publicidade, ou seja, o vencedor e os demais classificados têm que ser convocados, sob pena de nulidade da habilitação. Caso contrário, não será possível aplicar o disposto no inc. IV do art. 12 (Mukai, 2005, pp. 26-27).

Nesse ambiente de transição cujos contratos de PPP se aproximam de uma relação de interdependência e de colaboração entre as partes e onde os interesses públicos e os privados quase se confundem, é que se torna possível a utilização da via arbitral para o deslinde de controvérsias. A sua utilização em matéria de PPPs é restrita a questões em que o Poder

---

de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Público não abrirá mão de bens e interesses que sejam indisponíveis. Caso contrário, a via de solução de conflito só pode ser a judicial (Mukai, 2005, p. 20).

Arbitragem é um meio amigável para a solução de divergências, especialmente nos conflitos decorrentes da execução de contratos. A arbitragem por equidade[15] pode ser muito útil aos contratos de PPP uma vez que ela ajuda a superar conflitos onde os conhecimentos técnicos mais especializados sejam preponderantes e a legislação ainda não deu solução adequada. A arbitragem como mecanismo privado de resolução de disputas, prevista na Lei nº 9.307/1996[16], é indicada desde a minuta do contrato (inc. III do Art. 11).

O capítulo que trata das Disposições Aplicáveis à União pode servir de base para a estrutura organizacional das PPPs nos estados e municípios. Ele trata das competências do órgão gestor das PPPs, sua composição, procedimentos e estrutura, além da prestação de contas anual a que este órgão é submetido. O órgão gestor será imprescindível para a consecução dos objetivos da lei, definindo os pontos principais de uma PPP. São de responsabilidade desse órgão a escolha dos serviços prioritários que deverão ser executados sob o referido regime, a disciplina dos procedimentos para a celebração dos contratos e a autorização para a abertura da licitação e a aprovação do seu edital.

O art. 15 indica os órgãos que se encarregarão de elaborar o edital de licitação, que deverá receber aprovação do órgão gestor, e proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP. Na União, são os ministérios e as agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência. Estes órgãos encaminharão ao órgão gestor, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de PPP.

Enfim, observa-se que o contrato de PPP traz uma série de novidades em relação as concessões. O Quadro 1 traz um resumo das principais diferenças e pontos em comuns entre

[15] Conforme o art. 2º da Lei nº 9.307/96, a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. A arbitragem de direito é aquela em que os árbitros decidirão a lide com base em regras do direito pátrio, como por exemplo, o Código Civil, desde que não sejam violados os bons costumes e a ordem pública. A arbitragem de equidade é aquela em que os árbitros decidirão a controvérsia não com base necessariamente no ordenamento jurídico, mas de acordo com aquilo que lhes parecer mais justo, mais equânime. Neste caso, a liberdade de decisão é mais elástica uma vez que não é necessário seguir as regras do direito.

[16] Na primeira década de vigência da Lei nº 9.307/96 ela foi timidamente usada, basicamente em função de desconhecimento somado à insegurança gerada pelas pendências junto ao STF em relação à sua inconstitucionalidade, que perdurou até o ano de 2001. Quando a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da lei a arbitragem deslanchou e hoje o Brasil é um dos países que mais tem se utilizado desse instrumento. No dia 27 de maio de 2015 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 13.129/2015, que altera alguns dispositivos da Lei de Arbitragem no Brasil (Lei nº 9.307/96). Além desses diplomas legais, também existem alguns dispositivos do Código de Processo Civil tratando deste tema.

as PPP e as concessões. Como se pode observar, além da questão jurídica, as PPPs trazem vantagens em relação à concessão comum, que de certa forma poderia ser vista como uma parceria pública e privada. No entanto, ao introduzir a diferença na legislação deixa clara as diferenças conceituais entre elas conforme podem se observa no Quadro 1 abaixo.

Quadro 1: Pontos Comuns e Diferenças entre PPPs e Concessões Públicas

Pontos Comuns	Diferenças (PPP)
Cláusulas regulamentares nos contratos a serem assinados pelo entre privado e público, após a homologação do processo licitatório.	A forma de remuneração: uma PPP sempre terá contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, enquanto que em uma concessão comum esta remuneração pode ficar somente a cargo dos usuários do aparelho/serviço público implementado (tarifas).
Outorga de prerrogativas públicas ao ente privado.	No caso da Concessão comum, aceita-se que pessoas jurídicas já existentes implementem e executem o empreendimento. Em PPP há a obrigatoriedade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) e a esta SPE serão outorgadas tais prerrogativas públicas. Não há transmissão de passivos das empresas-mãe.
Ente privado sujeito aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários etc.	A possibilidade de serem prestadas pelo parceiro público garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias no caso de PPP e, excluindo-se repactuações e reajustes, inexistente no caso de concessões comuns.
Poderes do parceiro público como encampação, intervenção, uso compulsório de recursos da concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionatório e de decretar a caducidade.	O compartilhamento de riscos e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado, presente nas PPPs e ausente nas concessões comuns.
Reversão, ao término do contrato, de bens do parceiro privado afetados à prestação do serviço.	Normas específicas sobre licitação, derrogando parcialmente certas normas das Leis 8.987/95 e 8.666/93 no caso de PPPs, enquanto que no caso das concessões comuns, seguem-se estritamente tais normas. Seria mais simples contratar por PPP.
Natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do serviço.	Possibilidade de aplicação de penalidades ao parceiro público em caso de inadimplemento contratual, enquanto que nos demais modelos as penalidades serão aplicadas somente ao ente privado.
Responsabilidade Civil, por danos a terceiros e à Administração Pública.	Normas limitadoras do prazo mínimo e máximo do contrato de PPP, (mínimo de 5 e máximo de 35 anos) enquanto que em concessões comuns, embora haja necessidade de tempo determinado, cada contrato é que determina seus prazos, e nas licitações convencionais o prazo máximo é de 5 anos.
Efeitos trilaterais da concessão: sobre o poder concedente, o parceiro privado e os usuários.	Imposição de limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas, enquanto que em concessões comuns o limite é o do orçamento reservado.
A obrigatoriedade de licitação.	O ente público compartilha os riscos de força maior e eventos extraordinários em PPP, enquanto que nos demais modelos de contratação pública o risco fica com o setor público, uma vez que tais eventos podem justificar atrasos ou inadimplementos.
Normas sobre subcontratação e subconcessão, conforme Lei 8.987/95 e 11.079/2004.	
Formas e extinção, abrangendo advento do termo, encampação, caducidade, rescisão ou anulação, nos termos da Lei 8.987/95.	

Fonte: Dias (2014, p. 33)

No Brasil as PPPs foram regulamentadas por legislação federal em 2004. Como os contratos são de longo prazo, as primeiras parcerias ainda não foram concluídas e seus contratos estão

em plena vigência. Esse modo de associação público-privada tem sido amplamente utilizado em todos os setores da economia. Teoricamente, elas surgem como uma solução para aumentar a eficiência, a qualidade dos serviços públicos e, ao mesmo tempo, reduzir custos de produção, devido ao envolvimento do setor privado na prestação dos mesmos.

Os cenários de ajuste fiscal e a escassez de recursos que são historicamente usados como argumento para as medidas privatizantes, sendo também recorrente às literaturas sobre as concessões do tipo PPP, como uma alternativa à realização de investimentos em infraestruturas. Resta interpretar se, por conta da contraprestação pública mensal paga pelo setor público ao setor privado, se este instrumento se trata de uma política pública pró-cíclica ou anticíclica. Nas privatizações tradicionais, há a venda de ativos públicos e, nas concessões comuns, há a cobrança de outorga a ser paga pela concessionária. A transferência de recursos públicos na PPP segue o sentido oposto das outras formas de se privatizar os serviços públicos, mesmo que seja após a disponibilidade do serviço público, ou seja, após a etapa de construção, ainda que parcial, da obra pública.

A Parceria Público-Privada é um instrumento capaz de desenvolver uma área ou setor que não tem viabilidade econômica já instalada. Pelo seu potencial de desenvolvimento, é essencial que o governo como um todo se mobilize no planejamento e na gestão, pois são contratos com grau de complexidade muito maior que a maior parte das licitações feitas pelo Estado. Um grande esforço e atenção devem ser dedicados à etapa de planejamento e concepção da licitação, ou seja, qual o escopo do projeto e como será escolhida a melhor empresa para assumir o serviço. E as ações de controle que o Estado faz, tanto do planejamento quanto da execução, tem que se atentar para o produto final, dado o compromisso que o Estado firmou com a sociedade da entrega deste produto.

A contratação de uma Parceria Público-Privada só poderá ocorrer se o objeto da licitação estiver previsto no Plano Plurianual (PPA) em vigor (inc. II a VII, art. 10 da Lei nº 11.079/2004). A obrigatoriedade legal do planejamento está vinculada ao orçamento de médio prazo, pois a duração do PPA é de quatro anos, porém a PPP é um instrumento contratual que prevê desembolso de recursos públicos a longo prazo.

O planejamento orçamentário consta na Constituição Federal de 1988 com a criação de três instrumentos: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual são instrumento de

definição de metas e execução orçamentárias. O Plano Plurianual é o planejamento de médio prazo que, conforme inciso I, § 9º do art. 165, prevê lei complementar para "dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual". Enquanto não for produzida a lei complementar prevista, rege-se pelas normas dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs), inciso I, § 2º do art. 35, que diz "o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro. . .". Portanto, o PPA cobre o período que vai do início do segundo ano do mandato efetivo até o final do primeiro ano do mandato seguinte.

Esse período de cobertura do PPA foi definido, em primeiro lugar, porque a discussão e a aprovação de um plano abrangente como o PPA só tem viabilidade de ocorrer depois da posse de cada novo governo, em segundo, por ser racional que se articulem mecanismos de continuidade administrativa que levem as administrações que se iniciam a dar seguimento às ações deixadas em andamento pelas administrações anteriores.

No caso de estudo, referente ao estado de Minas Gerais, há um instrumento de planejamento de longo prazo, Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (PMDI). O PMDI consiste em um plano de longo prazo instituído pela Constituição Mineira, que tem como objetivo estabelecer diretrizes para a formulação dos demais instrumentos de planejamento do Estado, estabelecido para um horizonte de 20 anos, para as quais foram traçados objetivos estratégicos e resultados finalísticos com metas para 2023 (fim do PMDI atual).

Como vimos no capítulo 1, a relação entre o governo (o principal) e as empresas privadas (o agente) pode levar a problemas quando o agente tem metas, objetivos ou atitudes diferentes em relação ao risco ou quando há assimetria de informação. Tais problemas devem-se principalmente a: transferência de risco entre as partes, qualidade dos serviços, eficiência decorrente da competição entre os agentes e o processo de negociação e supervisão dos acordos estabelecidos.

No próximo capítulo será analisado o caso concreto da PPP da Rodovia MG-050.

CAPÍTULO 3: PPPS NO BRASIL: O CASO DA RODOVIA MG-050

Este capítulo tem o objetivo de discutir o programa de PPP sobre as lentes da Teoria do Principal-Agente a partir do caso da Rodovia MG-050. A análise irá tratar dos três tipos de relação entre Principal e Agente, discutidos no capítulo 1: a regulação, entre governos e agentes econômicos privados; a supervisão ou acompanhamento, entre políticos e burocratas; e a responsabilização ou *accountability*, entre cidadãos e governos. Temos como pressuposto que cada uma dessas relações implica em assimetria informacional.

3.1 Metodologia: Estudo de Caso

Para atender o objetivo de analisar as relações de Principal-Agente nas PPPs, utilizou-se da análise qualitativa (estudo de caso), buscando identificar nas relações contratuais e, principalmente, nos aditivos, o alinhamento entre os objetivos da proposta de parceria e sua efetivação. O estudo de caso se mostra adequado uma vez que se trata de um fenômeno ainda recente no País, que se faz necessário um aprofundamento do objeto para que se possa orientar e servir de base de futuras investigações (Yin, 2001).

A principal justificativa para o uso do estudo de caso foi baseada em Baker e Gil (2012). Os autores denominam os estudos de caso, como *casos clínicos* e admitem que os estudos clínicos podem servir a três diferentes propósitos. Os casos podem fornecer: (i) suporte descritivo para pesquisadores que almejam propor novos modelos teóricos; (ii) orientações, com a finalidade de modelar um fenômeno particular; (iii) base para formulação de hipóteses e proposições; e (iv) evidências para testar novas hipóteses/teorias (Baker & Gil, 2012).

No caso em pauta, adota-se como estratégia a terceira proposição, uma vez que a análise servirá de base para entender os problemas de Principal-Agente fornecendo subsídios para novas proposições visando mitigar os problemas de agência.

Para apresentar resultados advindos da análise, também foi preciso dar um passo posterior apresentando uma breve contextualização do projeto. Como método, a pesquisa utilizou dados secundários coletados no sítio da SETOP/MG, que, em observância à transparência das informações públicas, divulga os dados de contratos e aditivos. Na Quadro 2 encontram-se os documentos referentes aos contratos e aditivos dessa parceria.

Quadro 2: Contrato, Aditivos, Legislação e Relatórios – PPP da Rodovia MG-050.

Documentos	Data
Contrato 007/2007	21/mai/07
Primeiro Termo Aditivo ao contrato 0007/2007	12/jun/08
Segundo Termo Aditivo ao contrato 0007/2007	19/fev/09
Terceiro Termo Aditivo ao contrato 0007/2007	31/jul/09
Quarto Termo Aditivo ao contrato 0007/2007	02/jun/10
Quinto Termo Aditivo ao contrato 0007/2007	28/dez/10
Sexto Termo Aditivo ao contrato 0007/2007	01/jul/13
Anexo altera Plano de Negócio	sd
Documentos de indicadores de desempenho	sd
Relatório Executivo MG-050 (SETOP/MG)	21/12/17
Anuário da MG (PRICEWATERHOUSECOOPERS)	2013
Legislação: CF 1988; 11.079/2004 Lei das PPPs; 12.431/2011 Debêntures incentivadas; LC 101/2000 LRF; 8.666/1993 Lei das Licitações; 8.987/1995 Lei das Concessões; 9.277/1996 Lei das Delegações; Decreto nº 43.702/3003 Conselho Gestor e Unidade de PPP; Decreto no. 43.702/03; Lei Estadual n° 14.868/2003 Plano Estadual; Lei Estadual n° 14.869/2003 Fundo Garantidor.	Diversos anos

Fonte: Elaboração própria.

A estrutura da análise do caso foi a seguinte:

1. Contextualização da PPP da Rodovia MG-050.
2. Caracterização dos contratos e análise dos aditivos.
3. Análise da adequação dos resultados à proposta inicial a partir da Teoria da Agência.

3.2 Estudo de Caso: A PPP da Rodovia MG-050

O estado de Minas Gerais foi o pioneiro no País a adotar um marco legal sobre Parcerias Público-Privadas, antecipando-se, em um ano, à iniciativa da União. A Lei Estadual n° 14.868, de 2003, expôs as diretrizes do Programa e do Plano Estadual de PPP. Em 12/04/2006, o governador do estado de Minas Gerais aprovou o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas constituído pelo Projeto de Recuperação da Infraestrutura da Rodovia MG-

050[17]. Em 2008, foi o Complexo Penitenciário e em 2009, o UAI – Unidade de Atendimento Integrado.

A primeira PPP de rodovia no País foi em Minas Gerais, a Rodovia MG-050. O edital do projeto foi lançado em 2006 e abarcava uma extensão total de 372 km. O projeto previa a recuperação, ampliação e manutenção desta rodovia, que liga a região metropolitana de Belo Horizonte à divisa do estado de São Paulo, passando pelas rodovias MG-050 (344,4 km) e trechos da BR-265 (22,3 km) e BR-491 (4,65 km)[18], perfazendo cerca de 372 km, mediante concessão na modalidade patrocinada (ver Figura 2).

Figura 2: Projeto PPP da MG-050

Informações do Contrato

- Assinado: 21 de julho de 2007
- Prazo de concessão de 25 anos
- Investimento previsto: R$ 645 milhões
- Investimento realizado (2015): R$ 846 milhões
- Concedente: Estado de Minas Gerais
- Concessionária: Nascentes de Minas (Atlantia e Bertin)
- Garantidor: CODEMIG

Fonte: Concessão MG-050 (2018)

No que se refere ao marco legal, a PPP se ampara na legislação do estado de Minas, compreendendo: a Lei Estadual nº 14.868/03, que dispõe sobre o programa de PPP neste estado, apresentando as alternativas de contratação, os instrumentos e obrigações das partes envolvidas; a Lei Estadual nº 14.869/03, que cria o Fundo de PPP do Estado visando dar

[17] A Lei Federal nº 9.277/1996 autoriza a União a delegar aos Municípios, Estados e ao Distrito Federal a administração e exploração, diretamente ou através de concessão, de rodovias e portos federais.

[18] A concessão patrocinada tem por objeto a exploração da Rodovia MG 050, trecho entroncamento BR 262 (Juatuba) - Itaúna - Divinópolis - Formiga - Piumhi - Passos - São Sebastião do Paraíso, o trecho Entrº MG 050/Entrº BR 265, da BR 491 do km 0,0 ao km 4,65 e o Trecho São Sebastião do Paraíso – Divisa MG/SP da Rodovia BR 265, mediante a prestação do serviço pela Concessionária (Cláusula 5.1 do Contrato SETOP 07/2007).

suporte financeiro à PPP; e o Decreto nº 43.702/03 criando o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (GCPP).

O contrato de concessão patrocinada foi assinado em 21 de julho de 2007, com duração de 25 anos, entre a Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas – SETOP/MG e a Concessionária da Rodovia MG-050 S.A., tendo como intervenientes o Departamento de Edificações e Estradas de Rodagem – DEER/MG e a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG, conforme licitação por concorrência realizada em 07 de agosto de 2006, homologada em 09 de maio de 2007.

Trata-se de um corredor importante de cargas da Região Metropolitana de Belo Horizonte com as regiões Central, Sul e Centro-Oeste de Minas e de ligação com o estado de São Paulo (Belo Horizonte – Passos – Ribeirão Preto) e de entroncamento com a rota Brasília – Uberlândia – São Paulo. A MG-050 corta 12 municípios, mas influencia cerca de 50 municípios mineiros, inclui a região metropolitana de Belo Horizonte, com cerca de 1,3 milhões de habitantes, ou seja, 7,4% da população mineira. A região responde por 7,7% do PIB estadual (Pricewaterhousecoopers, 2013).

O poder concedente, conforme definido na Lei n° 8.987/95, é o estado de Minas Gerais, por meio da SETOP/MG, sendo intervenientes o DEER/MG[19], na função de supervisor, e a CODEMIG[20], na função de garantidor. Conforme definido pelo edital da PPP, a concessionaria deveria constituir uma Sociedade de Propósito Específico. A SPE foi denominada Nascentes das Gerais, holding AB Concessões, formada pelo Grupo Italiano Atlantia (controlador) e pelo Grupo Bertin, empresa nacional (Figura 3).

Figura 3: Concedente, regulador e Contrato de PPP da Rodovia MG-050

[19] O DEER/MG é uma autarquia estadual, tem autonomia administrativa e financeira, personalidade jurídica de direito público e se vincula à Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas – SETOP, nos termos do art. 42 da Lei nº 22.257, de 2016.

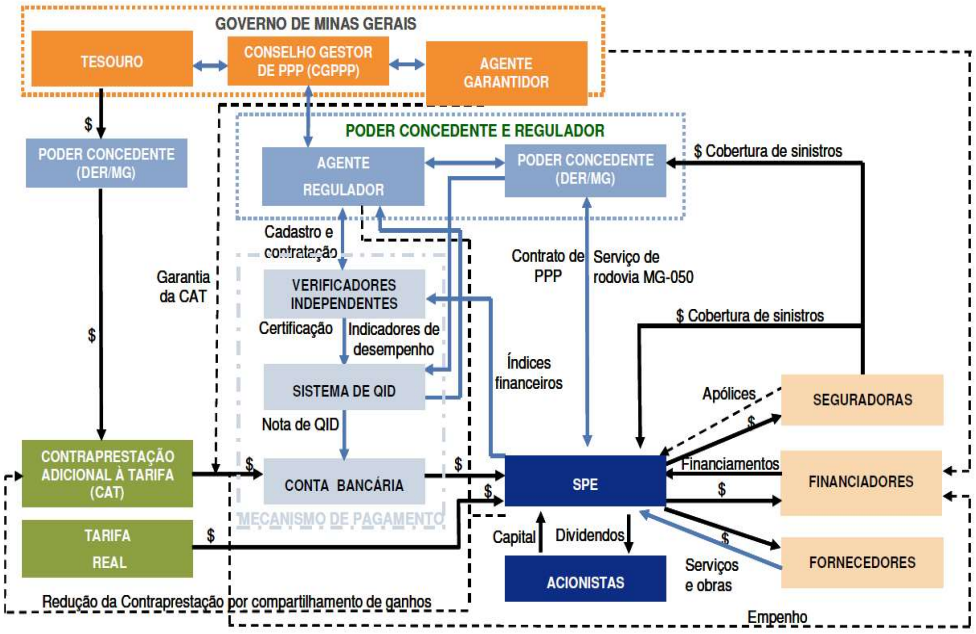
[20] A Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (CODEMIG) é uma empresa pública constituída na forma de Sociedade Anônima e controlada pelo estado de Minas Gerais. Criada pela Lei Estadual nº 14.892/03.

Fonte: PPP da Rodovia MG-050 (BELLO, 2009)

De acordo com o contrato, a concessionária é responsável pela conservação da infraestrutura da rodovia, o que inclui a conservação do pavimento, do acostamento, da sinalização, das passarelas e das faixas de pedestres. Também é responsável pela segurança e fiscalização, além de oferecer Serviços de Atendimento ao Usuário, como inspeções de tráfego, serviços de guincho e auxílio mecânico, atendimento a incidentes, campanhas educativas e bases de apoio aos usuários ao longo da rodovia, com banheiros, salas de descanso, telefone etc. O relacionamento com o usuário também se dá, em grande parte, por meio da ouvidoria da concessionária por meio de telefone, de endereço eletrônico e um canal permanente de comunicação através do 0800, chamado Centro de Controle Operacional, que atende emergências e informações.

A PPP foi estruturada na modalidade de Concessão Patrocinada, isto é, a remuneração do parceiro privado ocorre pela cobrança do usuário do serviço (tarifas cobradas em seis praças de pedágio) e também pelo pagamento de determinado montante pelo governo, o qual está vinculado à disponibilidade do serviço, à qualidade do serviço e a outro critério (Art. 2º, §1º, da Lei Federal nº 11.079/2004), sendo previsto o comprometimento do estado de Minas Gerais com um pagamento na forma de Contrapartida Adicional à Tarifa (CAT). O prazo de concessão é de 25 anos. Os investimentos previstos no projeto eram da ordem de R$ 650 milhões. Lembrando que, por contrato, os valores são definidos em função dos custos de manutenção, da rentabilidade projetada e dos investimentos. Na Figura 4, pode-se observar o Diagrama do Projeto PPP.

Figura 4: Diagrama do Projeto PPP MG 050



Fonte: Parceria Público-Privada (Bello, 2009)

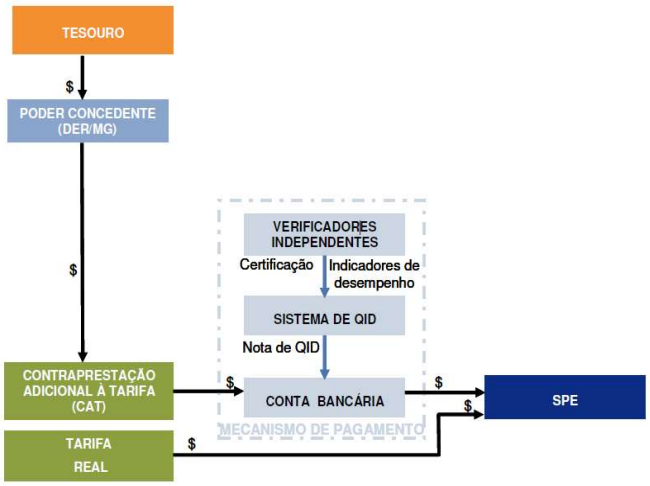
O diagrama acima apresenta os entes envolvidos nesta parceria e a relação entre eles. As setas indicam os fluxos de informações ou de recursos e os blocos de cores auxiliam a identificar as funções realizadas por cada grupo.

A presente concessão patrocinada pressupõe a prestação de serviço adequado, considerando-se como tal aquele que satisfizer às condições de regularidade, eficiência, segurança,

atualidade, generalidade, cortesia, equidade, modicidade das tarifas e continuidade, nos termos da legislação[21]. Para esse fim, foi criado um sistema de avaliação denominado Quadro de Indicadores de Desempenho (QID)[22] que objetiva aferir a qualidade do serviço prestado e implica no valor repassado à concessionária. Para a verificação do desempenho a partir dos indicadores foi determinado, no estado de Minas Gerais, a contratação de um Verificador Independente. Na PPP da Rodovia MG-050, o interveniente que supervisionará a aferição[23] feita pelo Verificador Independente dos índices constantes do QID será o DEER-MG. A revisão dos indicadores presentes no QID será feita no terceiro, sexto e a partir do décimo ano de contrato pelo DEER/MG.

A determinação da nota do QID é destinada a aferir o desempenho da concessionária, permitindo à SETOP/MG monitorar a qualidade do serviço prestado, mensurar o valor da contraprestação pecuniária a ser paga, a cada mês, e aplicar, quando cabível, as sanções pertinentes. As medições dos indicadores que compõe o QID são realizadas pelo DEER-MG e pela concessionária, que então as repassa ao Verificador Independente, que analisa e afere a nota final do QID. Os indicadores seguiram os critérios base do Banco Mundial (Highway Capacity Manual – HCM). A Figura 5 apresenta a estrutura de receitas e os mecanismos de pagamentos.

Figura 5: Estruturas de Receitas e Mecanismos de Pagamentos da PPP Rodovia MG 050



[21] Cláusula 5.2, Capítulo II – Do Objeto e Da Natureza Da Concessão Patrocinada, do Contrato SETOP 07/2007.
[22] Anexo V do Edital.
[23] A periodicidade da aferição de cada indicador feita pelo Verificador Independente é variável, podendo ser mensal, trimestral, semestral e anual, e as notas vão de 0 a 10.

Fonte: Parceria Público-Privada (Bello, 2009)

Os principais indicadores da prestação de serviço consideram os seguintes aspectos e pesos[24]: responsabilidade operacional (pavimento, sinalização, segurança do tráfego, atendimento ao usuário e fluxo de veículos) com peso de 70%; responsabilidade ambiental (controle da poluição, trânsito de cargas perigosas, ruídos, desmatamento e prevenção de acidentes ambientais, sendo os indicadores a Licença Ambiental e a Conformidade Legal) com peso de 10%; responsabilidade financeira (gestão de custos, otimização de investimentos, endividamento e práticas contábeis transparentes) com peso de 10%; e responsabilidade social (tratamento aos usuários e habitantes impactados, sendo os indicadores a Participação da Sociedade, Educação para o Trânsito e Capacitação dos Empregados) com peso de 10%. Na análise das dimensões financeira, social e ambiental, havendo o cumprimento de todos os requisitos, a nota do QID para a dimensão será 10, e, se pelo menos um dos requisitos for descumprido, a nota do QID será 0 (Pricewaterhousecoopers, 2013).

3.3 Contratos e aditivos

As PPPs são um modelo de contratação pública que permite a participação de atores privados nos desenhos e implementação de projetos públicos, sendo que o setor público é responsável por especificar a quantidade e qualidade dos serviços a serem prestados pela iniciativa privada. Os acordos das parcerias público-privadas são estruturados por meio de um contrato que deve, basicamente, tratar das características do objeto da concessão, da qualidade desejada da prestação do serviço, do sistema de pagamento e da vigência da parceria.

A concessionária deverá assegurar a qualidade dos projetos, assim como a da execução e manutenção dos serviços a seu encargo, responsabilizando-se pela sua durabilidade, em plenas condições de uso, funcionamento e operacionalidade, durante todo o prazo da concessão patrocinada.

O valor do contrato, conforme indicado na proposta econômica pela licitante vencedora, correspondente ao valor da projeção das receitas provenientes da cobrança da tarifa de pedágio e do recebimento da contraprestação pecuniária pela concessionária, durante todo o

[24] Cláusula 33, Capítulo XI – Do Quadro de Indicadores de Desempenho, do Contrato SETOP 07/2007.

prazo da concessão.[25] O capital social subscrito da concessionária a ser integralizado deverá atender as condições operacionais mínimas da rodovia, as intervenções obrigatórias, as obras de melhoria e ampliação de capacidade, as atividades de operação da rodovia e de conservação da rodovia, e os indicadores constantes do Quadro de Indicadores de Desempenho. O capital inicial subscrito e integralizado da concessionária corresponderá a 10% (dez por cento) do valor dos investimentos a serem realizados no primeiro exercício financeiro do contrato[26]. Segundo o Plano de Negócios apresentado pela concessionária da Rodovia MG-050, em outubro de 2005, o projeto prevê um investimento de R$ 320 milhões nos primeiros cinco anos de concessão e um investimento total de R$ 712 milhões ao longo de 25 anos (Pricewaterhousecoopers, 2013).

A Parceria Público-Privada é uma possibilidade de contratação da iniciativa privada em atividades com viabilidade técnica, mas sem viabilidade econômica, pois o montante arrecadado com a cobrança do pedágio do usuário neste empreendimento não seria suficiente para tornar o projeto rentável ao parceiro privado. Pelo caráter de interesse público, é necessário que haja a complementação da remuneração do parceiro privado através da contraprestação pecuniária mensal que o Estado assume, tornando o empreendimento atrativo ao setor privado e possibilitando uma ação conjunta entre público e privado.

A contraprestação pecuniária pública tem seu valor afetado pela qualidade e disponibilidade do serviço prestado pelo parceiro privado. Os critérios de avaliação do parceiro privado são definidos durante o processo de modelagem do projeto de PPP, em que são levadas em conta as capacidades, potencialidade e expertise do setor privado na área de atuação do objeto contratual. No contrato são estabelecidos os padrões aceitáveis de desempenho e parâmetros de qualidade do serviço público desejados a partir de um sistema de mensuração de desempenho com indicadores que permitem a avaliação, o monitoramento e o controle do projeto segundo suas metas e objetivos. Estes índices de aferição conectados aos mecanismos de pagamento são uma ferramenta de incentivo para que o parceiro privado preste um serviço público com a qualidade considerada desejável.

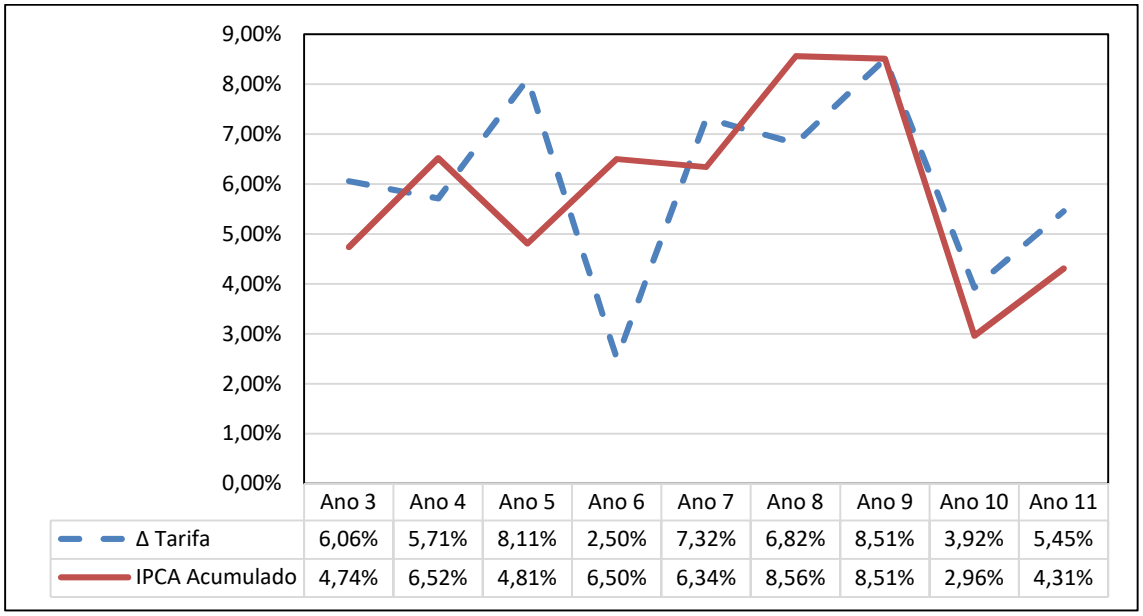
---

[25] O valor deste Contrato, é de R$ 2.196.017.610,00 (dois bilhões, cento e noventa e seis milhões, dezessete mil e seiscentos e dez reais), na data base de dezembro de 2005, cf. Cláusula 79 – Do Valor do Contrato, Contrato SETOP 07/2007.

[26] O capital inicial foi de R$ 125.432.340,00 (cento e vinte e cinco milhões, quatrocentos e trinta e dois mil, trezentos e quarenta reais), cf. Cláusula 12 – Do Capital Social, Contrato SETOP 07/2007.

A tarifa de pedágio da Rodovia MG-050 começou a ser cobrada a partir do segundo ano de execução do contrato e foi reajustada conforme metodologia especificada, a partir do valor definido no edital, com data-base de 12/2005, reajustada pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA (ver Gráfico 1).

Gráfico 1: Variação da Tarifa de Pedágio



	Ano 3	Ano 4	Ano 5	Ano 6	Ano 7	Ano 8	Ano 9	Ano 10	Ano 11
Δ Tarifa	6,06%	5,71%	8,11%	2,50%	7,32%	6,82%	8,51%	3,92%	5,45%
IPCA Acumulado	4,74%	6,52%	4,81%	6,50%	6,34%	8,56%	8,51%	2,96%	4,31%

Fonte: SETOP/MG (2017)

A metodologia de cálculo da tarifa de pedágio segue a seguinte fórmula especificada no edital:

$$TB_R = TB_X \frac{(IPCA_i - IPCA_0)}{IPCA_0}$$

TBR = valor da Tarifa Básica reajustada;
TB = valor da Tarifa Básica de Pedágio referente ao mês de dezembro de 2005;
IPCA $_0$ = Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, relativo ao mês de outubro de 2005, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);
IPCA $_i$ = Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Outra forma de remuneração da concessionária além da receita dos pedágios é Contraprestação Pecuniária Mensal (ou Contrapartida Adicional à Tarifa – CAT), que varia conforme notas do Quadro de Indicadores de Desempenho – QID. As revisões desta contraprestação demandadas pela concessionária dependem das justificativas apresentadas por ela, e serão analisadas pela concedente, a SETOP/MG. Revisões do contrato podem ocorrer no tempo previsto no edital, por iniciativa da SETOP/MG ou por solicitação da Concessionária, com base na análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de acordo com os procedimentos explicitados no edital e seus anexos. Cada revisão gera um aditivo contratual, podendo ser revisões extraordinárias, anuais ou a qualquer momento.

A receita da concessionária pode variar conforme o desempenho, demonstrado na nota de desempenho a partir dos indicadores estabelecidos ou pode variar conforme a demanda, ou o tráfego de veículos, aferidos nas praças de pedágio. Como uma PPP é um modelo de concessão que incorpora a contraprestação pública justamente por a receita tarifária não ser suficiente no início do empreendimento para que ele se torne viável economicamente e atrativo para o setor privado, é esperado que a demanda seja menor nos primeiros anos de contrato.

Em um investimento em infraestrutura a necessidade de planejamento prévio é justamente para que, no período de maturação, atraia novos investimentos para aquela região. Isto aparece no estudo de caso ao se justificar que a rota feita pela Rodovia MG-050 é relevante em termos habitacionais e econômicos. Uma PPP deste tipo deve se tornar viável a longo prazo, ou seja, a demanda deveria aumentar para que a necessidade de contraprestação pública diminuísse. No Quadro 3 estão dispostos os dados de tráfego planejados e os realizados da Rodovia MG-050 após sua concessão.

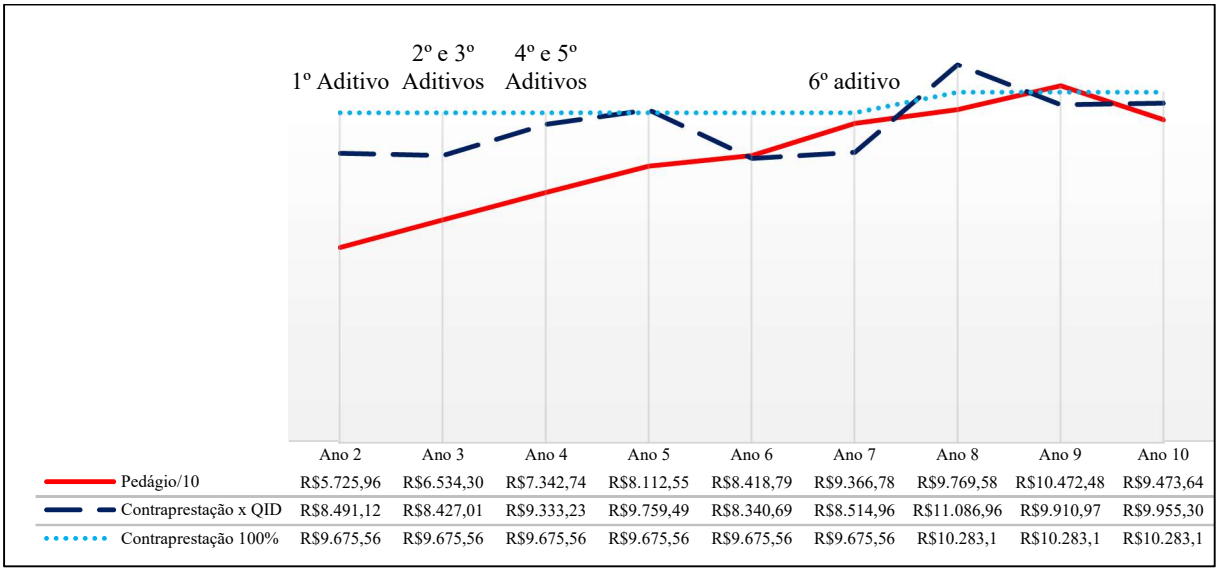
Quadro 3: Dados de Tráfego

	Ano 3	Ano 4	Ano 5	Ano 6	Ano 7	Ano 8	Ano 9	Ano 10
Previsto Edital	18.365	18.826	19.295	18.567	20.252	20.740	21.124	21.620
Realizado	18.663	19.839	20.266	20.534	21.355	20.771	20.534	18.071
Diferença	-298	-1.013	-971	-1.966	-1.103	-31	590	3.549

Fonte: SETOP/MG (2017)

Como observado na Quadro 3, até o ano 8 do contrato, que terminou em junho de 2015, o tráfego realizado excedeu o que foi previsto no Edital de licitação. Porém, a partir do ano 9, a demanda foi menor do que a prevista. Mas, além da receita proveniente da tarifa de pedágio, a contraprestação pecuniária teve um reajuste a partir de 2014, passando de R$ 967.556,02 para R$ 1.028.314,21 mensais. Abaixo é apresentado no Gráfico 2 o comportamento da receita da concessionária.

Gráfico 2: Receita da Concessionária (R$*100)



Fonte: SETOP/MG (2017)

Para fins de análise comparativa das linhas de tendências das receitas da concessionária, a grandeza dos valores arrecadados com o pedágio foi reduzida, dividindo os valores reais por 1.000, enquanto as receitas provenientes de contraprestação pecuniária tiveram suas grandezas reduzidas ao serem divididas por 100.

O que se observa no Gráfico 2 acima é que as receitas arrecadadas com pedágio têm um comportamento ascendente, apesar de não ter se efetivada a demanda de tráfego que foi prevista em edital a partir do ano 9 do contrato. As oscilações que a contraprestação pecuniária apresenta é decorrente das notas do Quadro de Indicadores de Desempenho. O que se observou no valor integral da contraprestação foi a sua regularidade até o ano de 2014, ano em que foi acordado o reajuste para cima.

A vinculação da remuneração do parceiro privado à execução das obrigações contratuais exige esforço de mão de obra e aporte de conhecimento técnico específico no processo de aferição do desempenho do concessionário. O papel de apoio à fiscalização, exercida pelo Verificador Independente, é relevante em um projeto de PPP. Entretanto, não deve ser entendido como uma delegação da atividade reguladora, controladora e fiscalizadora precípua do Estado, nem mesmo redução da autoridade pública frente aos contratos de Parceria Público-Privada, conforme atendimento à diretriz do inc. VII do art. 2º da Lei Estadual nº 14.868/2003. É previsto ainda a verificação do processo de aferição pela Auditoria Geral do estado de Minas Gerais

A contratação do Verificador Independente se dá por meio de licitação. Em caso de divergência quanto à nota aferida pelo Verificador Independente, o parceiro privado poderá discutir diretamente com o parceiro público até chegar a um consenso, e, caso não haja acordo, a decisão caberá a um comitê técnico[27], o qual será composto por três membros (um pela SETOP/MG, um pela concessionária e um indicado em comum acordo ou pelo CREA).

As controvérsias que não forem dirimidas amigavelmente entre as partes, ou pelo comitê técnico, serão resolvidas por arbitragem[28]. O Aditivo nº 06 do Contrato SETOP 07/2007 advém de uma revisão prevista, e ele contém (além da recomposição do equilíbrio financeiro, alteração do cronograma, do plano de negócios[29] e de indicares de desempenho) a alteração contratual da Cláusula 71- Da Solução de Controvérsias, definindo uma Câmara de Arbitragem para as possíveis controvérsias deste contrato.

Apesar das vantagens da utilização da arbitragem para mediar as disputas, como por exemplo

---

[27] Cláusula 68 – Das Divergências Técnicas, Contrato SETOP 07/2007.
[28] Cláusula 70 – Do Processo De Arbitragem, Contrato SETOP 07/2007.
[29] Nesta revisão houve a vinculação entre o Plano de Negócios e o cronograma de investimentos real, em detrimento do cronograma pactuado, decorrente do planejamento prévio. Isto foi acordado na revisão para evitar penalidades.

a celeridade do procedimento e a capacidade técnica sobre objeto do conflito, vale salientar que este caso se trata4789 de uma decisão de interesse público. A confidencialidade inerente a um processo privado de soluções de disputas não preza pelo princípio da publicidade dos atos processuais[30], garantido pelas disputas judiciais.

A confidencialidade é regra na arbitragem, seja no regulamento da instituição escolhida, seja por disposição expressa na cláusula compromissória. Na Lei Federal de Arbitragem nº 9.307/1996, o legislador entendeu que a confidencialidade não é regra implícita do procedimento, exigindo expressa previsão pelas partes[31].

A Câmara de Arbitragem definida no Aditivo nº 06 do Contrato SETOP 07/2007 é a CAMARB (Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil). O regulamento de arbitragem, que vigora desde 20-7-17, artigo 13.1, Capítulo XIII – Das Disposições Finais, estipula:

> O procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado à CAMARB, aos árbitros, aos demais profissionais que atuarem no caso e às próprias partes, divulgar quaisquer informações a que tenham acesso em decorrência de seu ofício ou de sua participação no processo, sem o consentimento de todas as partes, ressalvados os casos em que haja obrigação legal de publicidade e o disposto no presente regulamento (art. 13.1 do Regulamento da CAMARB).

Assim como o Capítulo XII - Dos Procedimentos com a Participação da Administração Pública, deste Regulamento da CAMARB, ao preconizar que ". . . a CAMARB não fornecerá documentos e informações a respeito do procedimento, cabendo às partes, na forma da lei, a divulgação de informações adicionais".

3.4 Análise da adequação dos resultados à proposta inicial a partir da Teoria da Agência

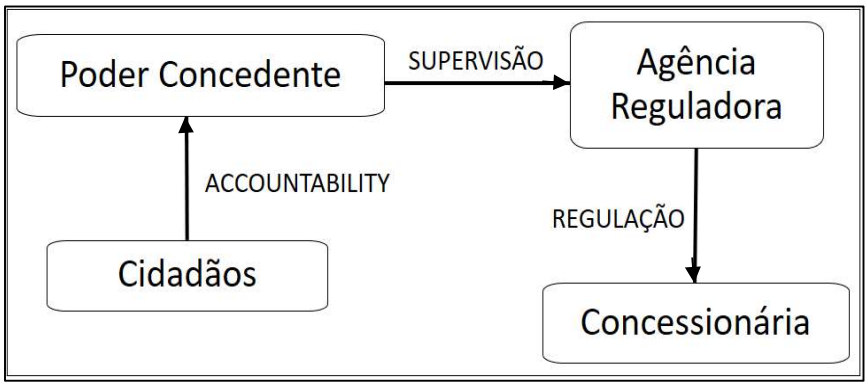
Conforme já apresentado, há três tipos de relação entre Principal e Agente: a regulação, entre governos e agentes econômicos privados; a supervisão ou acompanhamento, entre políticos e burocratas; e a responsabilização ou *accountability*, entre cidadãos e governos (Przeworsky, 1995). Cada relação implica em assimetria informacional, sendo que pode haver também conflito de interesses entre agente e instituições, conforme Figura 6.

---

[30] Art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal, que diz "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem".

[31] Art. 22-C da Lei nº 9.307/1996, que diz "o árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015); e Parágrafo único, ao expressa que "no cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Figura 6: Problema Principal-Agente em concessões comuns



Fonte: Elaboração própria

Na estrutura organizacional das concessões comuns é possível identificar as relações de Principal-Agente tipificadas por Przeworsky.

a. Regulação: relação entre a Agência Reguladora e a Concessionária.

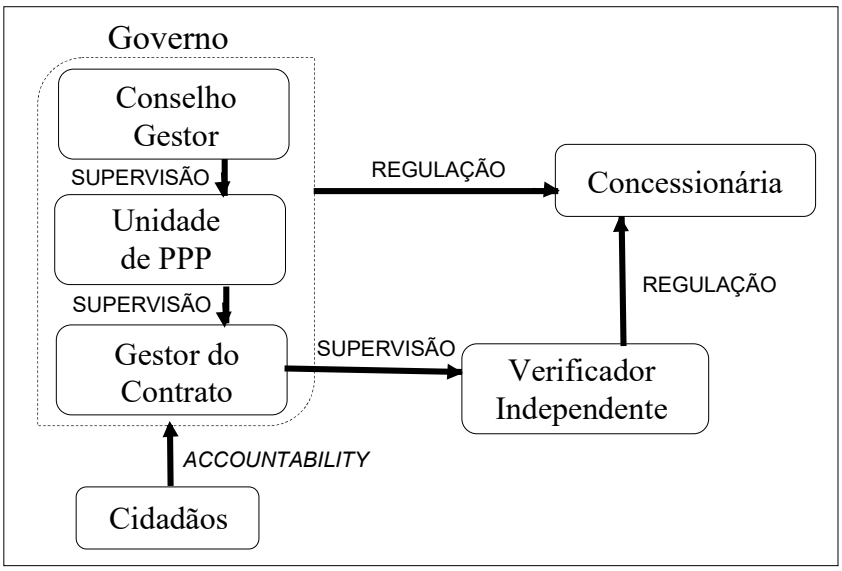
b. Supervisão: relação entre a Administração Pública e a Agência Reguladora.

c. *Accountability*: relação entre a Administração Pública e os Cidadãos.

O objetivo geral é analisar se nas relações existem Problemas Principal-Agente a partir da estrutura institucional da PPP da Rodovia MG-050, colocando em relevo a assimetria de informação entre as partes e a possibilidade de adoção de conduta oportunista, e como este caso lida com a situação.

Para tanto se parte da premissa de que as PPPs reproduzem uma relação Principal-Agente, por se tratar de um contrato entre duas partes em que a contratante delega uma atividade de interesse público a uma contratada que tem interesses próprios comuns à atividade econômica, e recebe em troca a remuneração e a garantia da taxa de retorno do empreendimento.

Figura 7: Problema Principal-Agente em PPPs



Fonte: Elaboração própria

O diagrama elaborado representa a estrutura institucional de Parcerias Público-Privada interna à Administração Pública no estado de Minas Gerais, conforme o Diagrama do Projeto da PPP da Rodovia MG-050 apresentado anteriormente.

Foram escolhidos os entes que reproduzem a relação Principal-Agente que foi tipificada por Przeworsky (1995). A figura da Concessionária representa a Sociedade de Propósito Específico vencedora da licitação pública de PPP. Dentro do que se denomina Concessionária podem existir outros contratos de natureza privada-privada para a execução e manutenção do serviço público concedido. Apesar destas relações conterem assimetrias informacionais, elas não fazem parte do objetivo do presente trabalho.

A figura do Cidadão representa tanto o usuário do serviço público, que neste estudo de caso paga pedágio pelo uso da rodovia, quanto o contribuinte, uma vez que a contraprestação pública que remunera a Concessionária é resultado de recursos públicos, conforme art. 15 da Lei Estadual nº 14.868/2003 do estado de Minas Gerais. O Cidadão também abarca o eleitor, uma vez que em um sistema Democrático, o político é eleito conforme a agenda de políticas públicas apresentada.

A figura do Governo incorpora outros entes, porém foram escolhidos os que apresentam relação Principal-Agente do tipo Supervisão conforme o arcabouço teórico, ou seja, assimetrias entre quem elabora a política pública e quem a executa. No caso do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privada, criado pela Lei Estadual nº 14.868/2003 do estado de

Minas Gerais, art. 19, representa o político eleito, uma vez que ele é vinculado à Governadoria do Estado. Caberá a este Conselho Gestor elaborar o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas e aprovar os editais, os contratos, seus aditamentos e prorrogações (§ 1º do art. 19), além de acompanhar a execução de tais contratos, através da Unidade de PPP. Ele será presidido pelo Governador do Estado e será composto por Secretário de Estado (Desenvolvimento Econômico, de Planejamento e Gestão, de Fazenda, de Transportes e Obras Públicas, de Desenvolvimento Regional e Política Urbana e de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável), além do Advogado-Geral do Estado e, como membro eventual, o titular da Secretaria diretamente relacionada com o serviço ou a atividade objeto de PPP (§ 2º do art. 19).

A figura do Gestor do Contrato fica alocada na Secretaria relacionada ao objeto da PPP, que no estudo de caso é a Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas – SETOP/MG o órgão que administra este contrato e tem a competência de conceder, regular e monitorar os serviços públicos concedidos ao setor privado na sua área. Os membros do Gestor do Contrato formam uma Unidade setorial de PPP e, no âmbito da Subsecretaria de Regulação de Transportes, é a equipe que gere este contrato. Cabe ao grupo de gestores fazer o contato direto tanto com a Concessionária quanto com o Verificador Independente. No caso da Rodovia MG-050, há a atuação do interveniente DEER-MG, que é o órgão supervisor e fiscalizador deste contrato. Os membros da equipe que gere o contrato podem ser servidores públicos concursados ou de cargo comissionado (Pricewaterhousecoopers, 2013).

A unidade operacional de coordenação de parcerias público-privadas, representada na figura da Unidade de PPP, executa as atividades operacionais e de coordenação de parcerias público-privadas; assessora o Conselho Gestor e divulga os conceitos e metodologias próprios dos contratos destas parcerias; além de dar suporte técnico na elaboração de projetos e contratos, especialmente nos aspectos financeiros e de licitação, às Secretarias de Estado (incs. I, II e III do art. 20 da Lei Estadual nº 14.868/2003).

O Verificador Independente é responsável por avaliar o atendimento dos indicadores de desempenho na execução de obras, antes do pagamento da contraprestação pecuniária. A empresa, não vinculada à concessionária ou ao Estado, é contratada para acompanhar a execução e analisar o desempenho da concessionária responsável pela rodovia.

Cada traço do diagrama elaborado tem a nomenclatura definida pelo arcabouço teórico e reproduzem uma relação Principal-Agente. Abaixo será explicada cada relação:

a. Supervisão

A Supervisão se trata da relação entre o Político eleito e o Burocrata que irá executar a agenda política vencedora da eleição.

- Relação Conselho Gestor e Unidade de PPP

O Conselho Gestor é composto pelos Secretários de Estado que, por sua vez, representam o governo eleito. Nessa relação esse conselho assume o papel de Principal uma vez que recebe da Unidade de PPP as avaliações técnicas concordando ou discordando de alguma demanda da Concessionária. Enquanto o Conselho, na nomenclatura de Przeworsky, tem o papel do Político, a Unidade de PPP assume o papel de Burocrata, ou seja, o Agente que possui uma maior quantidade de informações que fundamentam seu parecer acerca das demandas do Concessionário.

- Relação Unidade de PPP e Gestor do Contrato

Nesta relação a Unidade de PPP assume o papel de Principal por depender do Gestor do Contrato para intermediar a comunicação com a Concessionária e com o Verificador Independente. Tanto a secretaria que representa o poder concedente, quanto a equipe que gere o contrato da PPP mantêm a relação mais próxima com o parceiro privado, seja ele a Concessionária ou o Verificador Independente. Portanto, o Gestor do Contrato assume o papel de Agente por representar o canal de entrada das informações acerca do empreendimento. O Gestor do Contrato também recebe o nome de Unidade Setorial de PPP.

- Relação Gestor do Contrato e Verificador Independente

Em relação ao Verificador Independente o Gestor do Contrato assume o papel de Principal. Apesar de o Verificador Independente exercer uma função auxiliar na fiscalização e controle do parceiro privado, ele tem maior capacidade técnica e acesso regular ao local do empreendimento. Este contato próximo entre duas empresas privadas durante o processo de aferição do desempenho contribui para que o Verificador Independente assuma o papel de Agente. No caso da equipe que gere o contrato, há também a preocupação de que estes gestores não sejam cooptados pelo parceiro privado ou pelo Verificador Independente.

No contrato da Rodovia MG-050 há um interveniente com expertise, o DEER-MG, que é o

responsável pelas rodovias estaduais públicas. Isto garante um parâmetro comparativo nas aferições de qualidade dos serviços públicos.

b. Regulação

- Relação Governo e Concessionária

Esta é a mais relevante relação Principal-Agente pois é o processo de contratação que dá origem à estrutura organizacional de PPPs na Administração Pública. Cabe ao Governo o papel de regulador na ausência de uma agência reguladora setorial autônoma. A concessionária é o Agente a ser regulado por ser responsável pela obra pública e serviço público delegados pelo Principal. Apenas a fiscalização e o controle destes serviços podem evitar um comportamento oportunista por parte do parceiro privado, pois o conflito de interesses entre as partes é inerente a este tipo de parceria.

Em 31 do mês de julho de 2014 entrou em vigor a Resolução nº 022 da SETOP/MG regulamentando o Sistema Integrado de Concessões – SIC, que é uma ferramenta de gestão e forma de comunicação oficial que auxilia a regulação, fiscalização e administração da PPP da Rodovia MG-050. O SIC aborda três dimensões (administrativo, operacional e financeiro) que compõem o Quadro de Indicadores de Desempenho e tem como principais objetivos otimizar o trabalho e tornar mais eficiente o fluxo de informações entre os agentes envolvidos (SETOP/MG, DEER-MG, Verificador Independente e a concessionária), realizar análises e previsões financeiras, agilizar a comunicação entre os usuários, facilitar os trâmites regulatórios e compartilhar documentos contratuais pelos usuários cadastrados (art. 2º, 3º e 4º da Resolução nº 22/2014 SETOP/MG).

- Relação Verificador Independente e Concessionária

Cabe ao Verificador Independente auxiliar o Governo na regulação. No estado de Minas Gerais é o Verificador Independente que mensura o desempenho do parceiro privado criando mensalmente os indicadores de qualidade. O quadro composto por estes indicadores é que irá afetar a remuneração da Concessionária. Portanto, nesta relação, o Verificador Independente assumirá o papel de Principal e a Concessionária o papel de Agente.

c. *Accountability* ou Responsabilização

A *Accountability* ou Responsabilização é o controle social, uma vez que o Governo existe para executar políticas públicas.

- Relação Cidadão e Governo

No processo eleitoral o governo é escolhido para representar os interesses públicos. Isto é representativo do conceito Principal-Agente, que prevê que o Agente irá prosseguir nos interesses do Principal. O Problema de Agência surge quando a agenda do representante eleito não é cumprida ou quando há desvios e/ou atos de corrupção. No caso de concessões de serviços públicos, os cidadãos esperam que haja ampliação e melhorias na oferta destes serviços ao menor custo possível, de tarifas e de contraprestação pública. Os cidadãos, no papel de Principal, podem obter informações ou apresentar denúncias sobre o serviço público concedido através da Lei de Acesso à Informação e dos canais de ouvidorias.

Sobre a transparência de dados, para o cidadão o que há disponível no endereço eletrônico da SETOP/MG são os Relatórios Executivos sobre a PPP da Rodovia MG-050, em que constam os valores de investimento, pedágio e contraprestação pecuniária, que são recursos públicos pagos à concessionária. Resta saber quão compreensíveis estes dados são para a sociedade.

A mesa arbitral é normalmente sigilosa, ao contrário das decisões judiciais referentes às atividades públicas. Apesar da vantagem de menor morosidade nas resoluções de conflitos de origem técnica entre o parceiro público e o parceiro privado, há, inerente à arbitragem, um prejuízo na transparência das decisões. Porém, foi publicado pela SETOP/MG a Decisão Arbitral nº 16/14 referente à controvérsia sobre o 7º Termo Aditivo do Contrato SETOP 07/2007, referente à PPP da MG-050. Não se encontra de fácil acesso no site da SETOP/MG outras decisões arbitrais, mas cabe salientar que, por se tratar de um contrato de serviço público, a publicação desta Decisão Arbitral corresponde ao procedimento esperado de transparência, apesar de não haver garantias legais que a obriguem.

A contratação de uma PPP só poderá ocorrer se estiver prevista no Plano Plurianual, que cobre o período que vai do início do segundo ano do mandato efetivo até o final do primeiro ano do mandato seguinte, mas este cuidado com o orçamento não elimina o risco de oportunismo político se houver tempo hábil entre a aprovação do edital e a entrega inicial da obra ocorrendo durante o mesmo mandato. As obras iniciais do contrato de PPP são normalmente realizadas com aporte privado, sem despesa pública nesta fase. A

contraprestação pecuniária só começa a ser paga após a disponibilidade do serviço público. O risco de oportunismo político ocorreria se a opção por se contratar uma PPP for uma decisão política do poder executivo, e não decorrente de um planejamento prévio que leve em conta os custos e benefícios de curto e longo prazo. O Quadro 4 traz as possíveis assimetrias nas relações entre Principal-Agente das PPPs, ilustrando o caso da Rodovia MG-050.

Quadro 4: Relação Agente-Principal em PPPs: o caso da rodovia MG-050

Relação entre Principal e Agente em PPPs	**Principal e Agentes MG-050**	**Funções / atividade do Agente – MG50**	**Assimetrias de informação possíveis na relação**	**Indícios de Assimetrias no caso da MG-050**	**Formas de mitigar as assimetrias**
Regulação: governos e agentes econômicos privados	**Principal**: SETOP/MG **Agente**: Concessionária Nascente das Gerais	Ampliar e conservar a infraestrutura da rodovia. Investir R$ 650 milhões.	- Valor da licitação menor para pressionar aumento com o tempo - Investimento abaixo do previsto - Qualidade falha - Dados financeiros - Baixo esforço	- Aumento da CP - Mudança de cronograma após várias multas por atraso no investimento - Nota do QID oscilante - Penalidades	- Planejamento governamental - Exigência de cumprimento do Plano de Negócios - Penalidades
Supervisão: políticos e burocratas	**Principal:** Conselho Gestor **Agente**: Unidade setorial de PPP; DEER/MG	Aferir a qualidade do serviço prestado. Avaliação técnica e econômica.	- Captura do agente público - Medição	- Demissões nas mudanças de governo - Falta de agência setorial de regulação	- Exigência de concurso público para servidor gestor contratual - Autarquia com expertise nas estradas públicas: DEER-MG
***Accountability*:** cidadãos e governos	**Principal:** cidadão: usuários/ eleitores **Agente**: SETOP/MG	Prestar serviço de qualidade e baixo custo aos cidadãos.	- Não ser o melhor tipo de contrato - Omissão de informações - Ineficiência da concessionária - Gasto público e tarifa - Oportunismo político	- Falta de informações comparativas de contratação - Atraso na execução das obras - Revisões e aumento da CP	- Análise da opção de concessão ou da execução do empreendimento - Penalidades - Planejamento de longo prazo

Fonte: Elaboração própria.

No caso de estudo, foram observados alguns indícios de assimetria de informação a partir de evidências coletadas nos relatórios, anuários, reportagens e demais publicações obtidas nos sítios do Governo do Estado de Minas Gerais e da Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas de Minas Gerais.

Segundo dados coletados nos Relatórios Executivos da MG-050, acessados no sítio da SETOP-MG, a Contraprestação Pecuniária Mensal paga pelo governo à concessionária teve um reajuste a partir de 2014, passando de R$ 967.556,02 para R$ 1.028.314,21 mensais. Porém, os valores pagos de contrapartida não foram integrais em decorrência das oscilações das notas do Quadro de Indicadores de Desempenho, conforme foi apresentado no Gráfico 2 deste capítulo.

Quanto aos indícios de irregularidade, foi apurado pela reportagem publicada pelo jornal Estado de Minas, em 02/03/15[32], que da assinatura do contrato em 2007 até o ano de 2015 foram abertos 54 procedimentos administrativos para apurar irregularidades na execução do contrato, sendo que destes, 24 foram transformados em multa, segundo a SETOP-MG.

Na ocasião da assinatura do 7º Termo Aditivo do Contrato 007/2007 SETOP-MG, em julho de 2017, foi apresentado um novo projeto com novos prazos de entrega da obra da Rodovia MG-050. Conforme publicação da reportagem do jornal O Tempo de 17/05/17[33], o atraso no cronograma inicial das obras da MG-050 gerou uma multa de R$ 58 milhões estabelecida pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (AGE) destinada a AB Nascentes das Gerais por descumprimento de contrato.

A Controladoria Geral do Estado de Minas Gerais (CGE) realizou uma auditoria no Contrato 007/2007 SETO-MG em outubro de 2017 e encontrou diversas irregularidades. Conforme publicação da reportagem do Portal Agora de 25/07/18[34], a CGE encontrou um atraso de 92,5% das 162 obras que a concessionária deveria fazer, o que resultou em um benefício financeiro à concessionária de mais de R$ 113 milhões e um dano ao erário de mais de R$ 5 milhões decorrente do custeio do projeto de duplicação da MG-050, do km 76 ao km 115.

---

[32] https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/03/02/interna_politica,623040/concessao-e-alvo-de-54-processos.shtml
[33] https://www.otempo.com.br/cidades/estado-renegocia-prazo-para-obras-na-mg-050-1.1474333
[34] http://www.agora.com.vc/noticia/em-meio-a-protestos-ppp-da-mg-050-completa-11-anos/

Na relação entre os governos e os agentes privados, ou regulação, ilustrado no estudo pela SETOP-MG e pela Concessionária Nascente das Gerais, respectivamente, observou-se os seguintes indícios de assimetria de informação:

- Aumento da Contraprestação Pecuniária Mensal;

- Penalidade por inexecuções, atrasos e não entrega de obras.;

- Nota do Quadro de Indicadores de Desempenho (QID) oscilante;

- Mudança de cronograma após várias multas por atraso no investimento.

Na relação entre os políticos e os burocratas, ou supervisão, ilustrado no estudo pelo Conselho Gestor e pela Unidade setorial de PPP e DEER/MG, respectivamente, observou-se os seguintes indícios de assimetria de informação:

- Demissões nas mudanças de governo;

- Falta de agência setorial de regulação.

Na relação entre os cidadãos e os governos, ou *accountability*, ilustrado no estudo pelo cidadão (usuários/ eleitores) e pela SETOP-MG, respectivamente, observou-se os seguintes indícios de assimetria de informação:

- Falta de informações comparativas de contratação;

- Atraso na execução das obras;

- Revisões e aumento da Contraprestação Pecuniária.

Os indícios de assimetria de informação orientam as ações dos órgãos públicos para minorar os problemas principal-agente.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou os condicionantes dos problemas de agência em uma Parceria Público-Privada a partir do estudo de caso da PPP da Rodovia MG-050. Como estrutura teórica, apresentou a evolução crítica das teorias da regulação, o problema Principal-Agente e a abordagem institucionalista da regulação econômica setorial.

O primeiro capítulo tratou das Teorias de Agência para, em seguida, apresentar o modelo teórico das relações de agência na teoria de Przeworsky (relações de supervisão, regulação e *accountability*). Para aplicar a teoria escolhida ao estudo de caso, foi utilizado o diagrama do projeto de concessão da Rodovia MG-050 disponibilizado pela SETOP/MG. A partir deste diagrama geral, foram ressaltadas as relações Principal-Agente que poderiam apresentar problemas de assimetria de informação e comportamento oportunista.

A aplicação do modelo teórico escolhido, Problema Principal-Agente de Przeworsky, só é possível em um contexto democrático, pois a relação de responsabilização ou *accountability* exige que haja um controle por parte da sociedade sobre os serviços prestados pelo governo. Como é a Administração Pública direta que se encarrega deste tipo de contratualização, o papel do executivo, que foi escolhido pelo voto, é essencial.

Para melhor compreender o parâmetro democrático de transparência e responsabilização, buscou-se trazer o contexto histórico à atualidade. O processo de redemocratização, por si, demanda mudanças institucionais em termos de regras formais (Constituição de 1988), em termos de organizações (reformas na Administração Pública e suas instituições), além de possíveis mudanças nas regras informais determinadas pelo contexto social de fim de uma ditadura e início de um regime democrático. A atenção ao controle social perfaz esta pesquisa.

Um objetivo específico deste trabalho foi operacionalizar o conceito de PPP para este trabalho. A concessão do tipo Parceria Público-Privada no Brasil foi decorrente de uma evolução da legislação vigente e da experiência mundial.

O capítulo 2 apresentou a evolução da legislação brasileira sobre licitação e concessão de serviços públicos a fim de operacionalizar o conceito conforme as legislações federal e estadual sobre o tema. Nesta fase foi apresentado que a Lei das PPPs, de 2004, é decorrente

de uma evolução das leis vigentes sobre a participação do setor privado na construção e execução de serviços públicos e o que esta Lei trouxe de novidades.

Dentre as diferenças de outros modelos de contratação tradicionalmente utilizados, há a relativa aos riscos do empreendimento. A Lei de Licitações, de 1993, atribui o risco integralmente ao setor público e a Lei das Concessões, de 1995, o atribui integralmente ao setor privado. Já o risco do empreendimento em um contrato de PPP é compartilhado entre as partes público e privada, que é um fator de maior complexidade do contrato tanto para as resoluções sobre os riscos quanto pelo maior número de relações com potencial assimetria informacional.

A PPP é uma alternativa para financiamento de infraestrutura e ainda conta com a jurisprudência da experiência bem-sucedida de alguns países. Porém, antes de decidir por qualquer tipo de alternativa de investimento, é necessário contrabalançar os retornos positivos e negativos para a economia e para a sociedade. A experiência de sucesso de alguns países nos contratos de PPPs não é garantia de sucesso para o Brasil, pois cada país tem uma abordagem adequada ao seu ambiente institucional e econômico.

A Administração Pública direta, ao optar pela contratação de uma PPP, se responsabiliza por um planejamento prévio visando o desenvolvimento regional, e também pelo controle, fiscalização e sanção da concessionária. Além disso, presta contas à sociedade sobre a qualidade do serviço, da evolução tarifária e dos gastos dos investimentos públicos realizados na forma de contraprestação pecuniária mensal.

As experiências de privatizações e concessões que o País viveu após a década de 1990 levaram a um marco regulatório e a criação de agências reguladoras setoriais no país, além de uma adaptação às instituições instaladas para financiar e avaliar projetos de concessões. O ambiente institucional em que o país está inserido é bastante relevante: a estabilidade econômica, política e social; a existência de um marco legal e regulatório fortes; assim como compreender a capacidade da Administração Pública em seus níveis de governo. Estes elementos são essenciais para garantir a segurança, para ambas as partes, do contrato.

Portanto, outro objetivo específico foi entender a capacidade das instituições instaladas, sua histerese ou resiliência à esta modelagem de contratualização. Compreende-se o interesse do governo e especialistas por contratos de PPP, resta saber se os entes públicos têm capacidade para planejar, gerir e regular este tipo de contrato. O estudo de caso mostrou a experiência do

estado de Minas Gerais e suas especificidades de receber apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento que disponibilizou recursos a fundo perdido para modelagem dos projetos-piloto de PPP no Estado, de ter estruturado uma regulamentação antes mesmo da feita pelo governo federal, de ter a atuação de intervenientes com expertise no setor atuando em conjunto com a Secretaria de Estado e o Verificador Independente, além de se mostrar atento às demandas democráticas de transparência, o que, inclusive, possibilitou a elaboração desta pesquisa.

Porém, até mesmo neste caso modelo, encontra-se possíveis problemas de agência, uma vez que o tipo de contrato é complexo por si mesmo. Como tem crescido a utilização de PPPs nos Estados e Municípios, e também houve uma pressão para que se reduza o limite mínimo de valor contratual (redução de R$ 20 mi para R$ 10 mi) e a intenção que se amplie a margem da Receita Corrente Líquida a ser comprometida com este tipo específico de concessão, cabe o questionamento de qual é a capacidade das instituições já instaladas e a própria capacidade da Administração Pública de planejar, gerir, controlar, fiscalizar e sancionar os contratos de PPPs.

Por isto este trabalho buscou interpretar como a Teoria da Agência pode iluminar os resultados destas parcerias, ressaltando os pontos frágeis em que possa ocorrer o problema Principal-Agente neste tipo de contratação.

A pesquisa concluiu que, por se tratar de um contrato de concessão complexo, é necessário que a Administração Pública direta tenha um desenho institucional elaborado para abarcar todas as necessidades deste tipo de concessão. O caso de estudo mostrou que o estado de Minas Gerais, apesar de não ter uma agência reguladora setorial para transporte terrestre, teve uma preocupação com o desenho institucional da Administração Pública direta, criou unidades especializadas neste tipo de contratação e, com o auxílio de intervenientes com expertise no assunto atuando para diminuir as assimetrias informacionais e o oportunismo, realiza o controle e a fiscalização do objeto concedido. A Secretaria de Estado responsável pela concessão tem também uma política de transparência em relação a esta PPP.

Com relação às condicionantes de assimetria de informação e captura, o fato de não haver uma agência reguladora setorial aumenta as relações com possíveis problemas principal-agente, principalmente por a Administração Pública direta ter parte do seu quadro de funcionários vinculados ao mandato do executivo. Outra relação de agência vem da utilização

de um ente privado, o Verificador Independente, para aferir e elaborar o Quadro de Indicadores de Desempenho que condiciona o valor da contraprestação pecuniária. Um atenuante neste caso de estudo é o interveniente público com expertise que serve de parâmetro na supervisão desta aferição.

Como resultado a pesquisa apresenta proposições sobre o que a contratualização de serviços públicos do tipo Parceria Público-Privada gera para os desafios democráticos de transparência e responsabilização; sobre o que este tipo de contratualização gera para as falhas de mercado; e sobre a capacidade do Estado neste tipo de modelagem, tanto pela necessidade de um Estado planejador para estes projetos, quanto pela demanda de um Estado regulador e garantidor.

Dentre as proposições elaboradas, para os desafios de transparência há a questão de se deixar os dados acessíveis e inteligíveis para os cidadãos, pois além do controle social sobre as tarifas de pedágio que já ocorre desde as concessões de rodovias na década de 1990, nos contratos de PPP também deve haver o controle sobre os gastos públicos com a contraprestação pecuniária mensal, uma vez que o objetivo da PPP é que a necessidade desta contraprestação diminua ao longo da concessão, à medida que os dados de tráfego aumentam.

Outra proposição relacionada à transparência diz respeito à arbitragem, que na legislação específica prevê o sigilo, mas no caso de concessões há um relevante interesse público pelo acesso compreensível das resoluções tomadas, que poderão afetar os valores da contraprestação e das tarifas.

Quanto às falhas de mercado, uma concessão implica que há poder de monopólio tanto pela escala do investimento quanto pelo próprio monopólio legal, que no Brasil garante que o trecho concedido seja explorado apenas pela empresa vencedora da licitação. Como não temos desenvolvidos no País outras alternativas de transporte com a mesma abrangência que a rodoviária, resta às agências reguladoras garantir que o preço do pedágio se aproxime de um preço de concorrência.

Outra falha de mercado está relacionada aos mercados incompletos ou à própria assimetria de informações, pois o regulador tem dificuldades de obter informações completas sobre comportamento das finanças da concessionária, assim como há dificuldade de um acionista ter informações completas sobre a gestão da empresa de capital aberto, apesar de todas as

práticas previstas de boa governança. Portanto, a regulação tem falhas no controle das ações dos agentes a fim de evitar condutas oportunistas.

Ainda sobre a assimetria informacional, há falhas de mercado pelo fato de os consumidores e contribuintes não terem conhecimento claro dos custos e benefícios sociais que este empreendimento gera. O desafio das administrações públicas é garantir a supremacia do interesse público e que os serviços sejam prestados em condições adequadas de eficiência e qualidade, assim como diminuir os custos dos mesmos.

As proposições acerca da capacidade do Estado de lidar com este tipo de modelagem contratual estão relacionadas ao desenho institucional dentro da Administração Pública, nas relações de supervisão, regulação e *accountability*. Como o crescimento deste tipo de contratualização foi mais expressivo nos Estados e Municípios, há dúvidas se a ausência de agência reguladora estadual não aumenta os problemas Principal-Agente e se os municípios teriam capacidade de criar um arcabouço institucional capaz de planejar, gerir, controlar, fiscalizar e sancionar uma concessionária.

A proposição acerca da necessidade de um Estado exercendo a função de Planejador, Regulador e Garantidor para um contrato de Parceria Público-Privada, está na própria definição e complexidade desta modelagem de contrato. Diferente das concessões comuns, que pagam outorga ao setor público para explorar um trecho de rodovia com tráfego que garante a viabilidade econômica do empreendimento, nas PPPs o projeto identifica um ambiente com potencial de crescimento, porém ainda sem fluxo de veículos que o viabilize. Um planejamento bem elaborado do Estado seria capaz de fazer com que o investimento nesta malha rodoviária gerasse mais investimentos por parte dos empresários instalados na região, ou seja, uma área estratégica em que o investimento realizado funciona como indutor de outros investimentos.

No estudo do caso escolhido, o estado de Minas Gerais tem um instrumento de planejamento de longo prazo, Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (PMDI). Como esta PPP foi a primeira a ser realizada no Estado, justifica não ter sido prevista neste planejamento. Mas, nas versões posteriores do PMDI, constam outros projetos de PPPs, o que também diminuiria o risco de se usar deste tipo de contrato para fins eleitorais, ou seja, oportunismo político.

O ideal de um Estado exercendo a função de garantidor é previsto na Lei da PPPs e presente nos contratos já assinados que se referem a um Fundo Garantidor da contraprestação

pecuniária, valor mensal que o parceiro público paga ao parceiro privado, o que garante a taxa de retorno do empreendimento em casos de crise fiscal.

REFERÊNCIAS

Akerlof, George A. (1978). The market for “lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism. In *Uncertainty in economics* (pp. 235-251). Academic Press.

Alchian, Armen A.; Demsetz, Harold. (1972). Production, information costs, and economic organization. *The American economic review,* 62(5), 777-795.

Arrow, Kenneth J. (1985). The economics of agency. *Principals and Agents: The Structure of Business* (pp. 37-51). Boston: Harvard Business School Press.

Baer, Werner; Kerstenetzky, Isaac; Villela, Annibal V. (1973). The Changing Role of the State in the Brazilian Economy. *World Development*, 1(11), November.

Baker, G.P.; Gil, R. (2012). Clinical papers in organizational economics. In: *The Handbook of Organizational Economics.* Gibbons Robert e John Roberts (editors). Princeton University Press, 1368 p.

Becker, Gary S. (1983). A theory of competition among pressure groups for political influence. *The quarterly journal of economics,* 98(3), 371-400.

Bello, Bruno Vitali. (2009). *Modelagem de garantias governamentais em project finance em parcerias público-privadas através da aplicação da Teoria de Opções Reais.* (Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro).

Carneiro, Dionisio Dias; Modiano, Eduardo. (1990). Ajuste externo e desequilíbrio interno: 1980-1984. In M. de Paiva (Org.), *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana* (pp. 323-345). Rio de Janeiro: Campus.

Concessão Patrocinada para exploração de Rodovia MG-050. (2007). Contrato e Termos aditivos MG-050. Recuperado de http://transportes.mg.gov.br/transparencia-publica/mg-050/page/2191-contrato-mg-050.

De Mello, Celso Antônio Bandeira. (2010). Curso de direito administrativo. Malheiros.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. (2016). Direito administrativo. 29.ed. Rev., Rio de Janeiro: Forense. 1088 p.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. (1999). Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Ed. Atlas.

Dias, Osório Carvalho. (2014). *Parcerias Público-Privadas como instrumento de implementação de políticas públicas*. (Tese de Doutorado, Universidade de Brasília).

Downs, Anthony. (1957). An economic theory of democracy. Nova York: Harper.

Draibe, Sônia. (1985). Rumos e metamorfoses. Estado e industrialização no Brasil: 1930-1960. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Eisenhardt, Kathleen M. (1989). Agency theory: An assessment and review. *Academy of management review,* 14(1), 57-74.

Falcão, Joaquim; Guerra, Sérgio; Vianna, Rodrigo; Almeida, Rafael. (2013). Novas parcerias entre os setores público e privado. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Fiani, Ronaldo. (2004). Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e Sociedade,* 13(2), 81-105.

Fiani, Ronaldo. (2014). Arranjos Institucionais e Desenvolvimento: O Papel da Coordenação em Estruturas Híbridas. In A. A. Gomide; R. R. C. Pires (Org.), *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas.* Brasília: Ipea.

Giambiagi, Fabio; Villela, André Arruda; Castro, Lavinia Barros de; Hermann, Jennifer. (2011). Economia brasileira contemporânea: 1945-2010. Rio de Janeiro: Elsevier.

Horwitz, Robert B. (1989). The irony of regulatory reform: the deregulation of American telecommunications. New York: Oxford University Press.

Jensen, Michael C.; Meckling, William H. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of financial economics,* 3(4), 305-360.

Johnson, B. B. et al. (1996). Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas. São Paulo: Edgard Blücher.

Lanni, Octávio. (1971). Estado e Planejamento Econômico no Brasil (1930-4970). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 316 p.

Levine, Michael E. & Noll, Roger G. (1989). The economic theory of regulation after a decade of deregulation. Comments and Discussion. *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 1989, 42-59.

Mattos, Paulo Todescan Lessa. (2004). Regulação econômica e social e participação pública no Brasil.

Monteiro, Vera. (2017). Incentivos jurídicos para otimizar a participação privada na modelagem de concessões. In C. P. Affonso (Org.), *Infraestrutura: Eficiência e ética.* Rio de Janeiro: Elsevier

Mukai, Toshio. (2005). Parcerias público-privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Cataria, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

Olson, Mancur. (1965). *The logic of collective action*. Cambridge: Harvard University Press.

Peltzman, Sam. (1976). Toward a more general theory of regulation. *The Journal of Law and Economics,* 19(2), 211-240.

Peltzman, Sam; Levine, Michael E.; Noll, Roger G. (1989). The economic theory of regulation after a decade of deregulation. *Brookings papers on economic activity. Microeconomics*, 1989, 1-59.

Posner, Richard A. (1974). Theories of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics*, *5*(2), 335-358.

Pricewaterhousecoopers. (2013). Anuário da MG-050. Recuperado de http://www.transportes.mg.gov.br/downloads/Anuario_MG_050_13_compress.pdf

Przeworsky, Adam. (1995). Estado e economia no capitalismo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará.

Przeworsky, Adam. (2003). Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent × principal. In L. C. Bresser-Pereira, & P. Spink (Org.), *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 5ª ed. São Paulo: FGV, 1998. 39-73.

Salgado, Lucia Helena. (2003). Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional. Recuperado de http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2859

Santos, Moacyr Amaral. (2012). Primeiras linhas de direito processual civil.

Schumpeter, Joseph A. (1976). Capitalism, socialism and democracy (1942). *J. Econ. Literature*, 20, 1463.

Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas MG. (2017). Relatório Executivo MG-050. Recuperado de http://transportes.mg.gov.br/transparencia-publica/mg-050/page/1409-relatorio-executivo.

Stigler, George J. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*, 3-21.

Stiglitz, Joseph E. (1985). Information and economic analysis: a perspective. *The Economic Journal*, *95*(Supplement), 21-41.

Williamson, Oliver E. (1985). The economic institutions of capitalism: Firms, markets, relational contracting. Free Press.

Yin, Roberto K. (2001). Estudo de Caso: planejamento e métodos. 2ª. Ed. Porto Alegre. Editora: Brookmam.