



20 ANOS DA LEI DE CONCESSÕES 10 ANOS DA LEI DE PPPS

**Viabilizando a Implantação e
Melhoria de Infraestruturas
para o Desenvolvimento
Econômico-Social**

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO

com a participação de Gabriel Galipolo, Gabriela Engler
Pinto, Lucas Navarro Prado e Paulo Vitor Torres da Matta

10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões

**VIABILIZANDO A IMPLANTAÇÃO E MELHORIA
DE INFRAESTRUTURAS PARA O
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL**

Mauricio Portugal Ribeiro

*com participação de Gabriel Galipolo,
Gabriela Miniussi Engler Pinto, Lucas Navarro Prado e
Paulo Vitor Torres da Matta*

Sumário

<i>Nota do autor</i>	23
<i>I. Introdução</i>	27
II. DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	33
II.1. O RISCO DE VARIAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO PODE SER ALOCADO AO PODER CONCEDENTE EM CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP?	35
II.1.1. Introdução	37
II.1.2. Do ponto de vista econômico, faz sentido alocar o risco de variação de tributos sobre a renda ao poder concedente?	38
II.1.2.1. Critérios elementares de distribuição de riscos aconselham transferir os riscos de variação dos tributos (inclusive sobre a renda) para o poder concedente	38
II.1.2.2. Diferenças entre o concessionário e os demais agentes econômicos	41
II.1.2.3. Igualdade funcional para o investidor entre os tributos sobre a renda e os demais tributos	42
II.1.3. O contrato pode alocar ao poder concedente os riscos de variação do IR e da CSLL?	42
II.1.4. Conclusão	46
II.2. RISCOS AMBIENTAIS EM CONCESSÕES E PPPS	47
II.2.1. Introdução	49

II.2.2.	Categorias importantes para a distribuição do risco ambiental	53
II.2.3.	A distribuição do risco de licenciamento ambiental	55
II.2.3.1.	Contexto legal em relação ao licenciamento ambiental de projetos a serem implantados por meio de contratos de concessão ou PPP	55
II.2.3.2.	Qual a lógica de não se exigir licença prévia ambiental antes da licitação de concessões e PPPs?	57
II.2.3.3.	Quem deve assumir a posição de “Empreendedor” para efeito do processo de licenciamento ambiental?	61
II.2.3.4.	Quem deve contratar e custear os estudos de impacto ambiental?	62
II.2.4.	As compensações e mitigantes ambientais	63
II.2.5.	A distribuição do risco de dano ambiental	65
II.2.6.	A distribuição do risco de passivos ambientais	65
II.2.6.1.	Como o estudo de viabilidade da concessão e o contrato devem lidar com os passivos ambientais existentes na área a ser objeto de concessão?	66
II.2.6.2.	Como o contrato deve lidar com o risco de multa por passivos ambientais existentes?	67
II.2.6.3.	Como lidar com o risco de passivos não revelados pelos estudos de viabilidade disponibilizados pelo poder concedente?	67
II.3.	DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES EM CONCESSÕES E PPPS: CUSTOS, RISCOS, SENSIBILIDADE POLÍTICA, E OS PRINCÍPIOS DO EQUADOR,	69
II.3.1.	Introdução e contextualização do tema deste capítulo	71
II.3.2.	A sensibilidade política das desapropriações e desocupações e a criação de regras estaduais e municipais para proteção de populações vulneráveis	77

SUMÁRIO

II.3.3.	A sensibilidade financeira do tema: Desapropriações e desocupações como itens não financiáveis e o impacto disso na modelagem financeira dos projetos	83
II.3.4.	A razão central por que a obrigação de execução das desapropriações e desocupações está sendo transferida para concessionários: Capacidade de cumprimento de prazos	84
II.3.5.	Distribuição dos riscos das desapropriações e desocupações	86
II.3.5.1.	Quais são os principais riscos em torno das desapropriações e desocupações em concessões e PPPs? Esses riscos são controláveis pelo concessionário?	86
II.3.5.2.	Regras para distribuição de riscos e o custo das desapropriações e desocupações como risco não controlável pelo concessionário	88
II.3.5.3.	Transferência de riscos sobre os quais não há informação e não há possibilidade de controle e seleção adversa na licitação	90
II.3.5.4.	Comparando o arranjo de distribuição de riscos de desapropriação e desocupação tradicional com a transferência total dos riscos de desapropriação e desocupação para o concessionário	91
II.3.5.4.1.	Arranjo tradicional para a distribuição de riscos em torno da desapropriação e da desocupação em concessões	91
II.3.5.4.2.	A transferência do risco de desapropriação e desocupação para a iniciativa privada em projetos de transportes: O caso da linha 06 do Metrô de São Paulo e o caso da concessão da ferrovia entre Açailândia e o Porto de Vila do Conde	93
II.3.6.	Os princípios do Equador	99
II.3.6.1.	Origem dos princípios do Equador	100
II.3.6.2.	Os principais bancos repassadores de recursos do BNDES são signatários dos princípios do Equador	100
II.3.6.3.	Foco e limites de aplicação dos princípios do Equador	102

II.3.6.4.	Natureza voluntária da adesão e da aplicação dos princípios do Equador	105
II.3.6.5.	Aplicação às desapropriações e desocupações de outras normas emitidas pelo sistema Banco Mundial por consequência da sua referência nos princípios do Equador	105
II.3.6.6.	Os princípios do Equador e as desapropriações e desocupações cujos atos executórios são realizados pela administração pública	106
II.3.6.7.	Os objetivos dos princípios do Equador em relação a desocupações e desapropriações	107
II.3.6.8.	O procedimento para a realização de desocupações, desapropriações e reassentamentos seguindo princípios do Equador	109
II.3.6.9.	Diferenças dos benefícios recebidos por pessoas afetadas pelo projeto sob os princípios do Equador e sob a Legislação Brasileira	110
II.3.6.10.	Critérios e metodologia para avaliação dos bens expropriados	114
II.3.6.10.1.	Avaliação de terra nua	115
II.3.6.10.2.	Avaliação de benfeitorias diversas	115
II.3.6.11.	Definição da indenização trabalhista por perda de emprego decorrente de realocação do estabelecimento comercial	116
II.3.6.12.	As alternativas de reassentamento residencial oferecidas no caso da concessão da BA 093	117
II.3.6.13.	Dificuldade de coibir atividade especulativa	119
II.3.6.14.	O acompanhamento meramente formal dos princípios do Equador pelas instituições financeiras e o falso cumprimento dos princípios do Equador	120
II.3.7.	À guisa de conclusão	120

II.4. CONCESSÕES DE AEROPORTOS E DE RODOVIAS FEDERAIS: O ERRO DE ATRIBUIR AO CONCESSIONÁRIO RISCOS CONTROLADOS PELO PODER CONCEDENTE E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS	125
II.4.1. Introdução	127
II.4.2. Como deveriam ser distribuídos riscos em contratos de concessão e PPP e o que aconteceu nos casos a serem analisados	130
II.4.3. A distribuição de riscos sobre a criação de novos aeroportos nos contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Galeão	132
II.4.3.1. Os contratos atribuem claramente o risco de variação de demanda por implantação de novo aeroporto ao concessionário	132
II.4.3.2. O risco de criação de novo aeroporto é controlado pela ANAC	133
II.4.3.3. A relevância da demanda efetiva e das estimativas de demanda nas concessões aeroportuárias	135
II.4.3.4. O anúncio do terceiro aeroporto de São Paulo	137
II.4.3.5. Fundamentos para o litígio e as consequências práticas do litígio para os usuários e para o poder concedente	137
II.4.3.6. Como normalmente se disciplina o risco de novas infraestruturas em contratos de concessão?	140
II.4.4. A alocação a concessionários de infraestrutura rodoviária de riscos sobre o preço de insumos controlados pela Petrobrás	141
II.4.4.1. As cláusulas contratuais que alocam os riscos relativos aos custos das obras aos concessionários	141
II.4.4.2. O impacto de eventual variação do custo do asfalto	142
II.4.4.3. A Petrobrás controla no mercado interno o custo do principal insumo do asfalto	143
II.4.4.4. O aumento do custo do asfalto por decisão da Petrobrás impactaria mais diretamente os novos concessionários	143

II.4.4.5.	Enquadramento jurídico da variação do custo do asfalto que impacte de forma relevante e negativamente a rentabilidade do concessionário	144
II.4.5.	A variação do custo de financiamento em relação às condições disponibilizadas pelos bancos públicos para o projeto antes da licitação	146
II.4.5.1.	As cláusulas dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária que atribuem o risco de variação das condições de financiamento ao concessionário	148
II.4.5.2.	Comparando as condições de financiamento disponibilizadas para o PIL e as condições ordinárias de financiamento de infraestrutura rodoviária pelo BNDES	149
II.4.5.3.	O que aconteceria se o Governo Federal resolvesse, por qualquer motivo, não disponibilizar condições de financiamento subsidiadas conforme prometido?	153
II.4.6.	Solução negociada nos casos em que o poder concedente decida materializar eventos graves	154
II.4.7.	Lição a ser aprendida: Seguir as melhores práticas na distribuição de riscos reduz as chances de contencioso e de descumprimento de contratos	154
II.5.	ERROS E ACERTOS NO USO DO PLANO DE NEGÓCIOS E DA METODOLOGIA DO FLUXO DE CAIXA MARGINAL	157
II.5.1.	Usos e desconforto recente do Governo Federal com o plano de negócios de concessões e PPPs	159
II.5.2.	O plano de negócios como instrumento para julgamento da exequibilidade de proposta	162
II.5.3.	O plano de negócios como instrumento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	166
II.5.3.1.	Críticas ao plano de negócios	167

SUMÁRIO

II.5.3.1.1.	Plano de negócios e a distorção da matriz de riscos	168
II.5.3.1.2.	Plano de negócios como instrumento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por novos investimentos	170
II.5.4.	O parâmetro para a compensação financeira da parte atingida por evento que é risco da outra parte	171
II.5.4.1.	Opções temporais em relação à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para investimentos previstos no contrato originário	172
II.5.4.2.	A fonte da taxa a ser utilizada para diluir no tempo eventual compensação por eventos gravesos que são risco de uma parte, mas afetam negativamente à outra parte	173
II.5.4.3.	Estipulação da taxa a ser utilizada para diluir no tempo eventual compensação financeira por eventos gravesos que são risco de uma parte, mas afetam negativamente a outra parte	177
II.5.4.3.1.	Diluição no tempo de valor certo (não dependente do desempenho do concessionário) vs. diluição de valor dependente de desempenho do concessionário	183
II.5.5.	Limites no uso da metodologia do fluxo de caixa marginal	186
II.5.5.1.	Descrevendo a metodologia do fluxo de caixa marginal	186
II.5.5.2.	Limitações do equilíbrio por fluxo de caixa marginal para compensação de riscos de uma parte, mas cujos eventos afetam a outra parte	187
II.5.5.3.	Limitações da metodologia do fluxo de caixa marginal para novos investimentos	191
II.6.	FINANCIAMENTO DE CONCESSÕES E PPP: SUGESTÕES SOBRE COMO LIDAR COM OS RISCOS DE ENCAMPAÇÃO E RESCISÃO	
II.6.1.	Introdução	197

II.6.2.	O cenário ideal: O poder concedente assume os riscos de extinção do contrato de concessão por razões políticas	198
II.6.3.	Dificuldades reais em torno da distribuição de riscos de rescisão e encampação	201
II.6.4.	Na realidade atual, quais seriam os riscos atribuídos à concessionária em relação à encampação e rescisão do contrato de concessão?	203
II.6.4.1.	O risco do saldo da dívida ser maior que a indenização pelo investimento não amortizado	204
II.6.4.2.	O risco de atraso no pagamento da indenização	205
II.6.5.	O que deveria ser feito para aproximar o cenário real do ideal?	208
II.6.6.	No cenário atual, como deveriam ser os contratos de financiamento de concessão celebrados com instituições de fomento?	209
III.	SUBSÍDIOS EM CONCESSÕES E PPPS E O APOORTE DE RECURSOS	213
III.1.	SUBSÍDIO A INVESTIMENTO EM CONCESSÕES E PPPS	215
III.1.1.	Descrição de situação comum nos setores de infraestrutura	217
III.1.2.	Plano desse artigo	218
III.1.3.	Atribuições a serem alocadas entre as partes e seu agrupamento em contratos a serem celebrados para a consecução dos projetos	219
III.1.4.	Critérios para tomada de decisão quanto à forma do(s) contrato(s) a ser(em) empregado(s) para implantação e operação do projeto	220
III.1.4.1.	A necessidade de projeto básico quando envolver contrato de obra ou de fornecimento do material rodante/sistemas	222
III.1.4.2.	As questões relativas à lei de contabilidade pública e sua relação com a lei de concessões e com a lei de PPP	225

SUMÁRIO

III.1.4.3.	A questão tributária	234
III.1.4.4.	O carregamento do custo financeiro do investimento e o momento do pagamento	240
III.1.4.5.	A utilização das debêntures para transferência de recursos do poder concedente para a SPE	241
III.1.4.6.	A proibição no Estado de São Paulo de subsídio a serviço concedido à iniciativa privada	243
III.1.4.7.	O PAC mobilidade e a sua influência na tomada de decisão sobre os modelos de contrato	243
III.1.5.	O subsídio a concessões e PPPs e os controles de natureza fiscal sobre a celebração de contratos	244
III.1.6.	Conclusões	247
 III.2. EXPLICANDO A MP 575/12 A ESPECIALISTAS E NÃO ESPECIALISTAS		 251
III.2.1.	Introdução	253
III.2.2.	Descrição do problema	253
III.2.3.	Soluções mapeadas antes da MP e onde elas esbarravam	256
III.2.4.	O que a MP 575/12 se propôs a resolver?	257
III.2.5.	Algumas características e a operacionalidade da MP	258
III.2.5.1.	A expressão “Aporte de Recursos”	258
III.2.5.2.	A exigência de autorização legislativa	259
III.2.5.3.	A proibição de antecipação de pagamento	259
III.2.5.4.	Realização dos bens	260
III.2.6.	Como fica da perspectiva contábil?	260
 III.3. A PORTARIA 262/13, DO MINISTÉRIO DAS CIDADES, REPASSE DE RECURSOS PARA PPPS DE MOBILIDADE URBANA E RISCO DOS PROJETOS ATRASAREM		 263
III.3.1.	Introdução	265

III.3.2.	O atraso na emissão da portaria tornou necessária mudança na sua estrutura	269
III.3.3.	O atraso na emissão da portaria e o atraso nos projetos estaduais que podem ficar agora só para 2015/16	271
III.3.4.	A portaria exigiu que os estudos de viabilidade e outros documentos dos projetos sejam enviados ao ministério das cidades, mas não disse o que o ministério exigirá em relação a esses estudos	273
III.3.5.	Quem fará a análise dos estudos para o Ministério das Cidades?	275
III.3.6.	E os recursos de financiamento do Banco do Brasil e do BNDES?	277
III.3.7.	O repasse de dinheiro do OGU não cria qualquer responsabilidade para a União: Quem pagará pelos reequilíbrios por atraso no pagamento?	278
III.3.8.	À guisa de conclusão	279
IV.	GARANTIAS DE PAGAMENTO PÚBLICO EM PPPS	283
IV.1.	GARANTIAS DE PAGAMENTO PÚBLICO EM CONTRATOS DE PPP: COMO ESTRUTURAR UM SISTEMA IDEAL?	285
IV.1.1.	Introdução	287
IV.1.2.	Por que é preciso garantias de pagamento da administração pública em PPPs?	289
IV.1.3.	Quando é possível prescindir de garantias na estruturação de PPPs?	291
IV.1.4.	Por que, apesar da classificação dos títulos federais como “Grau de Investimento”, a União precisou criar estrutura para garantir os seus pagamentos em PPPs?	293
IV.1.5.	A cópia e o erro dos Estados e Municípios que copiaram a estrutura montada pela União para garantia das PPPs	294

SUMÁRIO

IV.1.6.	O que em teoria significa qualidade de uma garantia?	296
IV.1.7.	Os princípios para montagem de estrutura de garantia de pagamento de PPPs	298
IV.1.7.1.	Abrangência das garantias	299
IV.1.7.2.	Solvabilidade dos créditos	300
IV.1.7.3.	Valores dos recebíveis e cronograma de sua realização	300
IV.1.7.4.	Solidez jurídica do sistema de garantias	301
IV.1.7.5.	Reserva de liquidez	301
IV.1.7.6.	Prazo para constituição e operacionalização do sistema de garantias e aprovação do sistema de garantias	302
IV.1.7.7.	Solução de divergências	303
IV.2.	NOVO FUNDO GARANTIDOR DE PPPS FEDERAIS PODE TAMBÉM SER UTILIZADO POR ESTADOS E DISTRITO FEDERAL: AGORA VAI?	305
IV.2.1.	Introdução	307
IV.2.2.	FGIE: Quais garantias, para quem e para quê?	309
IV.2.3.	Garantias federais para as PPPs estaduais	310
IV.2.4.	O que acontecerá com o FGP?	314
V.	CONTABILIDADE PÚBLICA E CONTROLE FISCAL DAS PPPS	317
V.1.	CONTABILIZAÇÃO PÚBLICA DO APORTE E DA CONTRAPRESTAÇÃO EM PPP E O SEU CONTROLE FISCAL	319
V.1.1.	Introdução	321
V.1.2.	Conclusão sobre a classificação fiscal dos pagamentos públicos e PPPs	322
V.1.3.	A classificação na contabilidade pública e controles fiscais sobre a contraprestação pública	323

V.1.3.1.	Quais controles fiscais incidem sobre a contraprestação pública?	327
V.1.4.	Classificação na contabilidade pública e controles fiscais sobre o aporte público quando realizado antes da disponibilização do serviço	328
V.1.5.	Classificação na contabilidade pública e controles fiscais sobre o aporte público, quando realizado após a disponibilização do serviço	329
V.2.	CONTROLES FISCAIS E PPPS: EXCLUINDO AS PPPS QUE GERAM DÍVIDA DO LIMITE DE DESPESAS COM PPPS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS	333
VI.	A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP	343
VI.1.	CONCESSÕES E PPPS: O QUE TEMOS A APRENDER COM O FALSO CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS?	345
VI.2.	ALTERAÇÃO NAS REGRAS RELATIVAS À INTERVENÇÃO NAS CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO,	353
VI.2.1.	Introdução	355
VI.2.2.	As regras legais sobre intervenção na lei geral de concessão em confronto com a realidade de uma intervenção	356
VII.2.3.	As novas regras para intervenção em concessões do setor elétrico	361
VI.2.4.	Estendendo as novas regras para intervenção em concessões do setor elétrico a outras concessões, particularmente as da ANTT	363
VI.2.5.	O problema da aplicabilidade imediata a contratos em curso das novas regras legais sobre intervenção	363

VI.3. CONCESSÕES DE INFRAESTRUTURAS E A PROIBIÇÃO DE INDENIZAR CONCESSIONÁRIO POR INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS:	
CORTAR O MAL PELA RAIZ OU TAPAR O SOL COM A PENEIRA?	367
VI.3.1. Suprimindo indenizações por investimentos não amortizados: Cortando o mal pela raiz?	369
VI.3.2. Para que serve a indenização por investimentos não amortizados?	372
VI.3.3. Obrigações de desempenho e de investimento e regulação por plano de negócios	376
VI.3.4. O que a distinção entre modelos de contrato e de regulação tem a ver com a supressão da indenização por investimentos não amortizados?	377
VI.3.5. O sol tapado com a peneira	380
VII. LICITAÇÃO E ESTUDOS DE VIABILIDADE	383
VII.1. PROIBIÇÃO DE EMPRESA GANHAR MAIS DE UM LOTE EM LICITAÇÃO DE OBRA, CONCESSÃO OU PPP,	385
VII.2. PODE O VALOR DO APORTE PÚBLICO SER CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO DE PPPS?	391
VII.2.1. Introdução	393
VII.2.2. A questão legal	393
VII.2.3. Um exemplo concreto	395
VII.2.4. Implicações práticas do caso concreto	395
VII.2.5. Qual é o impacto de não se permitir que o aporte integre o critério de julgamento da licitação?	396
VII.2.6. O dilema central: Entre o interesse público de seguir a literalidade da lei e o interesse público de maximizar o benefício da competição na licitação para o poder concedente	397

VII.2.7. A solução ideal para o problema seria a alteração legislativa	399
VII.2.8. Enquadramento formal do aporte público enquanto critério de julgamento da licitação de PPPs	400
VII.3. A LEI 12.766 (RESULTANTE DA CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 575/12) E O NÍVEL DE DETALHAMENTO DOS ESTUDOS DE ENGENHARIA EM PPPS	403
VII.3.1. Introdução	405
VII.3.2. Atuação dos autores no processo legislativo da MP 575/12	406
VII.3.3. Nível de detalhamento dos estudos e dos orçamentos de referência para contratação de PPP	407
VII.3.4. A exigência do nível de detalhamento de anteprojeto dos estudos de engenharia	409
VII.3.4.1. O nível de detalhamento exigido do orçamento das obras para contratação de PPP	413
VII.3.4.1.1. O §4, do artigo 10 da lei de PPP, afastou para PPPs a exigência no âmbito da União de precificar os investimentos por SICRO e SINAPI	414
VII.3.4.1.2. A metodologia de precificação dos investimentos em PPPs	416
VII.4. VETO À EXIGÊNCIA DA LDO DE USO DO SICRO E SINAPI: QUAIS OS SEUS EFEITOS?	421
VII.4.1. Introdução	423
VII.4.2. Origem da obrigatoriedade do uso do SICRO e SINAPI: Os ministérios da área econômica tentando controlar os ministérios setoriais e a desconfiança dos órgãos de controle em relação às licitações	425
VII.4.3. A combinação de fatores em torno da utilização de SICRO/SINAPI que dificulta a viabilização de projetos de infraestrutura	430

SUMÁRIO

VII.4.4. Panorama da legislação sobre o emprego de SICRO e SINAPI para definição de preço de referência nas licitações	433
VII.4.5. Efeitos da exclusão da LDO da exigência de uso do SICRO e SINAPI	434

À memória de Pedro José Portugal Ribeiro e Rosentina Portugal Ribeiro, por terem me ensinado, respectivamente, a montar a cavalo e subir em árvore, entre tantas outras coisas.

A Jalba Miniussi e Mario Engler Pinto Junior, família por afinidade, no melhor sentido da expressão.

Nota do Autor

Nos seus estudos sobre o mito do herói, Joseph Campbell nos revela que, subjacente às narrativas das mais diversas culturas e épocas sobre a vida dos heróis, há um ciclo, um percurso mítico comum: após deixar os seus e partir para uma jornada geralmente perigosa na qual descobre e experimenta os seus poderes especiais, o herói retorna à vida em sociedade para utilizar seus poderes para o bem comum e transmitir para a sociedade o conhecimento que alcançou.

O herói estudado por Campbell é uma metáfora mítica para o percurso narrativo da vida de todo ser humano, que se lança na busca do desenvolvimento de seus talentos e, após desenvolvê-los, exercê-los e tê-los reconhecidos pelos seus pares, retorna aos seus e dedica-se a utilizá-los para melhorar a vida comum e transmiti-los para a próxima geração.

Este livro integra a fase de devolução à sociedade do que foi investido por ela e por mim na minha formação. Por isso, segui a sugestão de Rodolpho Gurgel de Souza de distribuí-lo gratuitamente, aberto na internet, nos mais diversos formatos, para facilitar a disseminação do conhecimento sobre os programas e projetos de investimento em infraestrutura. Aliás, Rodolpho deu várias outras sugestões sobre a publicação deste livro que influenciaram de forma relevante o seu formato.

Isso é especialmente importante nesse caso porque o tema central deste livro é de interesse público: maximizar a eficiência na implantação, operação e regulação de projetos de infraestrutura brasileiros.

Aproveito esta oportunidade para agradecer a algumas instituições ou pessoas que investiram e/ou contribuíram de maneira definitiva para a minha formação:

À Faculdade de Direito da UFBA — Universidade Federal da Bahia, e seu corpo docente, em especial aos professores Marília Muricy, Paulo Modesto e Paulo Furtado, pela paciência com o aluno entusiasmado, mas extremamente pretensioso.

Ao CNPQ, que patrocinou o meu Mestrado em Filosofia do Direito e do Estado, na PUC — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

À Fundação Fulbright e à Universidade de Harvard pelas bolsas que possibilitaram que eu cursasse, entre 2003-2004, o LL.M. da Harvard Law School.

À SBDP — Sociedade Brasileira de Direito Público, que me acolheu quando da minha chegada a São Paulo e onde tive o prazer de conhecer figuras tão importantes na minha formação como Carlos Ari Sundfeld, Floriano Azevedo Marques Neto, Oscar Vilhena Vieira, Conrado Hubner Celso Campilongo, Vera Monteiro, Rodrigo Pagani de Souza, Ronaldo Porto Macedo, Jean Paul Veiga da Rocha, Paulo Mattos, Diogo Coutinho, entre vários outros.

À EDESP — Escola de Direito da FGV em São Paulo, escola da qual participei do projeto originário e à qual me sinto espiritualmente vinculado, apesar dos meus vários anos de residência no Rio de Janeiro.

À FGV — Direito — Rio, a qual me vinculei a convite de Luis Fernando Schuartz e onde tive oportunidade de ministrar cursos com Paulo de Meira Lins e Cleverson Aroeira, que já eram amigos antigos, de conhecer e ministrar cursos com Marcelo Lennetz e de conhecer mais tarde Thiago Araújo. Todos eles amigos queridos e parceiros de trabalho em várias ocasiões.

À minha família de origem e a Gabriela Engler Pinto pelo apoio e incentivo permanente ao meu trabalho, mesmo quando ele implicou em me ausentar de casa por vários dias, ou em me manter com olhos no computador durante finais de semana seguidos.

A Gabriel Galipolo, Lucas Navarro Prado e Paulo Vitor Torres da Matta pelas oportunidades de aprendizado conjunto, que geraram diversos dos estudos que integram este livro, e a Carla Castro Malhano pelo trabalho minucioso e paciente, que melhorou substancialmente as notas de rodapé de vários dos estudos que originaram esta obra.

SUMÁRIO

Por fim, cabe registrar a importância de Mario Engler Pinto Junior nos diversos papéis que ele exerceu ao longo da minha caminhada acadêmica e profissional, mestre, colega, amigo, incentivador permanente do meu trabalho e, agora, membro da família.

RIO DE JANEIRO, INVERNO DE 2014
MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO

I. Introdução

O presente livro é uma compilação de estudos escritos, sobretudo, ao longo dos últimos cinco anos sobre a Lei Federal nº 8.987/95 (“Lei Geral de Concessões”) e sobre a Lei Federal 11.079/04 (“Lei de PPP”), mas suas raízes estão fincadas nas atividades que tenho desenvolvido nos setores de infraestrutura nos últimos 16 anos, nos quais tive oportunidade de trabalhar na concepção de mudanças no marco legal, inclusive na criação da Lei de PPP ao longo do segundo semestre de 2004 e na reforma da Lei de Concessões realizada em 2005, e na estruturação de projetos nos mais diversos setores de infraestrutura para Governo Federal, Governos Estaduais e Municipais.

Quatro características distinguem os estudos que constam neste livro.

Em primeiro lugar, a preocupação de viabilizar a participação privada em infraestrutura com maximização da sua eficiência econômico-financeira, superando empecilhos burocráticos e as formas tradicionais de pensar o direito (particularmente o Direito Administrativo) que dificultam a implantação ou gestão desses projetos e, assim, contribuem para emperrar o desenvolvimento econômico-social do país.

A segunda característica é que esses estudos levantam e lidam com problemas concretos, reais, do nosso ambiente de negócios e da nossa burocracia governamental, enfrentados por aqueles que, no setor público ou na iniciativa privada, tentam por de pé projetos e programas de investimento em infraestrutura.

A terceira característica é que a abordagem segue os problemas, independentemente do tipo de saber que é necessário para tratar deles. Daí que, frequentemente, os estudos tratam de aspectos jurídicos, regulatórios, econômicos, financeiros, de engenharia, socioambientais, sem

qualquer cerimônia em buscar, nos mais diversos ramos do saber, o conhecimento necessário para compreender e encontrar soluções para esses problemas. O leitor notará que, em várias passagens, a metodologia empregada nos estudos integrantes deste livro lembra os estudos do que se convencionou chamar de *Law and Economics*, mas sem preocupação com a formalização matemática, ou em dar tratamento quantitativo aos temas.

Por fim, todos os estudos presentes neste livro foram antes publicados em versão preliminar na internet, no www.slideshare.net/portugalribeiro, que alimento pelo menos quinzenalmente com reflexões sobre a estruturação, implantação, operação e regulação de projetos nos setores de infraestrutura.

Em relação à sua temática, este livro está dividido em 6 partes, a seguir descritas.

A primeira é a “Distribuição de Riscos e Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos”. Como já notei em outros livros, o equilíbrio econômico-financeiro é o, digamos assim, braço operacional, é o desdobramento prático da distribuição de riscos contratuais. É por meio do sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que a matriz de riscos contratuais ganha vida e produz efeitos concretos. Por isso, nessa parte deste livro constam estudos sobre a distribuição de riscos críticos em projetos de infraestrutura: os riscos sociais (desapropriações e desocupações), os riscos ambientais (licenciamento, passivos, danos etc.) e sobre os riscos de criação e variação de custos tributários. Em todos esses casos, norteia os estudos a busca pelo arranjo socialmente mais eficiente de distribuição de riscos entre concessionário, Poder Concedente e usuários do serviço.

Além disso, constam também desta parte do livro dois estudos sobre erros que têm sido cometidos nos projetos de infraestrutura brasileiros. O primeiro é o erro de atribuir a concessionários o risco da ocorrência de eventos que são controlados pelo Poder Concedente. Entre outros casos, analiso nesse estudo o problema da criação do terceiro aeroporto de São Paulo e seus impactos nas concessões dos grandes aeroportos recentemente realizadas. Isso em coautoria com Gabriela Engler Pinto.

O segundo estudo sobre erros comuns em projetos de infraestrutura foca-se na utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, cujo uso tem se disseminado entre nós, sem a devida atenção para as suas limitações.

Por último, há, nesta parte do presente livro, um estudo sobre como lidar com os riscos políticos de extinção da concessão (caducidade e rescisão) nos contratos de financiamento do parceiro privado, tema que desenvolvi na companhia de Paulo Vitor Torres da Matta. A intenção, nesse caso, é de melhorar a estrutura dos nossos contratos de financiamento de infraestrutura, com distribuição equilibrada entre as partes de riscos sobre esses eventos.

A segunda parte do livro é sobre os “subsídios a concessões e PPPs” e, particularmente, sobre inclusão na Lei de PPP da possibilidade de realização de “aporte de recursos” públicos para pagamento por investimentos do concessionário em bens reversíveis.

Os autores dos estudos que constam dessa parte do livro (Mauricio Portugal Ribeiro, Gabriel Galipolo e Lucas Navarro Prado) estiveram no epicentro da criação da Medida Provisória 575/12, convertida depois na Lei 12.766/12, que alterou a Lei de PPP para permitir o “aporte de recursos” públicos nas PPPs e estipular regime tributário específico para esses pagamentos.

Por isso, os estudos sobre esse tema são verdadeiros documentos sobre as discussões que precederam a emissão e aprovação da MP 575/12 e sua conversão em Lei.

Além disso, consta, também, da segunda parte deste livro, análise da Portaria 262/13, do Ministério das Cidades, que disciplinou as transferências de recursos da União para Estados e Municípios para pagamento do aporte público em PPPs de mobilidade urbana. Esse estudo propõe que as transferências sejam feitas de forma simplificada, por meio da obtenção de contragarantias dos Estados e Municípios, evitando assim a reanálise pela União dos estudos de viabilidade dos projetos já aprovados por Estados e Municípios.

A terceira parte deste livro é sobre “as garantias de pagamento público em PPPs”. Inicia com um estudo sobre qual seria a garantia ideal

de pagamento público em PPPs, buscando, assim, estabelecer parâmetros para a avaliação da qualidade dessas garantias.

Integra também essa parte do livro um estudo sobre alterações no FGP, o fundo garantidor de PPP federal, decorrentes da aprovação da Lei de Criação da ABGF, a agência brasileira de fundos garantidores, e do FGIE, o fundo garantidor de grandes projetos de infraestrutura de grande vulto. A abordagem do estudo enfatizou a incerteza sobre como seria utilizada a ABGF e o FGIE em relação às concessões e PPPs. A ideia recentemente adotada pelo Governo de que a ABGF e o FGIE deem garantia de liquidez aos concessionários para eventos que são risco do Poder Concedente, mas impactam os concessionários, ainda não estava no horizonte naquele momento e, por isso, não foi analisada. Mas é certo que se esse for o uso principal da ABGF e do FGIE em relação às concessões e PPPs, certamente, ele merecerá aplausos, por uma série de razões que oportunamente analisarei.

A quarta parte deste livro trata da “contabilidade pública e controle fiscal das PPPs”. O seu foco é a definição de como deveriam ser contabilizados os pagamentos públicos (contraprestação, aporte de recursos, subsídios etc.) em PPPs e concessões. O tema é especialmente importante porque, desde 2003, temos testemunhado no âmbito federal a erosão paulatina dos controles fiscais, particularmente os controles exercidos pela União sobre Estados e Municípios, vários deles que foram criados com base nos acordos de renegociação das dívidas firmados na segunda metade da década de 1990.

No caso das PPPs, apesar da regulamentação do tema ter evoluído, em especial em torno dos aperfeiçoamentos das diversas versões do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, a prática de fiscalização e acompanhamento tornou-se lassa, quando comparada ao final dos anos 1990, e dependente da autodeclaração de Estados e Municípios. Os estudos constantes dessa parte são uma tentativa de lançar luz sobre o tema e deixar um legado para quando as preocupações fiscais novamente voltarem à agenda política.

Particularmente, analiso em dois estudos como deveriam ser contabilizados pelos entes governamentais os pagamentos públicos em PPPs

e como os controles fiscais existentes deveriam incidir sobre a decisão de realização de PPP ou concessão.

A quinta parte deste livro trata da “execução dos contratos de concessão e PPP”, focando particularmente no problema do falso cumprimento dos contratos, na alteração havida nas regras sobre intervenções no setor elétrico para lidar com os problemas do Grupo Rede e sobre a supressão contratual, muito comum recentemente nos projetos federais, do direito do concessionário à indenização por investimentos não amortizados.

A sexta parte deste livro trata dos “estudos de viabilidade e das licitações de concessões e PPPs”. Aborda, primeiro, a proibição do participante de licitação ganhar mais de um lote e das suas implicações de natureza política. A seguir cuida da possibilidade do menor valor do aporte público ser critério de licitações de contratos de PPP, tema que desenvolvi juntamente com Gabriela Engler Pinto. Trata, por fim, do nível de detalhamento legalmente exigido dos estudos de engenharia para dar início a uma PPP, tema que já havia estudado no meu livro sobre melhores práticas em concessões e PPPs, mas que trato novamente aqui, na companhia de Gabriel Galipolo e Lucas Navarro Prado, com foco especificamente nas mudanças inseridas na Lei de PPP pela Lei 12.766/12.

Por último, ainda na sexta parte desta obra, trato da queda da exigência legal de utilização das tabelas de preços públicos do SICRO II e SINAPI para estabelecer o preço de referência para efeito da licitação de empreendimentos custeados com recursos da União. Como demonstro, em texto em coautoria com Gabriela Engler Pinto, a previsão legal dessa exigência foi produto de combinação da desconfiança do Ministério do Planejamento nos ministérios setoriais com a desconfiança dos órgãos de controle da Administração Pública Federal nas licitações enquanto mecanismo para ajustamento dos preços de referência a preços de mercado.

Enfim, o conjunto de estudos que integram este livro expande em diversas direções o conhecimento dos problemas envolvidos na implantação, operação e regulação dos projetos de infraestrutura brasileiro

contratados sob a Lei de Concessões e a Lei de PPP. Por isso, a sua publicação conjunta para comemorar as duas décadas da Lei de Concessões e a primeira década da Lei de PPP.

Como diversos dos estudos publicados neste livro foram redigidos em circunstâncias específicas e constituem documentos sobre aquelas circunstâncias (por exemplo, os estudos que antecederam e comentaram a Medida Provisória 575/12, que alterou a Lei de PPP para prever a possibilidade de aporte de recursos públicos por investimentos do concessionário em bens reversíveis), em alguns casos, achei melhor não atualizar o texto do estudo, mesmo quando houve mudanças normativas posteriores que impactariam o seu conteúdo. Nesses casos, inseri modificações ou comentários ao texto originário sob a forma de notas de revisão, assim sinalizadas em rodapé.

II. Distribuição de Riscos e Equilíbrio
Econômico-Financeiro

II.1.

O Risco de Variação do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido pode ser alocado ao Poder Concedente em Contratos de Concessão e PPP?^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Esse estudo é dedicado a Fernanda Pittelli.

² Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 30/11/2012, no link <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-risco-de-variacao-do-imposto-de-renda-e-da-contribuicao-social-sobre-o-lucro-liquido-em-concessoes-e-ppps-publicado>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

II.1.1. INTRODUÇÃO

O presente estudo se destina a responder à seguinte pergunta: é lícito que contrato de concessão ou PPP atribua o risco de variação do Imposto de Renda (“IR”) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) ao Poder Concedente?

Essa pergunta é desafiante do ponto de vista jurídico porque o §3º, do art. 9º, da Lei Federal 8.987/95 (“Lei de Concessões”) estabelece que:

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. (grifei)

Com base nesse dispositivo, a doutrina do Direito Administrativo tem repetido, na minha opinião, sem maior reflexão, o bordão de que os riscos de variação de tributos em concessões e PPPs são do Poder Concedente, com exceção dos tributos sobre a renda.

Note-se que o dispositivo legal só ressalva o risco de “impostos sobre a renda”. Por isso, a rigor, ele se aplicaria apenas ao IR, mas não a CSLL, que apesar de ser um tributo, não é um imposto. Há, contudo, interpretação doutrinária que aplica a ressalva constante do §3º, do art. 9º, da Lei de Concessões, também a CSLL. Sem querer tomar posição aqui sobre esse tema — pois ele é secundário para o desenrolar deste artigo — vamos supor que o dispositivo legal ressalva tanto o IR quanto a CSLL.

Para dar cabo do desafio posto pelo título deste artigo, creio que é importante separar duas questões:

- (a) faz sentido, do ponto de vista econômico, atribuir ao Poder Concedente o risco de variação do IR e da CSLL?
- (b) em vista do §3º, art. 9º, da Lei de Concessões, pode o risco de variação do IR e da CSLL ser alocado por contrato de concessão ou PPP ao Poder Concedente?

Essas perguntas serão respondidas nas rubricas abaixo.

II.1.2. DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, FAZ SENTIDO ALOCAR O RISCO DE VARIAÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE A RENDA AO PODER CONCEDENTE?

A resposta é sim. Para justificar essa resposta, vou seguir três linhas de raciocínio.

A primeira mais genérica se apoia nos critérios genéricos de alocação de riscos em contratos de concessões e PPPs.

A segunda mais específica é uma análise perfunctória da diferença da posição do concessionário enquanto empresário de outros empresários.

A terceira busca mostrar que, da perspectiva do investidor em concessões e PPPs, tributos sobre a renda incidentes sobre o concessionário produzem os mesmos efeitos econômicos que quaisquer outros tributos, de maneira que não haveria justificativa econômica para alocação de riscos ser diversa para os tributos sobre a renda do que é para outros tributos.

II.1.2.1. CRITÉRIOS ELEMENTARES DE DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS ACONSELHAM TRANSFERIR OS RISCOS DE VARIAÇÃO DOS TRIBUTOS (INCLUSIVE SOBRE A RENDA) PARA O PODER CONCEDENTE

Uma das regras mais elementares sobre a distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP é que não se deve transferir para um concessionário riscos sobre os quais ele não tem qualquer controle.³

³ Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, Capítulo XV.1.

Isso porque, se o concessionário não tem controle nenhum sobre um risco que lhe é alocado pelo contrato, provavelmente, por ocasião da sua participação na licitação, ele vai provisionar⁴, na sua proposta, um valor para lidar com o risco não controlável que lhe foi transferido.

Se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele.

Se, contudo, o evento gravoso não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro do concessionário.

Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele.

Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajosa para o Poder Concedente e para o usuário, do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois no cenário em que esse risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra), enquanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando o evento gravoso se materializa.

⁴ Uma vez que é prática atual alocar o risco de variação do IR e da CSLL ao concessionário, uma pergunta que se poderia formular é em que medida os concessionários de fato efetuam provisão para lidar com o risco de variação do IR e da CSLL.

Na minha experiência, esse risco, assim como alguns outros riscos relativos ao ambiente institucional, é tratado na modelagem financeira como parte dos riscos que são remunerados pela TIR — Taxa Interna de Retorno do projeto. Isto é: não há, nas modelagens financeiras, uma linha de custo decorrente desse risco, mas, ao dimensionar a TIR necessária para que o projeto lhe seja atrativo, o participante da licitação da concessão ou PPP considera esse e outros riscos do ambiente institucional para a sua tomada de decisão. Outras vezes o risco é embutido nas rubricas de custo específicas. Por exemplo, ao estabelecer os custos de construção, o concessionário inclui a título de contingência um valor adicional para lidar com, por exemplo, a atribuição, pelo contrato, do risco geológico ao concessionário.

Portanto, em situações normais, é mais vantajoso que os riscos de eventos não controláveis sejam atribuídos ao Poder Concedente (e não ao concessionário).⁵

Vale a pena assinalar que a variação do custo tributário caracteriza perfeitamente risco não controlável. Não há nada que o concessionário possa fazer para prevenir ou para remediar a ocorrência dos eventos gravosos ou benéficos relativos a esse risco.

Daí que sou forçado à conclusão de que, economicamente, o risco de variação dos custos tributários deveria ser sempre atribuído ao Poder Concedente.

E isso me leva a uma nova pergunta: há algo no IR e na CSLL que os distinga de outros tributos, a justificar um tratamento diferenciado desses dois tributos no que diz respeito à atribuição de riscos? Eu não tenho nenhuma dúvida de que não. Não há nada de diferente no IR e na CSLL que justifique um tratamento diferenciado em relação aos demais tributos. Tratarei com mais vagar desse tema no item 2.2 abaixo.

Vale a pena, contudo, nesse ponto, trazer à tona o argumento que, na minha experiência, é o mais usado pelos operadores do direito para defender a alocação do risco do IR e da CSLL ao concessionário:

Todos os agentes da economia estão sujeitos ao IR e à CSLL e eles não podem se furtar a pagá-los. Não há, portanto, porque se atribuir ao concessionário o privilégio de repassar o custo da variação do IR e da CSLL para o Poder Concedente ou para o usuário do serviço.

⁵ Há, contudo, circunstâncias excepcionais em que se prefere alocar o risco de um dado evento não controlável ao concessionário simplesmente porque ele teria mais facilidade de ir ao mercado securitário e obter a diluição social do risco por meio da contratação de seguros. Do ponto de vista estritamente econômico, creio que essa alocação de riscos é equivocada porque não há instrumento melhor para a diluição social dos riscos que alocar um risco ao Estado. Ao alocar um risco ao Estado, basicamente estamos atribuindo o risco a todos os contribuintes e, por isso, estamos diluindo na maior base possível aquele risco. Essa alocação, contudo, se torna interessante se, apesar de a ocorrência do evento gravoso ser não controlável, o concessionário puder de alguma forma reduzir os seus impactos.

O argumento explora a igualdade entre o concessionário de uma PPP ou concessão e os demais agentes econômicos. O seu pecado, contudo, é exatamente esquecer (a) as diferenças entre o concessionário e os demais agentes econômicos e (b) a semelhança entre os demais tributos, cujo risco é geralmente atribuído ao Poder Concedente, e os tributos sobre a renda (IR e CSLL).

II.1.2.2. DIFERENÇAS ENTRE O CONCESSIONÁRIO E OS DEMAIS AGENTES ECONÔMICOS

Quando ocorre um aumento do IR ou da CSLL, todos os agentes econômicos têm a possibilidade de buscar repassar esse aumento de custo para o preço cobrado dos seus clientes.

A tarifa, contudo, cobrada pelos concessionários é, geralmente, um preço regulado. Por isso, ao contrário dos demais agentes da economia, o concessionário não tem o poder de aumentar a tarifa quando houver aumento da carga tributária sobre a sua renda.

É verdade que, às vezes, os outros agentes econômicos não repassam completamente para seus clientes os aumentos de custo tributário. Mas isso ocorre por sua escolha, geralmente baseada em razões competitivas.

Vale notar que, no caso das concessões e PPPs, a pressão competitiva foi enfrentada pelo concessionário na origem, no processo licitatório anterior à concessão. Toda a margem que o participante da licitação da concessão entendia razoável transferir para o usuário ele transferiu quando realizou sua proposta de preço na licitação. E como ele foi o mais eficiente na definição do modo de prestação do serviço e/ou o mais agressivo na transferência ao Poder Concedente ou usuário da sua margem, ele venceu a licitação. Por isso que, ao longo da execução do contrato, quando se criam novos tributos, é razoável que isso seja repassado integralmente para os usuários e para o Poder Concedente. Já é assim em relação a outros tributos. Não tem porque ser diferente em relação ao IR e à CSLL.

Note-se que, geralmente, em outros negócios na economia, a decisão de uma empresa de transferência de parte da sua margem para seus

clientes é tomada e revisitada diariamente. A ocorrência da variação do IR ou CSLL é só mais uma oportunidade para realizar esse juízo sobre quanto da sua margem deve ser transferido para os seus clientes.

Nas concessões e PPPs, contudo, a decisão empresarial sobre quanto da margem do concessionário deve ser transferido para o usuário ou o Poder Público é tomada na formulação da proposta na licitação.

II.1.2.3. IGUALDADE FUNCIONAL PARA O INVESTIDOR ENTRE OS TRIBUTOS SOBRE A RENDA E OS DEMAIS TRIBUTOS

Para o investidor em concessões ou PPPs, ou em qualquer outro negócio na economia, não há diferença substancial entre a majoração de tributos incidentes sobre a receita ou sobre o resultado (renda), pois ambas impactam, direta ou indiretamente, o resultado final, a rentabilidade final do seu investimento.

Ao investidor, importa fundamentalmente o risco do negócio e a rentabilidade final do investimento. Dessa perspectiva — à parte a diferença de hipótese de incidência, alíquota, base de cálculo e momento de recolhimento — os tributos são, para o investidor, apenas custos.

Se no seu fluxo de caixa esse custo incide sobre a sua receita ou se ele incide sobre o resultado (pós-custos) é de pouca relevância para o investidor, pois, como mencionado acima, o que lhe importa é a rentabilidade final do investimento.

Portanto, também por esse ponto de vista, não há qualquer razão para — para efeito de alocação de riscos — distinguir a variação dos tributos sobre a renda da variação dos demais tributos.

II.1.3. O CONTRATO PODE ALOCAR AO PODER CONCEDENTE OS RISCOS DE VARIAÇÃO DO IR E DA CSLL?

Sim. O art. 9º, §3º, da Lei de Concessões, estabelece o seguinte:

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.

[...]

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. (grifei)

A grande questão é se a ressalva realizada na parte inicial do §3º citado acima exige a transferência do risco do IR e da CSLL para o concessionário.

Na minha opinião, a força normativa do §3º está em atribuir ao Poder Concedente, o risco de “[...] criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta [...]”.

Ao ressaltar os impostos sobre a renda, o dispositivo não atribuiu ao concessionário o risco de variação desses impostos. Ele apenas os exclui do rol de tributos cujo risco é expressamente atribuído ao Poder Concedente. Em outras palavras, a Lei de Concessões nesse tema — como, aliás, em relação a grande maioria dos temas — deixa ao contrato de concessão a alocação do risco sobre a variação dos “impostos sobre a renda”.

Esse ponto de vista é ainda reforçado se levarmos em consideração o art. 10, da Lei de Concessões, que diz o seguinte:

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Como já notei em outros estudos sobre o tema⁶, esse dispositivo delega ao contrato de concessão a definição do seu sistema de equilíbrio econômico-financeiro.

⁶ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores prática em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, Capítulo XV; e RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRA-

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro é um braço, um prolongamento da matriz de riscos contratual.

É por meio do sistema de equilíbrio econômico-financeiro que se fazem as compensações às partes por terem sofrido as consequências de eventos cujos riscos são atribuídos à outra parte pelo contrato ou pela lei.

Daí que, quando a Lei de Concessões enuncia que, sempre que forem atendidas as condições do contrato estará mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro, ela está a dar permissão ao contrato para ambos (a) definir a distribuição de riscos entre as partes e (b) a forma de compensação entre elas no caso da ocorrência de eventos que impactem uma parte, mas que seja risco da outra.

A relevância atribuída ao contrato pela Lei de Concessões não é sem razão. Ao delegar ao contrato a definição da matriz de riscos e do modo como ela será aplicada, a Lei de Concessões estabeleceu claramente que o disposto no contrato é o parâmetro para que os participantes da licitação de concessão precifiquem os riscos que lhe são atribuídos.

Buscou, assim, evitar as distorções comuns da sobreposição de uma matriz de riscos legal sobre a matriz de riscos contratual. No passado, e ainda hoje, essa sobreposição levou o Poder Público e os usuários dos serviços a pagar várias vezes pela transferência de um mesmo risco ao concessionário: a primeira vez pela inclusão no preço da proposta do participante vencedor da licitação dos custos para lidar com esse risco; as seguintes quando a transferência de riscos contratual é ignorada por meio da aplicação de dispositivos legais que carregiam, ao longo da execução do contrato, à Administração Pública, por meio de uma interpretação perversa da noção de equilíbrio econômico-financeiro, riscos que o contrato havia transferido para o concessionário.

Por fim, creio que vale a pena notar que alguns intérpretes mais formalistas da Lei de Concessões chegaram a dela extrair facciosidade em direção à transferência de riscos ao concessionário. Essa facciosidade

DO, Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP — fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

provém de uma leitura, na minha opinião, equivocada do art. 2º, incisos II e III, da Lei de Concessões, que dispõem o seguinte:

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II — concessão de serviço público: 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 por prazo determinado;

III — concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. (grifei)

Já ouvi operadores do direito qualificados expressarem a visão de que a menção a “por sua conta e risco” nos dispositivos acima criaria uma facciosidade na direção da transferência de todos os riscos possíveis ao concessionário.

Essa visão levada às suas últimas consequências poderia interpretar a ressalva constante do §3º, do art. 9º, da Lei de Concessões (“Ressalvados os impostos sobre a renda...”) como atribuindo o risco de variação dos impostos sobre a renda ao concessionário.

Mas supor que a expressão “por sua conta e risco” cria um pano de fundo forte o suficiente para preencher lacunas, suprir omissões relativas à alocação legal de riscos é, na minha opinião, simplesmente desconhecer os princípios econômicos que devem reger a interpretação e aplicação do direito no que diz respeito à distribuição de riscos contratuais ou legais.

Acho que vale a pena fazermos uma breve exegese do texto no qual consta a expressão “por sua conta e risco”. Os dispositivos acima citados falam em delegação pelo Poder Concedente “[...] à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Observem que o que o dispositivo diz é que a pessoa jurídica ou consórcio de empresas deve demonstrar capacidade de desempenho **por si**. Parece-me completamente despropositado extrair desse dispositivo força normativa para transferir riscos a um concessionário. Também me parece despropositada a conclusão de que esse dispositivo criaria subsidiariamente (isto é em caso de omissão de outros dispositivos) uma presunção de transferência de riscos para o concessionário.

II.1.4. CONCLUSÃO

Ao cabo desse estudo, parece-me importante assinalar que é conveniente, de uma perspectiva econômica, transferir para o Poder Concedente o risco de variação de todos os tributos (inclusive o IR e a CSLL) e que não há qualquer vedação legal à alocação, em contrato de concessão ou PPP, desse risco ao Poder Concedente.

II.2.

Riscos Ambientais em Concessões e PPPS¹

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Este estudo foi publicado em versão preliminar em 7/6/2014, no link <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/distribuio-de-riscos-ambientais-em-concesses-e-ppps>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

II.2.1. INTRODUÇÃO

Nos contratos de obra pública tradicional, a responsabilidade por obter as licenças ambientais recai sobre a Administração Pública, que geralmente contrata a elaboração do projeto básico da obra e a análise dos seus impactos socioambientais e obtém junto ao órgão ambiental competente, pelo menos, a licença prévia do empreendimento e, muitas vezes, também a licença de instalação.

Nos contratos de concessão da década de 1990, que na maioria das vezes eram concessões de projetos já existentes (*brownfield*) era comum o tratamento genérico do risco ambiental alocando-o completamente ao concessionário, em contexto em que: (a) apesar de em plena operação, o projeto não detinha licença ambiental operacional (a Administração Pública raramente providencia licenças operacionais para as infraestruturas sob sua responsabilidade); (b) muitas vezes não havia projeto básico das obras de expansão e melhorias a serem realizadas, apenas um programa genérico de investimentos, que era, inclusive, insuficiente para iniciar o processo de licenciamento ambiental dessas melhorias e expansões. Entre os contratos de concessão recentemente modelados e celebrados ainda encontramos contratos desse tipo.

Mas a observação, por exemplo, dos contratos de concessão federal de rodovias recentes (contratos da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT — Agência Nacional de Transportes Terrestres), pode-se notar a adoção de estruturas mais sofisticadas de distribuição de riscos ambientais, nos quais os riscos de licenciamento, cumprimento e custeio de condicionantes ambientais e remediação e custo de remediação de passivos e de paga-

mento de multas por passivos começam a ser diferenciados e disciplinados de forma específica.

Essa diferenciação dos riscos ambientais nos contratos da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT foi produto de seguidos debates ocorridos com a iniciativa privada desde janeiro de 2013,² quando a minuta de contrato a ser utilizada nesses projetos foi colocada em consulta pública. E, ainda que, na minha opinião, haja muito a avançar na direção da disciplina eficiente dos riscos ambientais em contratos de concessão, é preciso reconhecer que, com esses novos contratos, a ANTT fez uma evolução relevante nessa direção.

Nos últimos anos, nas oportunidades que tenho de me manifestar em público sobre os problemas mais comuns na modelagem de concessões e PPPs, tenho mencionado a distância entre aquilo que é detectado e tratado nos estudos técnicos e a forma como isso se reflete na modelagem econômico-financeira e, sobretudo, na modelagem do contrato de concessão ou PPP.³ Por exemplo, nos estudos de viabilidade de um dado projeto de infraestrutura, ocorre dos estudos socioambientais detectarem passivos socioambientais relevantes, mas, nas planilhas do estudo de viabilidade econômico-financeira, não se encontra qualquer referência a custos para lidar com esses passivos — a previsão desse custo na modelagem econômico-financeira do projeto é indispensável

² Esse processo se iniciou com a audiência pública nº 131/2013, cujo objetivo era “tornar público e colher sugestões, contribuições ao Edital e Contrato para concessão das rodovias BR-262/ES/MG, BR-050/GO/MG, BR-060/153/262/DF/GO/MG, BR-153/TO/GO, BR-101/BA, BR-163/MT e BR-163/267/262/MS, integrantes da 3ª Etapa das Concessões Rodoviárias Federais — Fase III”. Disponível na internet: <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1970/Audiencias_Publicas.html>

³ O mesmo posicionamento pode ser observado nos seguintes artigos: RIBEIRO, Maurício Portugal e PINTO, Gabriela Engler. “Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências.” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/20140204-riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte-publicado>>. RIBEIRO, Maurício Portugal. “Proibição de indenização por investimentos não amortizados.” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/proibicao-de-indenizacao-por-investimentos-nao-amortizados>>. RIBEIRO, Maurício Portugal. “Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal.” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/erros-e-acertos-no-uso-do-plano-de-negcios-e-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal>>. RIBEIRO, Maurício Portugal. “O risco de variação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido pode ser alocado ao poder concedente em contratos de concessão e PPP?” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-risco-de-variacao-do-imposto-de-renda-e-da-contribuicao-social-sobre-o-lucro-liquido-em-concessoes-e-ppps-publicado>>.

se o risco de lidar com os passivos for alocado ao concessionário. Tampouco se encontram na minuta de contrato de concessão ou PPP cláusulas eximindo o concessionário dos custos e riscos desses passivos.

Essa dissociação entre estudos técnico-ambientais, modelagem econômico-financeira e minuta de contrato de concessão ou PPP é consequência da complexidade da tarefa de desenvolvimento de estudos de viabilidade de projetos de concessão, que requerem coordenação e interação entre as equipes de especialistas dessas áreas. Como muitas vezes os especialistas e os coordenadores do projeto como um todo têm pouca experiência em estruturar projetos desse tipo, eles simplesmente não percebem a necessidade de compatibilizar os detalhes dos estudos técnico-ambientais, com os detalhes da modelagem econômico-financeira e do contrato.

No caso especificamente do operador do direito encarregado de prestar assessoria jurídica para a modelagem do projeto, é muito comum, particularmente no nosso ambiente jurídico formalista, que ele entenda a sua função como a de um escriba, que utiliza como base um contrato padrão⁴ (geralmente o último contrato utilizado naquele setor, pelo órgão público contratante), que é modificado somente para transformar em cláusula contratual decisões adotadas por outros especialistas (técnicos, econômico-financeiros etc.).

Mesmo um operador do direito que, preocupado em cumprir adequadamente as suas funções, tente se socorrer da literatura sobre o tema, provavelmente não terá mais sorte. É que nos livros de direito administrativo nada ou quase nada será encontrado sobre esse tema. No máximo, cumprindo sua função perinormativa,⁵ nossos doutrinadores

⁴ Discutindo uma vez com um advogado que tinha sido responsável pela modelagem jurídica de um contrato de concessão de infraestrutura federal que utilizava o fluxo de caixa marginal como metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, percebi que ele não tinha compreendido as regras que em tese ele redigiu. Ele não se deu conta que o processo de revisão do fluxo de caixa marginal previsto naquele contrato transferia o risco de demanda do concessionário para o Poder Concedente. Dei-me conta, então, que ele não tinha redigido essas cláusulas, elas foram apenas copiadas de contrato anterior, e ele sequer tinha capacidade ou tinha se dado o trabalho de entendê-las.

⁵ Refiro-me ao fato da doutrina jurídica ser construída no Brasil quase sempre em torno dos dispositivos legais, como se os aspectos juridicamente relevantes de uma realidade fossem apenas aqueles explicitamente tratados em lei, quando, na prática, várias vezes as leis super regulam aspectos absolutamente irrelevantes de uma realidade e se omitem sobre outros extremamente relevantes de uma perspectiva jurídica.

comentaram o art. 10, inciso VII, da Lei 11.079/2004 (“Lei de PPP”), que menciona a necessidade de licença ambiental ou de diretrizes para licenciamento ambiental do projeto para dar início à licitação.⁶ Esse operador do direito não encontrará, porém, nos livros de comentário à Lei de PPP ou em qualquer outro livro de direito administrativo qualquer pista sobre como devem ser tratados os riscos ambientais em contratos de concessão e PPP.⁷ E, nos livros sobre direito ambiental, os aspectos relevantes para uma disciplina em contrato de concessão estarão disseminados em diversas partes e capítulos diferentes do livro, o que tornará difícil o sucesso da sua empreitada de busca de referências para construir as cláusulas contratuais sobre risco ambiental.

Nesse contexto, o presente estudo pretende iniciar reflexão sobre como devem ser as cláusulas dos contratos de concessão e PPP a respeito dos riscos ambientais.

Reconheço desde já o risco de, não sendo especialista nos aspectos ambientais, tratar de temas técnicos nessa área. Creio ser, contudo,

⁶ O tema foi abordado, por exemplo, nos seguintes trabalhos: LOUREIRO, Caio de Souza. “Apontamento sobre a licitação para contratação de parcerias público-privadas” e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “Aspectos Jurídicos da licitação na parceria público-privada”, In: *Revista de Contratos Públicos — RCP*, n. 03, Belo Horizonte: Editora Fórum, março/agosto 2013, p. 14-17; 82-85. PRADO, Lucas Navarro. “Condições prévias para a licitação de uma PPP” e SILVA, Danilo Tavares da. “Licitação na Lei nº 11.079/04”, In: *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*, coordenado por NETO, Floriano de Azevedo Marques; e SCHIRATO, Vitor Rhein, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 68-69; 84-85. OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Parceria Público-Privada. Aspectos de Direito Público Econômico”, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 171-173. BLANCHET, Luiz Alberto. “Parcerias Público-Privadas. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004”, Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 67-69.

⁷ A alocação de riscos em contratos de PPP, embora muitas vezes sem enfoque nos riscos ambientais, foi objeto de análise em: GARCIA, Leonardo Lopes. Alocação de riscos, reajuste e revisão tarifária nas concessões de rodovias federais. Brasília, Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível na internet: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2433031.PDF>>. ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP). Risco e incerteza*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012, p. 173. Danilo Tavares da. “Licitação na Lei nº 11.079/04” In: *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*, coordenado por NETO, Floriano de Azevedo Marques; e SCHIRATO, Vitor Rhein, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 86-90. Aspectos de Direito Público Econômico”, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 167-171. OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Parceria Público-Privada. Aspectos de Direito Público Econômico”, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 167-171. BLANCHET, Luiz Alberto. “Parcerias Público-Privadas. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004”, Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 32-33.

necessário correr esse risco para iniciar o trabalho de construção dessa ponte entre a Teoria do Direito Administrativo sobre os contratos de concessão e PPP e as questões de natureza ambiental.⁸

Para aconselhar a distribuição de riscos ambientais a seguir descrita, segui as melhores práticas em distribuição de riscos em contratos, conforme princípios que já enunciei diversas vezes em outros escritos de minha autoria, aos quais remeto os leitores que tiverem interesse na compreensão desses princípios.⁹

II.2.2. CATEGORIAS IMPORTANTES PARA A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO AMBIENTAL

Para distribuição dos riscos ambientais em contratos de concessão e PPP, é importante distinguir as seguintes categorias e atividades:

- (a) Condução do processo de licenciamento perante o órgão ambiental — dessa perspectiva é preciso definir qual das partes será responsável por assumir a posição de “empreendedor” no processo de licenciamento ambiental.
- (b) Custeio e condução dos estudos para licenciamento ambiental — é preciso definir quem contrata e quem arca com o custo dos estudos para realização do licenciamento ambiental, particularmente do EIA — Estudo de Impacto Ambiental e o RIMA — Relatório de Impacto Ambiental.

⁸ Note-se que já cuidei do tema do tratamento de populações atingidas pelos projetos de infraestrutura implantados por meio de contratos de concessão e PPP no artigo de minha autoria intitulado “Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os Princípios do Equador”, disponível em versão preliminar no seguinte link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/desapropriao-e-reassentamento-final-para-publicacao>.

⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2001. RIBEIRO, Maurício Portugal e PINTO, Gabriela Engler. “Concessão de aeroportos e de rodovias federais; o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências.” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/20140204-riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte-publicado>>. RIBEIRO, Maurício Portugal e GALÍPOLO, Gabriel. “Subsídio a investimento em concessões e PPPs.” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>>.

- (c) Dano ambiental¹⁰ — ocorrências que gerem impactos negativos ao meio ambiente. Esses danos não necessariamente são ilícitos. Muitas vezes, eles são indispensáveis para a implantação ou operação de uma dada infraestrutura e, por isso, no processo de licenciamento do empreendimento, a realização do dano ambiental é tratada por meio do estabelecimento de condicionantes ao licenciamento.
- (d) Passivo ambiental¹¹ — são situações de risco eminente de realização de danos ambientais ou danos ambientais realizados no passado na área de domínio do projeto, a ficar sob a responsabilidade do concessionário. Essas situações e danos precisam ser reparados, sob pena inclusive do concessionário ser responsabilizado por eles.
- (e) Condicionantes ambientais¹² — são as exigências realizadas pelos órgãos ambientais, ao longo do processo de licenciamento, para mitigação dos danos que podem ser minorados e compensação daqueles danos que não podem ser minorados.

¹⁰ Para Édis Milaré, dano ambiental é “a lesão aos recursos ambientais, com a consequente degradação-alteração adversa ou — in pejus — do equilíbrio ecológico e da qualidade ambiental” (MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 421-422.). Ou, como afirma Leite: “o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não ao meio ambiente), diretamente como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente a terceiros tendo em vista interesses próprios individualizáveis e que refletem o macrobem” (LEITE, Jose Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.)

¹¹ Os passivos ambientais podem ser definidos como as “áreas ambientalmente degradadas ou em vias de degradação” (Pesquisa e estudos de viabilidade de PPP. Projeto BR-040, p. 231), devendo-se atentar ao seu distanciamento da definição contábil, mais comumente utilizada, que se contrapõe aos ativos ambientais e segundo a qual é “toda agressão que se praticou/pratica contra o meio ambiente e consiste no valor dos investimentos necessários para reabilitá-lo, bem como multas e indenizações em potencial.” (Ibracon NPA nº 11 — Balanço e ecologia, item 09, p. 02).

¹² “Condicionantes são recomendações definidas pelo Órgão Ambiental e que o empreendedor deverá atender pois fazem parte da licença ambiental. A necessidade de entregar relatórios periódicos de monitoramento da qualidade da água ou do ar em determinados prazos, pode ser um exemplo. Caso o empreendedor não atenda qualquer condicionante da licença, esta poderá ser suspensa, não ser concedida nas etapas sucessivas ou não ser renovada.” (Licenciamento ambiental. O que são condicionantes? Disponível na internet: <<http://www.ibama.gov.br/supes-ba/licenciamento-ambiental>>)

II.2.3. A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

II.2.3.1. CONTEXTO LEGAL EM RELAÇÃO AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE PROJETOS A SEREM IMPLANTADOS POR MEIO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO OU PPP

Não há exigência legal geral de obtenção de licença ambiental antes da licitação de concessões e PPPs.

A Lei Federal 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) não tratou do tema do licenciamento ambiental.¹³

A Lei de PPP, contudo, mencionou no seu artigo 10, inciso VII, que a abertura do processo licitatório está condicionada à obtenção de “[...] licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.” Portanto, para os projetos de concessão comum, não há exigência legal genérica de haver licença prévia ou diretrizes para licenciamento ambiental para abertura do processo licitatório. Existe, contudo, essa exigência para os contratos de PPP.

Essa diferença de tratamento entre as PPPs e as concessões em relação ao licenciamento ambiental a rigor não se justifica. Ela existe apenas porque a Lei de PPP, sendo mais recente, absorveu diversas preocupações que não foram tratadas quando da elaboração da Lei Geral de Concessões.¹⁴

¹³ A única menção a questões ambientais na Lei 8.987/95 é a constante do art. 29, nos seguintes termos:

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

[...]

X — estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação.”

¹⁴ A Lei nº 8.666/1993 também não tratou diretamente sobre a realização de licenciamento ambiental em obras públicas, limitando-se a exigir a que “as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório” (Art. 7º, § 2º, I).

Para o TCU, no entanto, “Quando da elaboração do projeto básico, é necessário verificar se o empreendimento necessita de licenciamento ambiental, conforme dispõem as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) nº 001/1986 e nº 237/1997 e da Lei nº 6.938/1981. Se preciso, deve-se elaborar Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), como partes integrantes do Projeto Básico.” (TCU, Obras

Note-se que não há uma interpretação definitiva do que sejam essas “diretrizes para o licenciamento ambiental” previstas na Lei de PPP. O regulamento previsto na lei para estabelecer como devem ser elaboradas essas diretrizes jamais foi emitido. Sequer tenho notícia de que algum órgão ambiental tenha se dedicado à discussão desse tema.¹⁵

Na falta de regulamento sobre o tema, a interpretação mais comum tem sido que consubstancia “diretrizes para o licenciamento” o termo de referência aprovado pelo órgão ambiental competente para o licenciamento, com as condições necessárias para a realização do Estudo de Impacto Ambiental — EIA e do Relatório de Impacto Ambiental — RIMA para o empreendimento.

Portanto, para início da licitação de PPPs é preciso ou haver licença ambiental do empreendimento ou haver diretrizes para o licenciamento ambiental, o que significa, no contexto atual, o termo de referência para realização do EIA-RIMA do projeto, aprovado pelo órgão ambiental competente para o licenciamento.

Já para as concessões comuns, conforme mencionado acima, não há exigência legal genérica de qualquer cumprimento de requisito da perspectiva ambiental para dar início à licitação. Em alguns setores, contudo, como as licitações para exploração de potencial hidrelétrico, há exigência legal de obtenção de licença ambiental antes da licitação da concessão.¹⁶

Públicas. Recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas. Brasília: 3ª edição, 2013, p. 17). “É entendimento pacífico na jurisprudência do TCU que a Licença Prévia (LP) deve existir antes da instauração da licitação [de obras públicas], pois o atendimento das exigências ambientais é determinante na própria concepção do objeto”. (Processo nº TC 017.008/2012-3, Acórdão nº 2086/2012, relatora Ministra Ana Arraes, Plenário, julgamento realizado em 20/06/2012 e publicado no DOU em 08/08/2012)

¹⁵ Existem, no entanto, iniciativas setoriais isoladas para o estabelecimento de diretrizes para o licenciamento ambiental, tal como a Portaria Interministerial nº 288/2013, que institui parâmetros para a regularização ambiental das rodovias federais através do Programa de Rodovias Federais Ambientalmente Sustentáveis — PROFAS.

¹⁶ Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004, “Art. 4º Compete à EPE: [...] VI — obter a licença prévia ambiental e a declaração de disponibilidade hídrica necessárias às licitações envolvendo empreendimentos de geração hidrelétrica e de transmissão de energia elétrica, selecionados pela EPE.”.

II.2.3.2. QUAL A LÓGICA DE NÃO SE EXIGIR LICENÇA PRÉVIA AMBIENTAL ANTES DA LICITAÇÃO DE CONCESSÕES E PPPS?

Em primeiro lugar, é preciso distinguir a concessão de projetos *brownfield* (existentes e já em operação) da concessão de projetos *greenfield* (não existentes, que serão ainda construídos). Em projetos *brownfield*, o problema central é a regularização ambiental e obtenção da licença operacional, que a Administração Pública raramente se preocupa em obter para as infraestruturas que opera. Essa regularização ambiental e obtenção da licença operacional tende a ser muito mais simples do que o processo de licenciamento para projetos *greenfield*. Portanto, para as anotações a seguir, estarei me referindo aos problemas de licenciamento de projetos *greenfield*, de projetos novos ainda não implantados, salvo quando eu especificamente mencionar os projetos *brownfield*.

É preciso também separar as situações ambientais especiais, como por exemplo, a implantação de projetos na Amazônia Legal ou em quaisquer tipos de APAs — Áreas de Proteção Ambiental. Evidentemente, projetos a serem implantados nessas áreas passarão naturalmente por processo de licenciamento mais difícil. Para as anotações a seguir, estarei me referindo à implantação de projetos em situação normal que não tenham impactos sobre áreas especialmente protegidas da perspectiva ambiental.¹⁷

Dadas essas premissas, é preciso reconhecer, em primeiro lugar, que a obtenção da licença prévia ambiental do empreendimento antes da licitação do contrato de concessão ou PPP dá maior segurança às partes quanto aos custos envolvidos no cumprimento das condicionantes ambientais estabelecidas para a implantação do empreendimento e quanto

¹⁷ O tema é regulamentado pela Lei nº 9.985/2000, que define as unidades de conservação como sendo o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”, do qual são espécies as Área de Proteção Ambiental — APA, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável, Reserva Particular do Patrimônio Natural, Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio de Vida Silvestre.

aos passivos a serem remediados. Por isso que, em regra, seria desejável a obtenção da licença prévia ambiental do empreendimento antes da licitação do contrato de concessão ou PPP.

Além disso, é preciso reconhecer também que, na maioria dos projetos de concessão e PPP, a razão principal porque o Poder Concedente não obtém a licença prévia ambiental antes da licitação da concessão ou da PPP são as dificuldades operacionais e os prazos necessários para a Administração Pública contratar projeto básico de engenharia e EIA-RIMA.

Note-se que a Lei de PPP exige atualmente estudos de engenharia em nível de detalhamento de anteprojeto¹⁸ para início da licitação de PPP, enquanto que vários dos órgãos ambientais exigem estudos de engenharia em nível de detalhamento de projeto básico para emissão da licença prévia ambiental.

Nesse contexto, a decisão de obter a licença ambiental antes da licitação da PPP implicaria na obrigação do Poder Concedente contratar e desenvolver projeto básico. O problema nesse caso são, como já mencionei acima, os prazos e a capacidade operacional da Administração Pública de contratar esses projetos.

Enquanto que um anteprojeto, de, por exemplo, uma linha de metrô de superfície de 20 km de extensão em área urbana, pode ser feito em quatro ou cinco meses, um projeto básico precisa de em torno nove meses a um ano para ser feito adequadamente. Somem-se a isso os prazos para a contratação desse projeto básico e do anteprojeto.

Além disso, enquanto o anteprojeto pode ser obtido por meio de uma PMI — Processo de Manifestação de Interesse, que demora algo em torno de dois meses até início dos estudos, na maioria das vezes é difícil obter estudos com grau de detalhamento de projeto básico por meio de PMI. Isso porque, na PMI, o ente privado autorizado a realizar os estudos corre o risco de não obter o reembolso dos custos do projeto, e o

¹⁸ Sobre isso, vide RIBEIRO, Mauricio Portugal. A Lei 12.766 (resultante da conversão da medida provisória 575/12) e o Nível de Detalhamento dos Estudos de Engenharia em PPPs. Disponível na internet: < <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-1276612-e-o-detalhamento-dos-estudos-de-ppp> >

custo de projeto básico é muito mais alto do que o de um anteprojeto, de maneira que, muitas vezes, os entes da iniciativa privada estão dispostos a correr o risco de não receber o reembolso do custo do anteprojeto, mas não estão dispostos a correr o risco de não receber o reembolso do custo do projeto básico.

Daí que o prazo para início de uma licitação de PPP, que pode ser em torno de 6 meses (4 meses para realização do anteprojeto e dois meses de procedimento de PMI precedentes ao início do estudo) passa para algo em torno de onze meses se a iniciativa privada aceitar uma PMI com exigência de entrega de projeto básico (dois meses de procedimento mais nove meses de execução do projeto básico), e passa para algo em torno de pelo menos quinze meses se o Poder Concedente resolver contratar o projeto básico (nove meses para execução mais seis meses para a licitação).¹⁹

Se a intenção for ter licença prévia ambiental antes da licitação, some-se aos prazos para obtenção do projeto básico pelo menos o prazo para a execução do EIA-RIMA, que pode ser de um ano.²⁰

Portanto, se exigirmos que a licença prévia ambiental seja emitida antes da licitação da concessão ou PPP, estaríamos falando de adiar o início da licitação da PPP ou concessão entre 23 meses (onze meses para obtenção do projeto básico via PMI e mais um ano para realização do EIA-RIMA) e 27 meses (quinze meses para obtenção de projeto básico contratado por licitação, mais um ano para realização do EIA-RIMA).

E esse adiamento por dois anos da publicação do edital da concessão ou PPP tem efeitos relevantes do ponto de vista político. Ele pode impli-

¹⁹ Notem que desconsidere para esses cálculos os prazos para processamento e aprovação interna dos estudos, que em alguns entes governamentais podem ser prazos bastante relevantes de mais de 3 meses.

²⁰ A realização de licitação pública para a contratação de EIA-RIMA pode, em situação normal, demorar mais de 6 meses. E a elaboração do EIA-RIMA pode levar em torno de um ano (algumas vezes é necessário, por exemplo, análise do potencial impacto ambiental do projeto ao longo das quatro estações do ano). Estamos supondo que o prazo da licitação pública para a contratação do EIA-RIMA nesse caso pode ser desconsiderado, pois ela poderia ser realizada ao longo da elaboração do projeto básico, ou o EIA-RIMA poderia ser contratado, inclusive, em conjunto com o projeto básico de engenharia. Note-se que após o prazo para a realização do EIA-RIMA há o prazo para a sua aprovação, que inclui, por exemplo, a realização de audiência pública e, finalmente, a emissão propriamente da licença ambiental. Pode-se dizer que o prazo de um ano que estamos considerando é bastante agressivo nesse contexto.

car em impedir a contratação da concessão ou PPP dentro do mandato do Chefe do Poder Executivo, ou impedir que as obras principais decorrentes do contrato de concessão ou PPP fiquem prontas dentro do seu mandato, o que lamentavelmente eliminaria os incentivos políticos para a realização do projeto.

As considerações acima explicam por que, na prática, não há incentivos para que os agentes públicos obtenham licença ambiental prévia antes da licitação de projetos de concessão ou PPP. Mas é necessário agora explicar por que em alguns casos faz sentido da perspectiva econômica deixar para obter a licença ambiental prévia após a contratação da concessão ou PPP.

Com o objetivo de maximizar a eficiência na execução do contrato de concessão ou PPP, muitas vezes o Poder Concedente estabelece no contrato indicadores quantitativos e qualitativos do serviço a ser prestado e delega ao concessionário a atribuição de encontrar a melhor forma de alcançar aqueles indicadores de serviço, transferindo-lhe, inclusive, a responsabilidade de realizar o projeto básico e o executivo da infraestrutura a ser implantada e utilizada para a prestação dos serviços.

Note-se que o fato da Lei de PPP exigir atualmente a disponibilização pelo Poder Concedente de estudos de engenharia em nível de detalhamento de anteprojeto, como condição para início da licitação, não impede o Poder Concedente de, no contrato de concessão ou PPP, dar ampla liberdade de escolha ao concessionário da melhor forma de atingir os indicadores de serviço. É que a função do anteprojeto exigido na Lei de PPP é a definição do custo de referência dos investimentos para o estabelecimento do preço-teto para efeito da licitação. A Lei de PPP não exige, contudo, que o anteprojeto seja vinculante para o concessionário. Portanto, os contratos de PPP (assim, aliás, como os de concessão) podem estabelecer que o concessionário não está vinculado ao anteprojeto disponibilizado pelo Poder Concedente; pode, ainda, estabelecer que o concessionário está vinculado a apenas alguns aspectos do anteprojeto e não a outros.²¹

²¹ Em contratos de PPP e concessão bem feitos, a principal forma de controle do desempenho do concessionário é a sua vinculação a indicadores de serviço previstos no contrato (ainda que seja necessário muitas vezes a vinculação também a aspectos do anteprojeto ou do projeto básico de engenharia existente).

A transferência para o concessionário da obrigação de realizar os projetos básico e executivo de engenharia é, de um lado, um mecanismo para lhe dar espaço para encontrar a forma mais eficiente (menor custo) para atingir o nível de serviço estabelecido no contrato. Por outro lado, ao transferir essa obrigação para o concessionário, o Poder Concedente elimina as chances do concessionário responsabilizar o Poder Concedente por deficiências de projeto de engenharia que eventualmente impeçam o concessionário de atingir os indicadores de serviço previstos no contrato.

Se o contrato não vincular o concessionário ao anteprojeto, o concessionário poderá adotar soluções de engenharia para implantar o projeto completamente diferentes daquelas pensadas pelo Poder Concedente.

Nesse caso, mesmo que houvesse licença ambiental prévia, seria necessária a sua alteração.

Nesse contexto, faz sentido deixar a obtenção da licença ambiental para após a contratação do concessionário, para que o processo de licenciamento seja realizado em cima das soluções de engenharia que efetivamente serão utilizadas.

II.2.3.3. QUEM DEVE ASSUMIR A POSIÇÃO DE “EMPREENDEDOR” PARA EFEITO DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL?

Os contratos de concessão e PPP precisam definir qual das partes assumirá a posição de empreendedor no processo de licenciamento ambiental.

Em grandes projetos *greenfield*, me parece fazer sentido que, formalmente, o empreendedor para efeito do licenciamento ambiental seja o órgão público contratante da PPP, particularmente se o órgão ambiental competente para licenciamento do projeto for da mesma esfera de governo do órgão contratante da PPP.

É que os órgãos contratantes geralmente têm interlocução mais fácil com o órgão ambiental do que qualquer concessionário que vier a ser contratado. Além disso, o envolvimento formal do órgão contratante no procedimento de licenciamento ambiental sinaliza para o órgão

ambiental e para a iniciativa privada a prioridade política da implantação do projeto e isso, na prática, pode influir no prazo necessário para a realização do licenciamento do projeto.

Note-se que, em projetos cujo licenciamento é considerado difícil, pode-se condicionar a eficácia plena do contrato de concessão ou PPP à obtenção da licença prévia pelo Poder Concedente. Imagine-se, por exemplo, uma PPP para construir uma nova ponte sobre a Baía de Guanabara ou para implantar um túnel de metrô subaquático (ou por baixo do leito da Baía de Guanabara), ligando a Praça Araribóia na Cidade de Niterói à Praça XV na Cidade do Rio de Janeiro, ou ainda uma PPP de uma ponte cortando a Baía de Todos os Santos, ligando a Ilha de Itaparica à Cidade de Salvador. Se a PPP ou concessão desses projetos for contratada sem licença prévia ambiental, a depender das dificuldades esperadas no licenciamento, pode fazer sentido condicionar a eficácia plena do contrato ou a emissão da ordem de serviço para início da implantação à obtenção da licença ambiental prévia pelo Poder Concedente no prazo estipulado para tanto no contrato.

É comum que, após a obtenção da licença prévia ambiental, o concessionário assuma a posição de empreendedor para a continuidade do processo de licenciamento (obtenção da licença de instalação e operacional). É que, obtida a licença prévia ambiental, o restante do procedimento de licenciamento traz menores riscos em relação ao descumprimento dos prazos esperados para a sua realização e em relação ao eventual estabelecimento de novas obrigações de natureza socioambiental.

II.2.3.4. QUEM DEVE CONTRATAR E CUSTEAR OS ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL?

É preciso que o contrato de concessão ou PPP estabeleça quem deve custear os estudos de impacto ambiental.

Na minha opinião, faz sentido que esses estudos sejam contratados pelo concessionário. É que o concessionário consegue em prazos mais curtos que o Poder Concedente contratar os estudos de impacto ambien-

tal. Para contratação desses estudos, o Poder Concedente tem que fazer licitação, o que, como já notamos no item II.2.3.2 acima, pode impactar os prazos para a implantação do projeto.

Além disso, considerando a facciosidade da cultura em torno da Lei 8.666/93 na direção de contratações pelo critério menor preço e as dificuldades de aferir qualidade de empresas de consultoria usando a Lei 8.666/93, a tendência é que, se o Poder Concedente ficar responsável pela contratação da consultoria ambiental, ele terminará contratando empresa que não detém a capacitação adequada.

Em relação ao custo dos estudos, muitas vezes ao longo do processo de licenciamento, o órgão ambiental exige estudos adicionais, em vista dos resultados do EIA-RIMA. Essa possibilidade de exigência de estudos adicionais cria incerteza sobre o custo dos estudos no momento da licitação do contrato de PPP e concessão. Por isso, acho que a melhor forma de tratar desse tema no contrato de concessão ou PPP é estabelecer um custo de referência para esses estudos e estabelecer o direito do concessionário solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se o estudo custar mais que o valor de referência, e o direito do Poder Concedente solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se o estudo custar menos que o valor de referência.

II.2.4. AS COMPENSAÇÕES E MITIGANTES AMBIENTAIS

É comum que o processo de licenciamento ambiental estabeleça condicionantes que tomam a forma de compensações ambientais ou de mitigantes ambientais.

As mitigantes ambientais são condicionantes cujo objetivo é a redução do impacto ambiental de um dado projeto.

As mitigantes ambientais podem envolver a exigência de modificações relevantes na obra que alterem substancialmente o seu custo. Por exemplo, imagine-se uma obra de implantação de uma rodovia, cujo projeto enfrente uma região pantanosa pelo método de corte e aterro. Caso o estudo de impacto ambiental detecte que a área pantanosa tenha flora

e fauna únicas, é possível que seja exigida, como mitigação ambiental, por exemplo, a substituição do corte e aterro por implantação de ponte com efeito de melhor preservação das características originárias da região pantanosa. Uma exigência desse tipo pode ter impacto relevante sobre o custo de implantação do projeto.

Já as compensações ambientais ocorrem quando o impacto ambiental não pode ser evitado ou mitigado e, por isso, deve ser compensado. Elas tomam em regra a forma de destinação de recursos pecuniários para fins ambientalmente benéficos ou para custeio de programas ambientais compensatórios. Há compensações legalmente pré-estabelecidas. Por exemplo, a destinação de um percentual do custo de determinado tipo de obra para fins ambientalmente benéficos. Outras compensações são estabelecidas discricionariamente pelo órgão ambiental competente ao longo do processo de licenciamento.

Quando a concessão ou PPP é licitada sem licença ambiental prévia, há grande incerteza sobre a natureza e o custo das mitigantes e compensações a serem exigidas pelo órgão ambiental, e é natural que o contrato de concessão e PPP atribua ao Poder Concedente o risco de variação do custo das mitigantes ou compensações ambientais em relação ao valor estimado nos estudos ambientais disponibilizados pelo Poder Concedente. Isso significa que o concessionário terá direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso as condicionantes e mitigantes exigidas pelo órgão ambiental quando do processo de licenciamento tenham custo superior ao originalmente estimado pelo Poder Concedente, nos seus estudos ambientais preliminares.

Mesmo quando o risco de variação do custo das mitigantes e compensações ambientais é atribuído ao Poder Concedente, geralmente o contrato de PPP ou concessão atribui ao concessionário a obrigação de cumprir as mitigantes e condicionantes ambientais. É que não faria sentido que tais mitigantes e condicionantes fossem cumpridas pelo Poder Concedente: em primeiro lugar, porque o concessionário terá, de qualquer modo, que estar mobilizado para realizar a obra. Além disso, o Poder Concedente provavelmente não conseguirá cumprir com essas mitigantes e condicionantes diretamente. Terá que contratar terceiros

para isso, o que provavelmente atrasaria a implantação da infraestrutura. E, no caso de algumas mitigantes ambientais — particularmente aquelas que dizem respeito a modificações na solução de engenharia a ser adotada para implantação do empreendimento — sequer seria possível o cumprimento por outro ente senão o responsável pela realização da obra.

II.2.5. A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO DE DANO AMBIENTAL

Obras de infraestrutura geralmente provocam danos ambientais, impactos negativos que são consequência da própria realização da obra.

Para gerar os incentivos corretos, o risco e os custos dos danos ambientais decorrentes de um dado empreendimento devem ser atribuídos ao responsável por conduzir a implantação desse empreendimento (nesse caso, o concessionário), pois ele é quem pode prevenir, minorar e remediar os danos ambientais decorrentes da realização da obra.

A concessionária, por sua vez, poderá, no contrato de construção do empreendimento, transferir parte desse risco para a construtora que contratar.

II.2.6. A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO DE PASSIVOS AMBIENTAIS

Os passivos ambientais podem ser definidos como danos ambientais ocorridos no passado e que continuam a produzir efeitos ou a demandar reparação quando da assunção pelo concessionário da área na qual será implantado o projeto.

Entre os especialistas em Direito Ambiental, há entendimento de que, por lei, a responsabilidade por passivos ambientais é “*per rem*” ou “*in re ipsa*”, isto é, segue o imóvel no qual se situa o passivo.

Esse entendimento cria o risco do concessionário ser responsabilizado por passivos ambientais para os quais ele não contribuiu, simplesmente em vista da sua relação (de domínio, detenção ou posse, a

depende do previsto no contrato de concessão) com o imóvel no qual esses passivos se localizam.

Por essa razão, é preciso que o contrato de concessão ou PPP trate o risco de passivos ambientais conforme descrito nas próximas rubricas.

II.2.6.1. COMO O ESTUDO DE VIABILIDADE DA CONCESSÃO E O CONTRATO DEVEM LIDAR COM OS PASSIVOS AMBIENTAIS EXISTENTES NA ÁREA A SER OBJETO DE CONCESSÃO?

Em qualquer caso — mas particularmente se se tratar de um projeto *brownfield* — é preciso que os estudos de viabilidade do projeto realizados pelo Poder Concedente mapeiem os passivos ambientais existentes e que, quando da publicação do edital de concessão, seja disponibilizado relatório técnico-ambiental com a descrição da localização e das condições dos passivos ambientais encontrados e, também, o cronograma a ser exigido do concessionário para a remediação desses passivos (porque, evidentemente, o concessionário precisará de tempo para realizar as intervenções necessárias para resolver os passivos existentes).

Com base nessa lista de passivos, é viável geralmente o contrato de concessão ou PPP transferir para o concessionário o custo e o risco de lidar com os passivos constantes da lista.

Ao longo do prazo da consulta pública e do prazo para elaboração da proposta, o concessionário poderá avaliar os passivos e verificar o custo para remediá-los, que constará da sua proposta.

É comum atualmente contratos de concessão ou PPP separarem a responsabilidade pelos passivos conforme o momento da sua ocorrência: passivos ocorridos antes da transferência da área para o concessionário seriam de responsabilidade do Poder Concedente; passivos ocorridos após a transferência das áreas para o concessionário seriam de responsabilidade do concessionário. A dificuldade prática de utilização desse sistema é que nem sempre é fácil definir quando exatamente o passivo ambiental se configurou. Por isso, acho mais eficiente que a transferência de responsabilidade sobre os passivos se

dê com base em um cadastro feito antes da licitação e que defina por quais passivos o concessionário ficará responsável após a transferência das áreas.

II.2.6.2. COMO O CONTRATO DEVE LIDAR COM O RISCO DE MULTA POR PASSIVOS AMBIENTAIS EXISTENTES?

Ao assinar o contrato e assumir a área de domínio da concessão, o concessionário poderá ser multado pelo órgão ambiental pelos passivos existentes nessa área, mesmo se não tiver concorrido para a ocorrência desses passivos e mesmo que não tenha havido prazo para remediá-los desde que assumiu a área.

Por essa razão, é importante que o contrato de concessão ou PPP proteja o concessionário contra multas aplicadas pelos órgãos ambientais até o prazo estipulado no contrato para a remediação pelo concessionário de cada um dos passivos ambientais cadastrados. Evidentemente, passado o prazo estipulado no contrato para o concessionário remediar os passivos, a responsabilidade por eventuais multas deve recair sobre o concessionário.

II.2.6.3. COMO LIDAR COM O RISCO DE PASSIVOS NÃO REVELADOS PELOS ESTUDOS DE VIABILIDADE DISPONIBILIZADOS PELO PODER CONCEDENTE?

É possível que existam outros passivos na área da concessão que não tenham sido detectados pelos estudos realizados pelo Poder Concedente. Por exemplo, o vazamento subterrâneo de substâncias perigosas. Imagine-se que, na área de domínio onde será implantado o projeto, haja um antigo posto de gasolina e que tenha ocorrido um vazamento subterrâneo de combustíveis que não tenha sido detectado na vistoria realizada pelos consultores ambientais do Poder Concedente.

Para lidar com essa situação, é preciso criar regra contratual que gere o incentivo no concessionário para revelar o passivo ambiental e, além disso, lhe dê o espaço necessário para remediar o passivo revelado.

Na minha opinião, a regra ideal é a que estabeleça a obrigação do concessionário de revelar o passivo, apresentando ao Poder Concedente (ou agência reguladora) relatório com a descrição do passivo, custo e cronograma para remediá-lo.

O Poder Concedente deve então analisar a documentação e o passivo descrito no documento e se chegar à conclusão de que, de fato, não se trata de passivo causado pelo concessionário, apreciar o custo e cronograma sugerido pelo concessionário e estabelecer o custo de referência e o cronograma em que o passivo deve ser remediado.

A regra contratual deve estipular que o custo definido pelo Poder Concedente para a remediação do passivo será objeto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do concessionário, de maneira que a remediação desse passivo não afete as condições econômico-financeiras do concessionário.

Ao longo do cronograma para a remediação do passivo, o contrato deve estabelecer que qualquer multa imposta ao concessionário pelos órgãos ambientais, em virtude da existência do passivo revelado, lhe dará direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

II.3.

Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os Princípios do Equador^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Queria agradecer a Gabriela Engler Pinto e a Francisco Andrade Figueira pela revisão desse artigo. Gabriela fez revisão atenta do texto. Francisco, por sua vez, ajudou na formulação de quadros e na realização de diversas notas de rodapé, inclusive aquelas que fazem referência aos Princípios do Equador e aos documentos de suporte do Banco Mundial e do IFC. Os comentários do Francisco e da Gabriela contribuíram para aperfeiçoar substancialmente trechos deste artigo.

² Versão preliminar desse estudo circulou para especialistas no dia 27/3/2013 e ele foi publicado em 9/5/2013, ainda sem revisão detida das notas de rodapé, no link <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/desapropriao-e-reassentamento-final-para-publicacao>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

II.3.1. INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA DESTE CAPÍTULO

Até a década de 1990, os projetos de infraestrutura no Brasil eram implantados geralmente por meio da contratação de obras públicas. As desapropriações (aquisição forçada de imóveis) e desocupações (remoção de eventuais ocupantes irregulares dos imóveis) para a implantação dessas obras eram realizadas diretamente pela Administração Pública contratante da obra, seguindo o Decreto-Lei nº 3.365/41.

O foco principal do Decreto-Lei nº 3.365/41 é a proteção contra expropriação injusta daqueles que dispõem de propriedade formal dos imóveis a serem empregados para a implantação de obras públicas. Na época em que foi criado, o Decreto-Lei nº 3.365/41 representou avanço extremamente relevante no direito brasileiro. As práticas administrativas e a jurisprudência que se constituíram em torno dele nos permitem dizer que, no Brasil, desde meados do século XX, não há o que, na literatura internacional, se chama geralmente de expropriações injustas, que é a obtenção forçada pelo Estado da titularidade dos bens sem indenização aos seus proprietários, a valores de mercado.

Isso é um patrimônio institucional inestimável do nosso país, particularmente em uma região como a América Latina, que conviveu, ao longo dos últimos 60 anos, com todos os tipos de caudilhos voluntariosos, de direita ou de esquerda, que pouca importância davam para as situações constituídas, quando se tratava de implantar os projetos que entendiam importantes.

O Decreto-Lei nº 3.365/41 separa “atos normativos” relativos à desapropriação, que definem a área a ser desapropriada, dos “atos execu-

tórios” necessários à efetiva transferência da titularidade das áreas objeto de desapropriação para o Estado e permite, no seu art. 3º, a transferência, para os concessionários de serviço público, da atribuição de realizar os atos executórios da desapropriação. Note-se que, em regra, o ente que recebe a atribuição de realizar os atos executórios da desapropriação fica responsável também pela desocupação das áreas irregularmente ocupadas, de modo a disponibilizá-las livres e desimpedidas para o início das obras.

Até a década de 1990, a faculdade de transferir para as concessionárias os atos executórios da desapropriação era utilizada, sobretudo, para atribuir a empresas estatais a operacionalização de desapropriações para implantação de infraestruturas relacionadas às suas atividades.

Com a implantação do Programa Nacional de Desestatização e a celebração com entes da iniciativa privada, nos mais diversos setores econômicos, de contratos de longo prazo, como os de concessões e PPPs, que preveem a obrigação da iniciativa privada implantar ou investir em melhorias e operar projetos de infraestrutura, o Decreto nº 3.365/41 passou, a partir da década de 1990, a ser utilizado frequentemente (a) para transferir a responsabilidade de realizar os atos executórios das desapropriações e, muitas vezes também, (b) para transferir os riscos em torno das desapropriações para entes da iniciativa privada. Juntamente com as atribuições e riscos de realização de desapropriações transferia-se também, em regra, para os concessionários as obrigações de realização de desocupações.

Essas faculdades de transferir para os concessionários as atribuições e riscos de desapropriação e desocupação foram inicialmente utilizadas em projetos em que as desapropriações eram pontuais e não representavam nem investimento, nem esforço relevante comparado ao esforço e ao custo de implantação do projeto como um todo, como por exemplo, no caso de projetos de rodovias *brownfield*, nas quais as expansões de capacidade (construção de terceiras faixas ou duplicações) fossem realizadas principalmente dentro da sua faixa de domínio já instituída.

Nesses projetos, as desapropriações se localizavam mormente em áreas rurais, com baixa densidade populacional, o que reduzia também

a relevância política da execução da desapropriação. E as desocupações cingiam-se geralmente a realocação de vendedores de frutas ou outros alimentos, que tinham barracas para tanto montadas, na maioria das vezes de forma improvisada e precária, no acostamento da rodovia.

Contudo, mais recentemente, nos mais diversos projetos de infraestrutura que se pretende implantar e operar por meio de contratos de concessão e PPP — inclusive em setores como o de mobilidade urbana, ou até mesmo em alguns projetos *greenfield* de rodovias que cortam regiões metropolitanas de grandes cidades (como os rodoanéis ou arcos metropolitanos), tem sido comum, tanto no âmbito da União, quanto nos Estados e Municípios, a previsão nos contratos de concessão da transferência para a iniciativa privada tanto da atribuição da realização dos atos executórios da desapropriação e de todos os atos relativos às desocupações, quanto de alguns dos riscos relacionados com essas atribuições, como, por exemplo, o risco de variação do preço dos imóveis e o risco de atrasos na desapropriação e desocupação.

Essa transferência para a iniciativa privada das atribuições e dos riscos em torno das desapropriações e desocupações, lamentavelmente, nem sempre está sendo feita de maneira refletida, conscienciosa e seguindo melhores práticas.

Particularmente, tem sido comum ignorar que:

- a) as desapropriações e desocupações, em vista da sensibilidade política do tema, se tornaram itens não financiáveis pelos bancos, que não querem o ônus político de formalmente custeá-las;
- b) todos os grandes bancos de desenvolvimento (à exceção, por enquanto, do BNDES) e todos os grandes bancos comerciais são signatários dos Princípios do Equador, e exigem que os concessionários sigam os Princípios do Equador, como condição para aprovação dos financiamentos.

Os Princípios do Equador são um conjunto de regras que — inspirados nos Padrões de Desempenho (“Performance Standards”) do IFC — International Finance Corporation — estabelece atualmente os pa-

râmetros mais elevados para países em desenvolvimento em relação ao cumprimento de obrigações sociais e ambientais. Eles estabelecem normas bastante detalhadas sobre como deve se realizar a aquisição forçada de terras ou a realocação involuntária de populações para implantação de projetos de infraestrutura, com impacto extremamente relevante tanto nos custos, quanto nos prazos para a realização das desapropriações e desocupações.³

Note-se que o fato do BNDES ser o principal financiador de projetos de infraestrutura no país e não ser até aqui signatário dos Princípios do Equador, na prática, não exonera os concessionários de seguirem Princípios do Equador nas desocupações e desapropriações, em primeiro lugar porque várias vezes o BNDES financia projetos indiretamente, por meio do sistema de repasse, nos quais o BNDES transfere recursos para um banco privado, que por sua vez faz toda análise e toma o risco do financiamento do projeto. Como deixo claro no item II.3.6.2 abaixo, os principais bancos repassadores de recursos do BNDES são signatários dos Princípios do Equador, e exigem, por isso, que os seus clientes sigam Princípios do Equador.

Além disso, não é incomum que o banco comercial, quando signatário dos Princípios do Equador, para a realização do financiamento-ponte, preliminar ao financiamento de longo prazo pelo BNDES, exija que a concessionária se comprometa a seguir Princípios do Equador quando do financiamento de longo prazo.

O fato do custo de desapropriações não ser financiável e o fato de praticamente todos os bancos privados serem signatários dos Princípios do Equador (inclusive aqueles que são os repassadores de recursos do BNDES) torna a realização das desapropriações e desocupações pela iniciativa privada em concessões e PPPs mais caras e mais demoradas do que as desapropriações realizadas sob o Decreto-Lei nº 3.365/41 e as desocupações realizadas com base na legislação federal brasileira sobre reintegração de posse.

³ A versão oficial, em português, dos Princípios do Equador encontra-se disponível no seguinte link: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese.pdf

Nesse contexto, dois problemas desencadearam a elaboração do presente estudo. O primeiro problema é que os órgãos governamentais responsáveis pela estruturação de concessões e PPPs têm ignorado nos seus estudos de viabilidade e nos editais e contratos de concessão e PPP os efeitos (de aumento de preço e prazo) da incidência das regras dos Princípios do Equador sobre os projetos de infraestrutura. Isso fica claro quando verificamos que os custos considerados nos estudos de viabilidade para a realização de desapropriações e desocupações e os prazos estipulados nos contratos de concessão e PPP para a realização pelos entes privados das obras que requerem prévia desapropriação e desocupação de áreas não são compatíveis com o uso dos Princípios do Equador.⁴⁻⁵

O segundo problema é que, mesmo em projetos em que o custo das desapropriações e desocupações é relevante comparado ao valor do investimento total, tem sido comum aparecer nas minutas de contrato que vão à consulta pública a previsão de transferência para o concessionário do risco de variação dos preços dos imóveis. Isso, como mostraremos mais abaixo, contraria a lógica que deveria ser adotada na distribuição de riscos de contratos de concessão e PPP, e fatalmente resultará em preços mais caros para o usuário e para o Poder Público e criará espaço para seleção adversa na licitação.

Perceba-se, além disso, que a tendência de se adotar regras com ocupações sociais mais amplas para a realização de desocupações e desapropriações — com proteções específicas, por exemplo, aos ocupantes irregulares das áreas onde será implantado o projeto — não ficou

⁴ Note-se que, ao assinalar que há uma tendência dos projetos no Brasil seguirem Princípios do Equador e que a Administração Pública geralmente não está considerando isso nos seus estudos de viabilidade, não estamos emitindo juízo de valor sobre a escolha das regras para as desapropriações e desocupações. O que queremos assinalar é que, atualmente, sempre que o Poder Público transfere para o concessionário a atribuição de realizar os atos executórios da desapropriação, muitas vezes, implicitamente, está se tomando a decisão de aplicação dos Princípios do Equador. Nesse contexto, é indispensável que os estudos de viabilidade e os prazos contratuais para a realização de desapropriações e desocupações reflitam a aplicação dos Princípios do Equador.

⁵ Vide prazos para realização das desapropriações e desocupações e implantações de obras iniciais de expansão de capacidade a serem feitas no princípio dos contratos de concessão dos 7 lotes de rodovias federais, da III Etapa, 3ª Fase, da ANTT — Agência Nacional de Transportes Terrestres, que foi a consulta pública no princípio desse ano. Cf.: http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1169/3__Etapa__fase_III_.html

restrita à iniciativa privada ou ao setor financeiro. A sensibilidade política do tema das desapropriações e desocupações levou diversas entidades governamentais e órgãos públicos envolvidos na implantação de obras públicas a desenvolver nos últimos anos regras outorgando direitos às populações afetadas pela implantação de obras públicas. Como exemplo, pode-se citar, entre outros, a Lei 7.597/1998 e o Decreto 11.283/2003 do Município de Belo Horizonte e o Decreto 43.415/12 do Estado do Rio de Janeiro, que estabeleceram regras para a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade social, inclusive os ocupantes irregulares de áreas a serem utilizadas para a implantação de projeto de infraestrutura.

Nas linhas a seguir, pretendemos:

- (i) evidenciar a sensibilidade política do tema das desocupações e desapropriações, que tanto deram origem ao surgimento de regras protetivas da população mais vulnerável no âmbito dos Estados e Municípios, quanto tornaram não financiáveis pelos bancos comerciais e órgãos multilaterais as desapropriações e desocupações;
- (ii) evidenciar as consequências financeiras para a concessionária da não financiabilidade das desapropriações e desocupações;
- (iii) revisar a teoria sobre distribuição de riscos para mostrar em que casos e sob que arranjos faz sentido transferir o risco de desapropriação e desocupações para o concessionário;
- (iv) trazer a conhecimento do leitor os limites de aplicação dos Princípios do Equador e evidenciar as diferenças entre as regras legais brasileiras e os Princípios do Equador a respeito tanto dos benefícios concedidos às pessoas afetadas pelo projeto, quanto dos procedimentos para a realização das desapropriações e desocupações, de modo a dar ao leitor noção de porque geralmente tende a ser mais caro e mais demorado utilizar os Princípios do Equador.

A conclusão que decorre deste artigo é que é necessário os agentes públicos encarregados da modelagem de projetos de infraestrutura

sopesarem, caso a caso, se faz sentido (e em que termos faz sentido) transferir para a iniciativa privada a obrigação de realização de desapropriações e desocupações em projetos de infraestrutura. Esse juízo deveria ser informado por uma análise simplificada de custo/benefício dos efeitos sociais e econômicos da transferência dessas atribuições e riscos para iniciativa privada. Para tanto, é indispensável que os agentes públicos responsáveis pela estruturação de PPPs e concessões se capacitem sobre o tema e contratem consultores capazes de realizar essas análises. Lamentavelmente, a nossa prática de estruturação de projetos ainda está distante disso.

O objetivo deste artigo é chamar atenção para o tema, de modo a contribuir para a mudança dessa situação.

II.3.2. A SENSIBILIDADE POLÍTICA DAS DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES E A CRIAÇÃO DE REGRAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS PARA PROTEÇÃO DE POPULAÇÕES VULNERÁVEIS

Parece-me desnecessário assinalar a sensibilidade política do tema das desapropriações e desocupações para implantação ou expansão de projetos de infraestrutura.

O fato por si dos bancos se negarem a financiar esse item dos projetos de infraestrutura evidencia os riscos reputacionais ínsitos à execução de desapropriações e desocupações.

Por isso, nessa rubrica, vou me focar em evidenciar as consequências da sensibilidade política do tema das desapropriações na evolução das normas que o disciplinam.

Em primeiro lugar, é importante notar que a competência para legislar sobre desapropriações por utilidade pública (modalidade geralmente utilizada para a implantação de projetos de infraestrutura) é da União (Art. 22, II da Constituição Federal).

A principal norma federal sobre desapropriações, como já mencionado acima, é o Decreto-Lei nº 3.365/41, que, como também já notei acima, foca-se na proteção daqueles que possuem a propriedade formal

dos bens a serem usados na implantação do projeto.⁶ Em outras palavras, não há no Decreto-Lei nº 3.365/41 — como, aliás, em regra, não havia em legislações sobre o tema aprovadas na década de 1940 — preocupação com outros impactos da implantação do projeto diversos da perda de propriedade.

Por exemplo, não há no Decreto-Lei nº 3.365/41 qualquer regra sobre o tratamento de pessoas que perdem empregos em decorrência da implantação dos projetos de infraestrutura⁷, ou regras sobre pessoas que sejam especialmente vulneráveis ao processo de desapropriação e desocupação (v.g. pessoas que não possuem a titularidade dos imóveis em que residem, ou pessoas que residem em imóvel tão degradado que a indenização a valor de mercado pela perda desse imóvel não lhe garantiria a aquisição de outra moradia). Em suma, o Decreto-Lei nº 3.365/41 foca-se em proteger as pessoas que possuem propriedades a serem expropriadas para implantação de projetos e a sua compensação pela perda de titularidade desses bens está restrita ao valor de mercado desses bens.

Note-se, ademais, que, rigorosamente, o Decreto-Lei nº 3.365/41 abrange apenas as desapropriações, sendo as desocupações tratadas no âmbito das ações de reintegração de posse, disciplinadas no Código de Processo Civil. É que as ocupações irregulares são tratadas pela legislação federal apenas como posse ou detenção irregular de bens de titularidade de terceiros. A medida, portanto, que o expropriante teria contra os ocupantes irregulares de bens necessários à implantação de projetos de infraestrutura seria a ação de reintegração de posse, não havendo na legislação federal sobre essas ações qualquer dispositivo específico para tratar populações especialmente vulneráveis.

A indenização, quando cabível no caso das desocupações, pela legislação federal se restringiria às acessões⁸ e benfeitorias. Como a terra

⁶ Esse foco percorre todo o Decreto-Lei, e se manifesta, por exemplo, quando exige a comprovação do título de proprietário para o levantamento do depósito feito pelo expropriante para o pagamento da indenização (Art. 34, Decreto-Lei 3.365/41). Ou seja, caso não haja prova da propriedade, ou título, não pode haver pagamento pelo Estado, segundo o Decreto-Lei.

⁷ Em decorrência da realocação de atividades econômicas.

⁸ Agradeço a Francisco Andrade Figueira a percepção de que não apenas as benfeitorias, mas também as acessões são objeto de indenização.

nua não é indenizada no caso de desocupações, dificilmente a pessoa ou família que recebesse a indenização pelas acessões e benfeitorias teria condições de adquirir moradia com as mesmas condições de localização e qualidade. No caso especificamente de populações de baixíssima renda, por exemplo, moradores de favelas, a indenização por benfeitorias muitas vezes sequer seria suficiente para adquirir qualquer moradia.

Além disso, não há na legislação federal a previsão de indenização dos custos de transação relativos à aquisição de novo imóvel e de qualquer tipo de apoio na realocação e reassentamento das populações em novas comunidades.

Na Tabela 3, constante do item II.3.6.9 abaixo, faço, sem muito rigor, um cruzamento entre as categorias de pessoas atingidas por projetos de infraestrutura e os benefícios que elas recebem quando submetidas à legislação federal brasileira e quando submetidas aos Princípios do Equador.⁹

Esse quadro evidencia que os benefícios previstos pela legislação federal sobre desapropriações e desocupações estão muito distantes dos previstos nos Princípios do Equador, que se constituem, a rigor, na principal referência internacional de melhores práticas para compensações a populações atingidas pela implantação de projetos de infraestrutura em países em desenvolvimento.¹⁰

A lenta evolução da legislação federal sobre esse tema e a sua distância em relação aos melhores padrões atuais de compensação a pessoas atingidas por projetos de infraestrutura levou Estados, Municípios e as entidades por eles controladas a criarem normas que atribuem outros benefícios às pessoas afetadas por projetos de infraestrutura, isso apesar da competência para legislar sobre desapropriações e desocupações ser formalmente da União.

As normas emitidas por Estados e Municípios sobre esse tema focam-se, em regra, nas desocupações e às vezes abrangem as desapro-

⁹ Esse quadro utilizou como base quadro elaborado pela JGP Consultoria para fazer um cruzamento entre os benefícios cabíveis e as pessoas atingidas pelos projetos sob as regras do Princípios do Equador, e que constou em anexo ao contrato de concessão da BA 093.

¹⁰ O critério, em verdade, é para países não membros da OCDE ou não considerados de Alta Renda e está inserido no princípio nº 3.

priações por utilidade pública, ou por interesse social. Em todo caso, a preocupação central dessas normas é disciplinar de modo mais amplo as ações sociais realizadas por entidades governamentais (incluindo, entre essas ações, o pagamento de indenizações e de aluguel social) para minorar as consequências gravosas da implantação de projetos de infraestrutura sobre a população mais diretamente afetada e mais vulnerável.

Há nessa legislação, especialmente, preocupação em disciplinar o reassentamento, em condição jurídica regular, de pessoas afetadas pelo projeto que originalmente residiam em imóveis com situação irregular.

Apenas como exemplo, creio que vale a pena citar a legislação sobre esse tema do Município de Belo Horizonte e do Estado do Rio de Janeiro.

Em Belo Horizonte, a Lei municipal 7.597/1998 cria o Programa Municipal de Assentamento do município de Belo Horizonte, depois regulamentado pelo Decreto nº 11.283/2003. Esse programa se aplica a pessoas afetadas por projetos, que residam em áreas públicas, possuam benfeitorias ou acessões¹¹ realizadas nessas áreas e se enquadrem em um limite máximo de renda.¹² Além dos deveres de oferta pelo Poder Público de opções de reassentamento à população afetada pelo projeto com esse perfil, essa legislação exige, por exemplo, a garantia de uma vaga em instituição de ensino quando o reassentamento do núcleo familiar envolver uma criança ou um adolescente.¹³

De uma maneira ampla, as regras instituem a obrigação do ente governamental emissor da norma prestar apoio material, assistencial e jurídico às pessoas de baixa renda ou em situação vulnerável afetadas pelo projeto.

¹¹ Francisco Andrade Figueira me alertou que o uso do conceito de benfeitoria na legislação estadual carece de rigor. A construção em terreno alheio constitui acessão, e não benfeitoria, de acordo com o art. 1.255 do Código Civil. No entanto, como algumas das normas apresentadas utilizam a expressão benfeitoria, optei por manter a coerência com a fonte.

¹² Art. 2º da Lei 7.597/1998, apesar da própria lei depois atenuar essas exigências, a critério da administração: Art. 4º da Lei Municipal 7.459.

¹³ Art. 3º da Lei 7.597/1998.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual nº 43.415/12 reconhece o direito à indenização dos ocupantes dos imóveis por benfeitorias e acessões, em esforço de disciplinar os benefícios a serem atribuídos e o processo para a realização de reassentamento de ocupantes irregulares de imóveis, com o objetivo de promover real melhoria das condições de habitação das pessoas afetadas por projetos.

De acordo com as características do projeto, os recursos disponíveis e a especificidade de cada beneficiário, serão dadas três opções de compensação para as famílias afetadas pelo projeto: (i) nova moradia no local, prevista no projeto ou num empreendimento do Minha Casa Minha Vida, (ii) indenização em dinheiro ou (iii) compra de uma nova moradia, preferencialmente próxima ao local em que residia anteriormente à implantação do projeto e em área de boa acessibilidade que não envolva riscos.¹⁴

Entre o período da remoção e o da indenização final ou do reassentamento definitivo, deve ser pago uma quantia a título de aluguel social.¹⁵ Nos casos de pessoas atingidas pelo projeto que residam em ou utilizem imóveis alugados, esse aluguel é dirigido ao locatário original, enquanto o titular do imóvel ou das acessões e benfeitorias recebe a indenização final.

A acessão ou benfeitoria deve ser indenizada conforme valores estipulados em tabela prevista no próprio Decreto.¹⁶ O valor pode ser acrescido em até 80% em razão de sua localização e acesso a serviços públicos, ou reduzido em razão de estado de conservação ou de cálculo de área equivalente de construção. Outras variáveis podem influenciar no valor final, como o uso comercial do imóvel.

As opções oferecidas aos reassentados de diferentes tipos de construções podem incluir: ao proprietário de edificação exclusivamente comercial ou institucional, a oferta de uma nova edificação comercial, indenização ou compra de outra benfeitoria, enquanto, ao proprietário de edificação mista (comercial e residencial), pode ser oferecida nova

¹⁴ Parágrafo 1.2 do Anexo A do Decreto 43.425/2012

¹⁵ Parágrafo 1.2.5 do Anexo A do Decreto 43.415/2012

¹⁶ Parágrafo 1.5 e seguintes do Anexo A do Decreto 43.415/2012

unidade habitacional e espaço para exploração da atividade comercial, se previsto no planejamento da obra.¹⁷

Além disso, esse Decreto tem também uma preocupação marcada com o processo para realocação das populações e reassentamento. Há regras sobre a participação dos assentados no processo de definição do plano de realocação e assentamento.¹⁸

Em suma, a relevância política das desapropriações e desocupações para implantação de projetos de infraestrutura e a necessidade de mitigar e compensar os impactos sociais da implantação de projetos de infraestrutura, especialmente sobre as populações mais vulneráveis, levou ao desenvolvimento no âmbito de vários Estados e Municípios de regras sobre esse tema, apesar da competência legislativa para desapropriações e desocupações (reintegrações de posse) ser da União.

Mesmo Estados, como o Estado de São Paulo, que não desenvolveram parâmetros genéricos para isso — e que têm considerado, em tese, ilegais as decisões judiciais que exigem a realização pela Administração Pública de trabalhos sociais como condição para emissão de ordem judicial necessária ao desimpedimento de áreas para implantação de projetos — na prática, têm cedido e realizado os trabalhos sociais, seja por ação da CDHU — Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano, do Estado de São Paulo, ou pelo órgão responsável pela implantação do respectivo projeto.¹⁹

Portanto, atualmente, mesmo quando a Administração Pública ou suas entidades controladas realizam diretamente as desapropriações e desocupações, elas terminam seguindo muitas vezes parâmetros sociais mais elevados do que os exigidos pela legislação federal. É natural, portanto, que, ao transferir para o concessionário a obrigação de realizar os atos executórios das desapropriações e desocupações, a Administração Pública exija que sejam seguidos pelo menos esses parâmetros.

¹⁷ Parágrafo 1.8 e seguintes do Anexo A do Decreto 43.415/2012

¹⁸ Parágrafo 1.1. do Anexo A do Decreto 43.415/2012

¹⁹ Por exemplo, no projeto da Linha 06 do Metrô, a Companhia do Metrô incluiu como anexo da minuta de contrato de concessão regras específicas para tratamento das populações vulneráveis nos processos de desapropriação e desocupação.

II.3.3. A SENSIBILIDADE FINANCEIRA DO TEMA: DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES COMO ITENS NÃO FINANCIÁVEIS E O IMPACTO DISSO NA MODELAGEM FINANCEIRA DOS PROJETOS

Como já mencionamos acima, as desapropriações e desocupações são atualmente itens não financiáveis dos projetos de infraestrutura no mercado bancário e nas agências de desenvolvimento (incluindo, evidentemente, o BNDES), que são as fontes de recurso atualmente mais utilizadas para financiamento da implantação desses projetos no Brasil.

É de conhecimento comum que as duas principais fontes de recursos para o investimento em concessões e PPPs é o capital próprio (aportado pelos acionistas da concessionária) e o capital de terceiros, constituído de recursos provindos de endividamento da concessionária junto aos financiadores do projeto, que são, geralmente, os bancos comerciais ou agências de fomento. Como o capital de terceiros tem preferência sobre o capital próprio nos pagamentos da concessionária, o risco envolvido em *financiar* é menor que o risco envolvido em *investir* em uma concessionária. Daí que os *financiadores* cobram remuneração pelos recursos que emprestam à concessionária menor do que a remuneração cobrada pelos *investidores*, pelos recursos que aportam na concessionária.

Por essa razão que, quanto maior o montante de capital próprio necessário para implantar um projeto de infraestrutura, maior tende a ser o custo financeiro do projeto; quanto maior, por outro lado, a quantidade de capital de terceiros empregado, menor, em tese, tende a ser o custo do projeto.

Por isso que, como estratégia para minimizar os custos financeiros do projeto e aumentar a rentabilidade sobre o capital próprio investido, os investidores costumam aumentar a alavancagem do projeto até o máximo admitido pelos financiadores, isto é, aumentar a proporção de capital de terceiros, endividando a concessionária até o limite permitido pelos financiadores. Isso beneficia não só o investidor, mas também o usuário e o Poder Público, pois quanto menores forem os custos financeiros estimados do projeto, menor tende a ser a tarifa ao usuário a ser proposta no processo licitatório.

Como os custos com desapropriações e desocupações não são financiáveis, a execução de desapropriações e desocupações tem que ser custeada com capital próprio, que, como já notamos acima, é o capital mais caro, em vista do maior risco do seu investimento na concessionária.

Por isso, a decisão da Administração Pública de transferir para o concessionário os custos da desapropriação e desocupações pode ter impacto financeiro relevante no custo final do serviço ao usuário e/ou ao Poder Público.

Se o custo final das desapropriações e desocupações for relevante *vis-à-vis* o custo total de investimento do projeto, a transferência para o concessionário da obrigação de custear as desapropriações e desocupações impactará de forma relevante a alavancagem do projeto e isso tornará o custo final para o usuário e/ou para o Poder Público sensivelmente mais alto.

Pelas razões acima, nos parece importante que o Poder Público faça ao menos uma reflexão de custo/benefício para a tomada de decisão sobre a transferência do custeio da desapropriação e desocupação para os concessionários.

II.3.4. A RAZÃO CENTRAL POR QUE A OBRIGAÇÃO DE EXECUÇÃO DAS DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES ESTÁ SENDO TRANSFERIDA PARA CONCESSIONÁRIOS: CAPACIDADE DE CUMPRIMENTO DE PRAZOS

Em vista da sensibilidade política e financeira do tema das desapropriações e desocupações, é importante questionar por que o Poder Público tem preferido transferir para concessionários a execução das desapropriações e desocupações?

O temor que os órgãos públicos encarregados das desapropriações e desocupações não consigam disponibilizar os locais para as obras em prazos compatíveis com o cumprimento do cronograma político para início e entrega dessas obras é o que motiva geralmente a transferência

para os concessionários da atribuição de realização das desapropriações e desocupações.

As dificuldades operacionais dos órgãos públicos os tornam pouco aptos a cumprirem os prazos estipulados para a execução de desapropriações e desocupações. Esses prazos são condição para início e, portanto, também, para a entrega de obras. E o início e a entrega das obras de implantação de grandes projetos de infraestrutura têm sempre impacto político relevante.

Portanto, a eficiência operacional do concessionário e a sua suposta capacidade de cumprir os prazos desejados pelo Poder Público para implantação do projeto seria a justificativa central para transferência da obrigação de realizar as desapropriações e desocupações para os concessionários.

Por um lado, é verdade que há custos sociais relevantes em não se ter uma dada infraestrutura disponível em determinado prazo. Dessa perspectiva, faz sentido utilizar-se a capacidade de cumprimento de prazos da iniciativa privada para realização das desapropriações e desocupações.

Por outro lado, como mencionamos acima, e como demonstraremos mais detalhadamente abaixo, há custos adicionais relevantes em se transferir a execução das desapropriações e desocupações para os concessionários, particularmente em um contexto em que eles terminam submetidos a padrões e exigências para a realização das desapropriações e desocupações muito mais altos (Princípios do Equador) do que aqueles em regra utilizados pelo Poder Público.

Daí a necessidade de se realizar, caso a caso, análise de custo/benefício da transferência da responsabilidade de realização das desapropriações e desocupações para o concessionário, a vista das peculiaridades do projeto.

Essa análise de custo/benefício deve considerar no caso concreto as vantagens e desvantagens do emprego dos arranjos de distribuição de riscos que pareçam mais efetivos na obtenção dos objetivos da Administração Pública.

II.3.5. DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS DAS DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES

II.3.5.1. QUAIS SÃO OS PRINCIPAIS RISCOS EM TORNO DAS DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES EM CONCESSÕES E PPPS? ESSES RISCOS SÃO CONTROLÁVEIS PELO CONCESSIONÁRIO?

Da perspectiva dos concessionários, os principais riscos envolvidos na execução das desapropriações e desocupações são:

- (a) a variação do custo das indenizações;
- (b) o atraso na implantação do projeto.

O risco de variação do custo das indenizações é impactado pelo grau de detalhamento dos estudos realizados antes da realização da licitação da concessão. A tendência é que, quanto maior o grau de detalhamento e a qualidade dos estudos, menor será a variação entre o preço estimado antes da licitação e o custeio das indenizações efetivamente pagas e dos outros benefícios necessários à realização de desocupações e desapropriações.

Perceba-se que, mesmo com estudos com alto grau de detalhamento, há sempre algo de imponderável na estimativa do custo das desapropriações e desocupações. Como é comum que entre o término dos estudos técnicos e a assinatura de um contrato de concessão ou PPP haja um interregno de mais que 6 meses, é possível que o mercado imobiliário sofra mudanças relevantes nesse período e que os preços das indenizações variem por essa razão.

Note-se que a definição do valor das indenizações para efeito de desapropriações e desocupações é realizado no Brasil seguindo a NBR nº 14.653/2001, que estabelece a metodologia para avaliação a valores de mercado dos bens a serem expropriados e das benfeitorias a serem indenizadas a ocupantes irregulares de imóveis.

Para realização das avaliações seguindo essa NBR, é necessário levantamento de campo para definir o exato perfil dos bens a serem expropriados e para avaliar as benfeitorias a serem indenizadas. Isso

implica a necessidade de realização de cadastramento detalhado dos imóveis, o que só é possível fazer adentrando-os de modo a identificar claramente o seu perfil, estado e benfeitorias.²⁰

Por essa razão, geralmente esses levantamentos de campo detalhados só são realizados após a emissão do Decreto que declara de utilidade pública a área onde será implantado o projeto.

Note-se que, em tese, seria possível o Poder Público aumentar o grau de detalhamento dos estudos disponibilizados à iniciativa privada quando da licitação de concessão ou PPP. Por exemplo, seria possível à Administração Pública antecipar a emissão do Decreto que declara a área de utilidade pública e realizar antes da licitação esses estudos, de modo que todos os participantes da licitação tenham disponíveis, quando da realização das suas respectivas propostas, estudos detalhados sobre o custo esperado das indenizações e benefícios por desapropriação e desocupação.

Na prática, contudo, uma das razões pelas quais o Poder Público transfere para a iniciativa privada a obrigação de realização das desapropriações e desocupações é evitar a realização direta desses estudos pelo Poder Público e a contratação de consultorias para a realização desses estudos. Por isso, em regra, o Poder Público deixa para emitir o decreto de declaração de utilidade pública após a contratação da concessão, com base nas informações e estudos realizados pelo concessionário.²¹ Há casos, contudo, em que o Poder Público realiza os estudos preliminares à emissão do decreto de declaração de utilidade pública, e publica o edital de concessão ou PPP somente após a emissão do referido decreto.²²

O outro risco envolvido nas desapropriações e desocupações é o de atraso na implantação do projeto. Particularmente, em projetos *green-field*, tal atraso implica em demora no início da percepção das receitas do concessionário e, portanto, em queda na sua rentabilidade.

Esse risco é parcialmente controlável, eis que o prazo para realização dos estudos necessários à declaração de utilidade pública das áreas pode

²⁰ Vide item II.3.6.10 deste artigo sobre metodologia de avaliação de bens.

²¹ Isso tem vantagens em relação a assegurar coerência entre esse decreto e o projeto.

²² Vide o caso da Linha 06 do Metrô de São Paulo, atualmente em licitação.

ser controlado pelo concessionário. Contudo, a emissão em si do Decreto de declaração de utilidade pública e o processamento judicial do pedido de imissão da posse são atos fora do controle do concessionário.

Apenas para resumir o objeto dessa rubrica: os principais riscos envolvidos na transferência das desapropriações e desocupações para o concessionário são os riscos de variação do custo dos benefícios a serem pagos para desocupações e desapropriações e o risco de atraso.

O risco de variação dos custos não é controlável pelo concessionário. Quanto mais detalhados forem os estudos de campo preliminares à licitação, menor tende a ser a variação desse custo em relação ao estimado originalmente. Portanto, esse risco, apesar de não ser controlável pelo concessionário, poderia ser parcialmente mitigado pela realização de estudos detalhados pelo Poder Concedente ou por seus consultores.

O risco de atraso das desapropriações e desocupações é parcialmente controlável pelo concessionário. Ele tem controle sobre a realização dos atos preparatórios para a emissão do Decreto de utilidade pública e sobre os atos preparatórios para o pedido judicial de imissão de posse. O concessionário, contudo, não tem controle sobre o prazo para emissão do decreto pela Administração Pública, nem sobre o prazo para processamento e deferimento da imissão da posse pelo Judiciário.

II.3.5.2. REGRAS PARA DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS E O CUSTO DAS DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES COMO RISCO NÃO CONTROLÁVEL PELO CONCESSIONÁRIO²³

Uma das regras mais elementares sobre a distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP é que não se deve transferir para concessionário riscos sobre os quais ele não tem controle. Isso porque, se o

²³ Nessa rubrica, utilizamos como base para sua redação o texto, com modificações pontuais, constante de Mauricio Portugal Ribeiro, “O risco de variação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido pode ser alocado ao poder concedente em contratos de concessão e ppp”, publicado em versão preliminar no link: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/o-risco-de-variacao-do-imposto-de-renda-e-da-contribuicao-social-sobre-o-lucro-liquido-em-concessoes-e-ppps-publicado>, e cuja versão final consta do item II.1 do presente livro.

concessionário não tem controle sobre um risco que lhe é alocado pelo contrato, provavelmente, por ocasião da sua participação na licitação, ele vai provisionar um valor para lidar com o risco não controlável que lhe foi transferido.²⁴ Se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele.²⁵ Se, contudo, o evento gravoso, não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro, do concessionário.

Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário pagará por ele.

Tabela 1 — Cenários de alocação de riscos de eventos não controláveis pelo concessionário e não seguráveis

Cenários de alocação do risco	Se não ocorre o evento gravoso, quem paga?	Se ocorrer o evento gravoso, quem paga?	Avaliação
Ao Concessionário	Usuário/Poder Público (provisão vira lucro)	Usuário/Poder Público (provisão é utilizada para cobrir evento gravoso)	Menos vantajoso para o Poder Público/Usuário
Ao Poder Concedente	Ninguém paga	Usuário/Poder Público (mediante reequilíbrio do contrato)	Mais vantajoso para o Poder Público/Usuário.

Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajoso para o Poder Concedente e para o usuário, do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois no cenário em que esse

²⁴ Outra forma de lidar com esse problema é exigir uma rentabilidade maior do projeto para compensar essa transferência de risco não controlável.

²⁵ Essa provisão muitas vezes ocorre por meio de exigência de taxa mínima de rentabilidade para entrada no projeto mais alta que a exigida caso o risco que lhe fosse atribuído fosse controlável.

risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra); enquanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando o evento gravoso se materializa.

Portanto, em situações normais, é mais vantajoso que os riscos de eventos não controláveis sejam atribuídos ao Poder Concedente (e não ao concessionário).

Considerando que os riscos de atraso e de variação do custo das indenizações (que são os principais riscos na transferência para a iniciativa privada da atribuição de realizar desocupações e desapropriações) são ambos parcialmente controláveis pelo concessionário, é preciso que os arranjos para distribuição dos riscos sejam complexos o suficiente para transferir para o concessionário apenas os riscos controláveis por ele.

II.3.5.3. TRANSFERÊNCIA DE RISCOS SOBRE OS QUAIS NÃO HÁ INFORMAÇÃO E NÃO HÁ POSSIBILIDADE DE CONTROLE E SELEÇÃO ADVERSA NA LICITAÇÃO

Como o risco de variação do custo de desapropriações e desocupações não é controlável pelo concessionário, e como nem sempre é viável obter informações precisas sobre os custos das indenizações e demais benefícios a serem custeados pelos concessionários nos processos para a realização de desapropriações e desocupações, a transferência pura e simples do risco de variação do custo da desapropriação e desocupação para o concessionário pode criar seleção adversa na licitação — particularmente se, como ocorre frequentemente em projetos de infraestrutura, os custos reais das desapropriações forem superiores aos custos estimados pela Administração Pública. Isso porque, nesse caso, os participantes da licitação que mais investirem em estudar o tema terminarão formulando propostas mais caras e, por isso, pouco competitivas na licitação. Esse problema será mais agudo se o custo das desapropriações e desocupações for relevante em relação aos custos totais de investimento no projeto.

II.3.5.4. COMPARANDO O ARRANJO DE DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS DE DESAPROPRIAÇÃO E DESOCUPAÇÃO TRADICIONAL COM A TRANSFERÊNCIA TOTAL DOS RISCOS DE DESAPROPRIAÇÃO E DESOCUPAÇÃO PARA O CONCESSIONÁRIO

II.3.5.4.1. ARRANJO TRADICIONAL PARA A DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS EM TORNO DA DESAPROPRIAÇÃO E DA DESOCUPAÇÃO EM CONCESSÕES

O arranjo mais utilizado para transferência para concessionários da atribuição de realizar as desapropriações e desocupações é o descrito abaixo.

Note-se que o arranjo descrito abaixo busca transferir para o concessionário apenas os riscos que ele pode controlar, atribuindo os demais riscos para o Poder Público.

Essa é uma diretriz que deveria ser seguida em qualquer arranjo para a distribuição de riscos, pois, como notei com mais vagar no item II.3.5.2 acima, isso contribui para maximização da eficiência do contrato de concessão ou PPP.

- a) Em relação ao risco de variação do custo da desapropriação:
 - i. O edital estabelece valor que o concessionário deverá considerar na sua proposta para a realização das desapropriações e desocupações. Esse valor deve ser estabelecido com base nas estimativas de custo de desapropriação e desocupação realizadas pelo Poder Concedente quando da elaboração dos estudos de viabilidade do projeto.
 - ii. O contrato estabelece que, se os custos de desapropriação e desocupação excederem o valor da verba estipulada no edital, o Poder Público ou reembolsará o concessionário (pagará em dinheiro) ou reequilibrará o contrato de concessão, pelo valor excedente à verba estipulada no contrato.
 - iii. Nesse arranjo, geralmente, não se prevê no contrato a devolução de valores para o Poder Público caso as desapropriações

e desocupações custem menos do que a verba reservada para tanto, nem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Público, caso as desapropriações e desocupações custem menos do que a verba prevista no edital. Por essa razão, a tendência é que o Poder Público estime a verba para desapropriação e desocupação em valor intencionalmente abaixo do que o custo esperado das desapropriações e desocupações. Dessa forma, evita-se a necessidade de prever no contrato a devolução de valores para o Poder Público, ou o reequilíbrio do contrato em favor do Poder Público, caso o concessionário realize a desapropriação ou desocupação por custos mais baixos do que a verba estimada para tanto. Outra forma de lidar com essa questão seria criar uma cláusula que previsse o reembolso ao Poder Público ou reequilíbrio do contrato em favor do Poder Público caso o custo das desapropriações ou desocupações fossem mais baixos do que a verba prevista no contrato.

Uma crítica que já se fez a esse arranjo é que ele não geraria os incentivos para o concessionário buscar reduzir os custos de desapropriação e desocupação, excedentes à verba prevista no contrato, uma vez que qualquer que seja o custo excedente ele será coberto pela Administração Pública. Essa crítica, contudo, não considera as próprias dificuldades de obtenção de reequilíbrio ou reembolso a ser recebido pelo concessionário do Poder Público, que, por si só, já se constituiria em estímulo ao concessionário para buscar manter o custo das desapropriações e desocupações abaixo da verba estimada.²⁶

- b) Em relação ao risco de atraso na desapropriação:
 - i. O contrato transfere o risco de atraso da desapropriação para o concessionário.

²⁶ Discutindo esse tema com Mario Engler Pinto Jr., ele sugeriu alocar uma pequena parcela do custo excedente à verba ao concessionário, de modo que o concessionário tenha incentivo claro para buscar reduzir o custo global da desapropriação.

- ii. O contrato estabelece, contudo, prazo para emissão pelo Poder Concedente do decreto de declaração de utilidade pública, contado da data da entrega da documentação para tanto pelo concessionário ao Poder Concedente.
- iii. Como até o presente a obtenção de decisão judicial de emissão na posse em processo de desapropriação ou de reintegração de posse era algo que ocorria geralmente em, no máximo, 2 meses do pedido, em regra não havia nos contratos proteção contra atrasos na imissão na posse. Contudo, uma vez que tem havido em alguns Estados dificuldade de obtenção da imissão na posse²⁷, parece-nos razoável que se inclua nos contratos de agora em diante disposição que proteja o concessionário contra isso.

II.3.5.4.2. A TRANSFERÊNCIA DO RISCO DE DESAPROPRIAÇÃO E DESOCUPAÇÃO PARA A INICIATIVA PRIVADA EM PROJETOS DE TRANSPORTES: O CASO DA LINHA 06 DO METRÔ DE SÃO PAULO E O CASO DA CONCESSÃO DA FERROVIA ENTRE AÇAILÂNDIA E O PORTO DE VILA DO CONDE

Quando a primeira versão desse estudo circulou em 27/3/2013 para comentários entre alguns especialistas em concessões e PPPs, a minuta de contrato de concessão patrocinada para implantação e operação da Linha 06 do Metrô de São Paulo, publicada originalmente para licitação, transferia para o concessionário a obrigação de realizar os atos executórios das desapropriações e desocupações.²⁸

A referida minuta de contrato praticamente atribuía ao concessionário todos os riscos relativos às desapropriações e às desocupações, com exceção da obrigação de realizar expropriações de imóveis de titularidade de outros entes públicos.

²⁷ Vide o caso das desapropriações do Arco Rodoviário do Rio de Janeiro, onde o Governo do Estado teve dificuldades relevantes de obtenção da imissão na posse, por razões que dificilmente poderiam ser controladas pelo Estado ou por um eventual concessionário.

²⁸ Vide, particularmente, a Cláusula 37.1.

Se fosse mantido esse desenho de distribuição de riscos, supondo que os participantes da licitação são entes racionais, a tendência seria que o Estado de São Paulo e os usuários pagassem mais caro pela implantação e operação desse projeto do que pagariam em um cenário em que a distribuição de riscos fosse feita de maneira a retirar do concessionário os riscos por eventos que não podem ser por ele controlados.

Consignei isso na primeira versão desse estudo.

A minha preocupação em relação a esse arranjo era que ele não fosse copiado por outros projetos de mobilidade urbana em estruturação no país, pois isso implicaria em disseminar o que considero um erro, cujo efeito, como já mencionei, seria encarecer desnecessariamente os projetos para os usuários e o Poder Público.

Contudo, em 29/04/2013, foi republicado o edital de concessão da linha 06 do Metrô de São Paulo e a nova versão da minuta de contrato estabeleceu mecanismo de compartilhamento do risco de alteração nos preços dos imóveis a serem desapropriados para implantação do projeto. Esse mecanismo basicamente implicava em atribuir ao concessionário 10% do risco de variação do custo dos imóveis da seguinte forma:

- se os custos excederem em 10% o previsto originalmente, o concessionário arca com os 10% iniciais de aumento e o Poder Concedente arca com o que exceder a esses 10%;
- se os custos de desapropriação forem menores que o estimado em até 10%, o concessionário se apropria do ganho decorrente disso. Se os custos, contudo, forem menores que 90% do valor estimado da desapropriação, então o Poder Concedente tem direito a recomposição do equilíbrio pelo montante a menor que 90% do custo de desapropriação em relação ao valor estimado originalmente da desapropriação.

Portanto, criou-se um sistema de distribuição de riscos pelo qual o concessionário é responsável pelo risco do custo de desapropriação em uma banda de 10% para cima ou para baixo do valor estimado originalmente do custo das desapropriações.

O contrato, contudo, condiciona a aplicação dessa distribuição de riscos à realização pelo concessionário de todas as desapropriações pela via judicial.

Além disso, a nova minuta de contrato da Linha 06 do Metrô atribui ao Poder Concedente o risco de atraso nas decisões judiciais de imissão da posse que não sejam atribuíveis ao concessionário.

Sem dúvida, a adoção desses mecanismos — o compartilhamento do risco do preço das desapropriações e a transferência para o Poder Concedente do risco de atraso nas decisões judiciais de imissão na posse — é uma evolução em relação ao que estava previsto na primeira versão da minuta de contrato de concessão da Linha 06 do Metrô e contribuirá para reduzir o preço final desse projeto ao usuário e ao Poder Público.

É preciso, entretanto, notar que o sistema de compartilhamento de riscos adotado criou incentivo para que todas as desapropriações sejam realizadas pela via judicial, quando as melhores práticas em relação às desapropriações e desocupações aconselham que o uso de meios litigiosos seja o último recurso.

Em relação ao PIL — Programa de Investimento em Logística, por meio do qual o Governo Federal pretende obter investimentos privados em rodovias (esperava-se, na época de redação da versão originária desse estudo, conceder mais de 6.000 km a iniciativa privada, o que foi realizado ao longo de 2013 e 2014), ferrovias (espera-se implantar em torno de 10.000 km de novos trechos ferroviários), aeroportos etc., expressei minha preocupação sobre as regras de desapropriação e desocupação que foram publicadas na minuta de edital da ferrovia entre Açailândia — Porto Vila do Conde, que foi à consulta pública pela primeira vez no primeiro semestre de 2013.

Note-se que esse era um projeto de ferrovia *greenfield* entre as cidades de Açailândia e o Porto de Vila do Conde, e o modelo de edital e contrato que fosse utilizado para esse trecho em tese seria utilizado também para as próximas ferrovias que o Governo pretende implantar por meio de contratos de concessão.

A minuta de contrato que foi à consulta pública estipula verba para realização das desapropriações e estabelece que, caso o valor das desa-

propriações exceda à verba estipulada, o concessionário arcará com 50% do custo das desapropriações excedente à verba.

Note que, ao contrário da versão final do contrato de concessão da Linha 06 do Metrô de São Paulo, o contrato de concessão da ferrovia Açailândia — Porto Vila do Conde não estabelecia qualquer sistema de compartilhamento de riscos quando os custos da desapropriação fossem mais baixos do que a verba prevista no contrato. Isso criava o incentivo para que o concessionário buscasse reduzir o custo de desapropriação para algo abaixo do valor da verba prevista, pois, caso ele tenha sucesso nisso, ele se apropriará dos ganhos que decorrerem dessa redução do custo de desapropriação.

Contudo, se houver a percepção pelo concessionário de que o valor da verba para desapropriação está subestimada a tal ponto que seja inviável realizar as desapropriações no limite da verba estipulada — como, aliás, é comum acontecer — o concessionário não teria em tese incentivo para buscar minimizar os custos de desapropriação, por saber que a sua ação nesse sentido não será suficiente para trazer tais gastos para um patamar abaixo da verba estipulada no contrato (que é a condição para haja ganhos para o concessionário).

A razão para a atribuição à iniciativa privada de 50% do custo da desapropriação excedente da verba prevista no contrato é o incentivo para o concessionário buscar a redução dos custos da desapropriação. Contudo, em contexto como o nosso em que os proprietários das áreas a serem expropriadas têm direito ao pagamento do valor de mercado das áreas, há limites em quanto o concessionário consegue reduzir o custo das desapropriações. Em outras palavras, ainda que se possa supor que se o concessionário se empenhar ele vai conseguir alguma redução do custo da desapropriação, não me parece razoável achar que ele tenha tal controle sobre o custo das desapropriações que faça sentido ele arcar com 50% do risco desse custo exceder à verba estipulada.

É verdade que, como se tratava de um projeto *greenfield* de ferrovia, talvez o concessionário tivesse alguma flexibilidade de reduzir o custo de desapropriação por meio da alteração do traçado. Mas essa flexibilidade de redução dos custos da desapropriação tinha limites porque em regra

implica em outros custos — por exemplo, o desvio de uma área em que as terras são especialmente caras, ou em que há conurbação implica aumento da extensão do traçado e, por isso, aumento do custo da obra em si.

De qualquer modo — apesar disso ser algo cuja confirmação depende de estudos detalhados — mesmo em caso de projeto de infraestrutura linear *greenfield* (como é uma ferrovia) não me parece que faça sentido que 50% do custo excedente de desapropriação seja atribuído ao concessionário.

Além disso, creio que essa cláusula estava apoiada em uma percepção equivocada sobre os incentivos do concessionário em relação aos valores excedentes à verba prevista para desapropriação. É comum que agentes do Governo tenham a percepção que — uma vez que o concessionário tenha direito ao reequilíbrio por 100% do valor excedente à verba contratualmente prevista para tanto — o concessionário não teria incentivos para reduzir os custos da desapropriação. Essa percepção, contudo, é extremamente equivocada.

Observe-se que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (que é a forma mais comum de compensar o concessionário pelos custos excedentes à verba de desapropriação), na prática, nunca é realizado por pagamento à vista pela Administração Pública ao concessionário dos valores excedentes à verba estipulada. Em regra, a Administração Pública ou dilui o pagamento na tarifa ao longo dos anos, ou aumenta o prazo do contrato, ou reduz ou adia investimentos previstos no contrato. Essas maneiras de reequilibrar o contrato, apesar de serem aptas a compensarem o concessionário economicamente, de modo a manter a rentabilidade do contrato, no curto prazo, significa que o concessionário terá que arcar com um desencaixe no seu fluxo de caixa decorrente do custo excedente ao da verba. Isso, em fase de investimento inicial de uma concessão, só pode ser sanado por aumento do “*equity*”, isto é, da contribuição de capital do acionista — e percebe-se que, como a desapropriação é em regra item não financiável pelos bancos, o concessionário terá dificuldade de usar o mercado bancário para financiar o custo excedente da desapropriação.

A necessidade de obter *equity* para financiar a desapropriação na medida em que seu custo exceder o da verba prevista no contrato é, por si, um grande incentivo para o concessionário buscar reduzir o custo de desapropriação em qualquer cenário.

Geralmente, os trâmites internos em empresas de infraestrutura para aprovação de novo *equity* para lidar com esse tipo de situação são sempre tortuosos, o que é, em si, um desincentivo para os executivos da concessionária pleitearem novo *equity* e um incentivo para executarem as desapropriações com o menor custo possível. Isso porque, mesmo nos casos em que é claro que haverá posteriormente o reequilíbrio econômico do contrato mantendo a rentabilidade do projeto como um todo, a necessidade de usar novo *equity*, causa, por si, um desequilíbrio financeiro nas contas da concessionária e também do seu acionista.

A solicitação de novo *equity* pode ocorrer em momento em que os acionistas da concessionária não têm liquidez e, por isso, precisam recorrer ao mercado financeiro para lidar com esse tipo de situação, fazendo empréstimos corporativos no âmbito da(s) empresa(s) controladoras da concessionária, o que torna esse processo de obtenção de *equity* ainda mais longo e difícil.

Essas considerações são para dizer que o concessionário tem sempre o incentivo para não exceder a verba de desapropriação prevista no contrato, mesmo que a Administração Pública seja responsável (como, aliás, sempre era no passado) por 100% do custo excedente à verba de desapropriação. A premissa, portanto, de que é necessário transferir para o concessionário 50% do custo excedente à verba de desapropriação para que ele tenha incentivo em buscar reduzir o custo de desapropriação é, na minha opinião, equivocada.

Pelas razões acima, eu defendi, em versões anteriores deste estudo, a importância de se modificar os critérios de distribuição do risco relativo ao custo excedente às desapropriações para os novos editais de ferrovias do Governo Federal.

Contudo, no segundo semestre de 2013, o Governo Federal desistiu de iniciar as concessões de ferrovias pela licitação do trecho Açailândia — Porto de Vila Conde em vista do baixo grau de detalhamento dos estudos de engenharia disponíveis. Resolveu a seguir que o trecho piloto do novo programa de concessões de ferrovias seria o Lucas do Rio Verde — Campinorte, cujo edital e contrato foram à consulta pública já com modificação da regra acima comentada.

Até o momento de fechamento do presente livro, a regra constante das versões do contrato de concessão de infraestrutura ferroviária do trecho Lucas do Rio Verde — Campinorte que teve acesso estabeleciam que o concessionário só arcaria com 50% do custo excedente ao preço-teto contratualmente estipulado das desapropriações e desocupações se os custos adicionais fossem consequência do concessionário modificar o traçado para além da faixa de domínio estipulada para efeito de licenciamento ambiental.

Se, contudo, os custos excedentes ocorressem em traçado que respeitasse a faixa de domínio do licenciamento ambiental, então eles seriam integralmente de responsabilidade do Poder Concedente.

A intenção dessa regra é incentivar que o concessionário considere o custo global do empreendimento quando decidir adotar soluções que reduzam o custo de engenharia saindo da faixa de domínio do licenciamento. O temor da ANTT é que o concessionário encontre soluções que, saindo da faixa de domínio, reduzam o custo de construção da ferrovia (que é responsabilidade do concessionário), mas que aumentem de forma substancial o custo de desapropriações e desocupações (que, quando excedentes do teto contratual, são exclusivamente de responsabilidade do Poder Concedente).

II.3.6. OS PRINCÍPIOS DO EQUADOR

A seguir exponho sobre as normas constantes dos Princípios do Equador, com o objetivo de dar ao leitor, ao mesmo tempo, a percepção das suas virtudes e da razão por que a sua aplicação implica custos mais altos e prazos mais extensos para a realização de desapropriações e desocupações.

Como os Princípios do Equador veiculam, sobre vários temas em torno das desocupações e desapropriações, normas genéricas, para tornar a nossa descrição dessas normas mais palpável, utilizamos como referência as regras sobre aquisição de terras e reassentamento redigidas pela JGP Gestão Ambiental para constar como anexo do contrato de concessão do sistema rodoviário da BA-093, do Estado da Bahia, que nos parece uma interpretação adequada e cuidadosa dos Princípios do Equador.

II.3.6.1. ORIGEM DOS PRINCÍPIOS DO EQUADOR

Os Princípios do Equador foram criados em 2003, por meio da adaptação para aplicação a todas às instituições financeiras que viessem a assiná-los das normas seguidas já então há diversos anos pelo IFC — International Finance Corporation, órgão do Sistema Banco Mundial, para avaliação, redução, mitigação e compensação dos impactos ambientais e sociais dos projetos que financia.

O IFC é o órgão do Sistema Banco Mundial voltado para o apoio à iniciativa privada em países em desenvolvimento. Criado em final da década de 1950, sua atuação mais tradicional é como financiador da iniciativa privada (algo assim como um BNDES do Sistema Banco Mundial), mas mais recentemente ele também desenvolve atividades de consultoria.

Foi como parte da sua atividade de financiamento à iniciativa privada em países em desenvolvimento que o IFC desenvolveu as regras sobre avaliação, redução, mitigação e compensação dos impactos ambientais e sociais de projetos implantados por seus clientes.²⁹

II.3.6.2. OS PRINCIPAIS BANCOS REPASSADORES DE RECURSOS DO BNDES SÃO SIGNATÁRIOS DOS PRINCÍPIOS DO EQUADOR

Os principais bancos repassadores de recursos do BNDES são signatários dos Princípios do Equador. Isso significa que, mesmo que o financiamento a um concessionário seja realizado por esses bancos com recursos do BNDES, o concessionário terá que seguir Princípios do Equador.

Conforme quadro abaixo, os seguintes bancos são os principais repassadores de recursos do BNDES: Banco do Brasil, Bradesco, Itaú e Santander. Nos últimos três anos, somados os desembolsos que realizaram, foram responsáveis por, em média, 64% dos financiamentos realizados com recursos do BNDES.

²⁹ A versão oficial da história da criação dos Princípios do Equador está disponível no seguinte link: <http://www.equator-principles.com/index.php/about-ep/about-ep/history-of-the-eps>.

Tabela 2 — Instituições financeiras repassadoras de recursos do BNDES

Banco	2010		2011		2012	
	R\$	% dos empréstimos com recursos do BNDES	R\$	% dos empréstimos com recursos do BNDES	R\$	% dos empréstimos com recursos do BNDES
Financiamento direto do BNDES (sem repassador)	33.928.050.764	38	31.608.706.851	38	29.214.525.083	33
Banco do Brasil	18.203.272.029	19	18.117.100.532	22	24.036.156.522	29
Bradesco	17.339.046.863	18	15.403.743.009	18	12.308.135.758	15
Caixa Econômica Federal	2.528.025.211	3	2.835.181.407	3	3.813.988.930	5
Itaú BBA	7.863.073.492	8	5.924.991.814	7	5.304.469.665	6
Itaú BM	7.823.638.462	8	7.583.574.800	9	6.453.295.515	8
Santander	6.074.593.215	6	2.776.047.518	3	2.951.480.078	4
Total do financiamento por repasse	59.831.649.272	62	52.640.639.080	62	54.867.526.468	67
Total do BNDES somando financiamento direto e repasse	93.759.700.036	100	84.249.345.931	100	84.082.051.551	100

Tabela elaborada por Francisco de Andrade Figueira. Fonte: BNDES

De acordo com a lista de signatários dos Princípios do Equador, disponível na internet³⁰, **todos os bancos referidos na tabela acima são signatários dos Princípios do Equador, com exceção do BNDES.**

II.3.6.3. FOCO E LIMITES DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO EQUADOR

Os Princípios do Equador aplicam-se apenas ao financiamento de projetos na modalidade de *project finance* — isto é, aos casos em que as receitas geradas pelo próprio projeto são a garantia mais relevante do financiador — com custos de investimento iguais ou superiores a U\$ 10 milhões.³¹

Como praticamente todos os projetos de infraestrutura realizados por meio de contratos de concessão ou PPP são financiados pretensamente³² sob a forma de “*project finance*”, os Princípios do Equador aplicam-se praticamente a todos os financiamentos de concessionárias para implantação de infraestruturas que tenham impactos ambientais e sociais relevantes. Por outro lado, os Princípios do Equador não se aplicam a outras formas de financiamento, como, por exemplo, os empréstimos comuns (apenas com garantias corporativas), ou os financiamentos que utilizam o mercado de capitais, como as securitizações de recebíveis, debêntures etc.

Apesar dos Princípios do Equador não se aplicarem retroativamente, eles se aplicam a *project finances* para expansão ou atualização de infraestruturas que criem impactos sociais e ambientais relevantes.

Os Princípios do Equador também se aplicam aos casos em que a instituição financeira realize apenas consultoria para estruturação do *project finance*. Nesse caso, o compromisso da instituição financeira é conscientizar o cliente do conteúdo e benefícios da aplicação dos

³⁰ Cf.: lista dos bancos signatários dos Princípios do Equador: <http://www.equator-principles.com/index.php/members-reporting>.

³¹ Cf.: Princípios do Equador, preâmbulo.

³² Pretensamente porque na grande maioria dos casos, na prática, exigem-se garantias corporativas dos acionistas da concessionária pelo menos até o término do período de obras e início da operação integral do projeto.

Princípios do Equador e solicitar que o cliente comunique à instituição financeira a sua intenção de aderir às exigências dos Princípios do Equador no momento de financiamento do projeto.

Como os Princípios do Equador definiram *project finance* apenas pela sua estrutura (a garantia do financiamento ser sobretudo as receitas a serem geradas pela infraestrutura a ser implantada), algumas questões sobre os limites de aplicabilidade dos Princípios do Equador precisam ser investigadas.

Em primeiro lugar, é preciso saber se os Princípios do Equador se aplicam ao financiamento-ponte para o *project finance*. Uma análise da lógica dos Princípios do Equador nos levaria a dizer que o financiamento-ponte que se destina ao suprimento das necessidades financeiras de uma concessionária até a estruturação de um *project finance* só deveria ser realizado por um banco signatário dos Princípios do Equador mediante compromisso de que o cliente seguirá os Princípios do Equador na estruturação do *project finance*.

Por outro lado, uma interpretação formalista das normas constantes dos Princípios do Equador levaria a não aplicá-los aos financiamentos-ponte. Isso porque os financiamentos-ponte, a rigor, não caracterizam *project finance*, pois são realizados com base em garantias corporativas do empreendedor (e não nas receitas futuras do projeto).

Além disso, é preciso saber se caracteriza *project finance*, para efeito de incidência dos Princípios do Equador, os casos em que, apesar das receitas do próprio projeto serem a garantia principal do financiamento, a fonte do financiamento seja o mercado de capitais (ao invés de bancos comerciais ou agências de desenvolvimento).

Preliminarmente, vale notar que essa é uma situação pouco comum, porque, na minha experiência, muito raramente o mercado de capitais tem apetite para tomar os riscos inerentes a uma estrutura de *project finance*, ao menos no período anterior ao término dos investimentos em implantação, expansão e/ou melhoria de infraestruturas.

As exceções são os raríssimos casos de *project bond*, isto é, títulos de dívida (debêntures) emitidos por uma concessionária cujas receitas

decorrem quase que exclusivamente da exploração do projeto que será construído ou objeto de expansão e/ou melhorias.³³

Poderia haver dúvidas sobre a incidência dos Princípios do Equador sobre a securitização de receitas de pedágio, já em operação de uma concessão de rodovia, com a finalidade de obter recursos para custear a expansão de capacidade da rodovia. A mesma dúvida surgiria no caso de debênture de uma empresa concessionária já em operação, com a finalidade de custear a expansão de capacidade da rodovia, em que, por meio da montagem de uma estrutura complexa envolvendo contas vinculadas, as receitas de pedágio funcionem como instrumento de garantia, ou de pagamento das debêntures.

Parece-me que nesses casos não se aplicaria os Princípios do Equador. É que se trata de financiamentos usando receitas decorrentes de um projeto já implantado, já em operação. Perceba-se que as receitas de pedágio usadas como garantia dos financiamentos mencionados são geradas pela infraestrutura já implantada (e não pela expansão de capacidade a ser implantada). Daí que, rigorosamente, esse financiamento não poderia ser caracterizado como *project finance*, pois as receitas que são usadas em garantia do financiamento não são as a serem geradas pelo projeto (não são as receitas “a performar”, com o perdão do neologismo criado no mercado financeiro), mas sim as que já estão sendo geradas por uma infraestrutura anteriormente implantada (receitas “performadas”).

Por outro lado, no caso excepcional do financiamento ter como fonte o mercado de capitais e as receitas futuras do projeto serem de fato a garantia principal do financiamento, acho que é preciso separar duas situações diferentes. A primeira é a situação em que a instituição financeira signatária dos Princípios do Equador é apenas estruturadora do financiamento. Nesse caso, não parece ser obrigatória a aplicação dos Princípios do Equador. Há apenas a obrigação da instituição financeira informar o cliente sobre os benefícios de aplicação dos Princípios do

³³ Até onde consegui investigar, no setor de infraestrutura, há apenas um caso até aqui no Brasil que é o da concessionária Rota das Bandeiras.

Equador. Contudo, se a instituição financeira garantir a aquisição ou adquirir os títulos ou as quotas do financiamento que estruturar, me parece que, nesse caso, se aplicaria os Princípios do Equador.

II.3.6.4. NATUREZA VOLUNTÁRIA DA ADESÃO E DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO EQUADOR

A adesão pelas instituições financeiras aos Princípios do Equador é voluntária e a sua interpretação e aplicação é realizada por cada instituição financeira signatária, isto é, não há uma autoridade superior à própria instituição financeira que determine como os Princípios do Equador devem ser interpretados e aplicados.

Isso, por um lado, cria flexibilidade para que cada instituição financeira signatária estabeleça e aplique o seu entendimento em torno dos Princípios do Equador. Por outro lado, isso cria espaço para interpretações e aplicações muito diversas, tornando difícil a definição do que seria a interpretação e aplicação, por assim dizer, autêntica.

II.3.6.5. APLICAÇÃO ÀS DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES DE OUTRAS NORMAS EMITIDAS PELO SISTEMA BANCO MUNDIAL POR CONSEQUÊNCIA DA SUA REFERÊNCIA NOS PRINCÍPIOS DO EQUADOR

Os Princípios do Equador determinam que se apliquem outras normas emitidas pelo IFC a situações nele descritas. Por exemplo, para os casos de riscos sociais decorrentes da realocação de populações necessárias à implantação de projetos, os Princípios do Equador exigem a aplicação dos “Padrões de Desempenho” do IFC.³⁴

Os Padrões de Desempenho do IFC, por sua vez, fazem referência a outras normas emitidas pelo próprio IFC ou pelo IBRD — International Bank for Reconstruction and Development (o órgão do Sistema Banco Mundial responsável pelo financiamento de governos soberanos).

³⁴ A referência é feita no Princípio de nº 3, dos Princípios do Equador.

Portanto, a adesão da instituição financeira aos Princípios do Equador implica na prática vinculação a diversas normas emitidas pelo Sistema Banco Mundial sobre avaliação, mitigação e compensação de impactos ambientais e sociais dos projetos financiados.

Nas rubricas a seguir, a expressão “Princípios do Equador” inclui o conjunto de regras que são aplicáveis às desapropriações e desocupações por consequência da sua referência direta ou indireta no texto dos Princípios do Equador. Para os objetivos deste artigo é particularmente importante o Padrão de Desempenho nº 5 do IFC e as suas Notas Explicativas (“Guidance Notes”), que integram os Princípios do Equador.

II.3.6.6. OS PRINCÍPIOS DO EQUADOR E AS DESAPROPRIAÇÕES E DESOCUPAÇÕES CUJOS ATOS EXECUTÓRIOS SÃO REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando os atos executórios das desapropriações e desocupações são realizados pela Administração Pública em projetos cuja implantação é realizada por um ente privado financiado por uma instituição signatária dos Princípios do Equador, o ente privado financiado (por exemplo, uma concessionária do projeto) deve monitorar as atividades de desapropriação e desocupação realizada pelo Governo para garantir que essas atividades não desviem substancialmente do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC (que é o conjunto de regras adotado pelos Princípios do Equador para disciplinar esse assunto).³⁵

Se necessário, o concessionário deve realizar um Plano Complementar de Reassentamento, a ser preparado e executado em paralelo à desapropriação.³⁶

³⁵ Parágrafo 13 do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC. É preciso notar que essa exigência é completamente irrealista. Qual concessionário se atreveria a denunciar atos do Governo contrários aos Princípios do Equador? Notem que o Governo é o principal cliente do concessionário, é aquele a quem o concessionário quer agradar. A única razão que levaria concessionários a fazer denúncia desse tipo seria se ele corresse risco de ser responsabilizado pelas consequências dos atos praticados pela Administração Pública.

³⁶ Parágrafo 30 do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC.

Se o processo de desapropriação já estiver concluído quando os bens forem disponibilizados para o concessionário, em tese ele deveria avaliar a conveniência de realizar Plano Complementar de Reassentamento.

Portanto, uma aplicação rigorosa dos Princípios do Equador aos projetos de concessão comum ou PPP em que a Administração Pública fosse responsável pelas desapropriações e desocupações tornaria necessário que o concessionário avaliasse o cumprimento pela Administração Pública das regras constantes do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC e que, caso houvesse descumprimento substancial dessas regras, o concessionário realizasse ações para aproximar as compensações obtidas pelas pessoas atingidas pelos projetos daquelas a que fariam jus caso fossem aplicados os Princípios do Equador.

Não encontrei, contudo, nenhum caso no Brasil em que bancos signatários dos Princípios do Equador exigissem de seus clientes que fosse realizado monitoramento da atividade de desapropriação e desocupação realizada pela Administração Pública e muito menos casos em que a instituição financeira tenha exigido do concessionário a realização de atividades (por meio de um Plano Complementar de Reassentamento) para aproximar as compensações recebidas pelas pessoas atingidas pelo projeto daquelas que decorrem da aplicação dos Princípios do Equador.

II.3.6.7. OS OBJETIVOS DOS PRINCÍPIOS DO EQUADOR EM RELAÇÃO A DESOCUPAÇÕES E DESAPROPRIAÇÕES

O objetivo central dos Princípios do Equador em relação às desapropriações e desocupações é reduzir, mitigar e compensar os impactos sociais perversos da implantação de projetos de infraestrutura, garantindo que a população atingida pelo projeto não sofra piora nas suas condições de vida³⁷ e que possa desfrutar dos benefícios trazidos pelo projeto.³⁸

³⁷ Parágrafo nº 2 do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC.

³⁸ Parágrafo 9 do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC.

A busca de redução de impacto sobre as condições de vida da população implica compensação pela perda de bens, mas também recomposição dos meios de vida, criando oportunidades de geração de renda e qualidade de vida para a população atingida, pelo menos equivalentes às que existiam antes da implantação do projeto.

Os seguintes princípios se aplicam nas atividades de desapropriação, desocupação e reassentamento de populações quando empregadas as normas dos Princípios do Equador: (a) prevalência da regra mais benéfica para a população afetada, quando houver conflitos entre as regras legais locais e as normas constantes dos Princípios do Equador; (b) Princípio da Isonomia, que deve se manifestar por meio da transparência, clareza e razoabilidade dos critérios de elegibilidade das pessoas a benefícios; (c) garantia de que toda pessoa afetada pelo projeto será informada de maneira oportuna e correta; (d) disponibilização às pessoas afetadas pelo projeto de oportunidades de participar no processo de planejamento, implantação e monitoramento; (e) fornecimento de assistência e suporte às pessoas afetadas pelo projeto durante o período de transição; (f) identificação das pessoas vulneráveis afetadas pelo projeto e fornecimento de assistência especial; (g) prioridade para a aquisição amistosa e negociada dos bens necessários à implantação do projeto, reduzindo ao mínimo possível o uso de meios litigiosos.

Além disso, quando for cabível o benefício do reassentamento das pessoas afetadas pelo projeto, os Princípios do Equador exigem (i) que ele seja realizado sempre em locais com regularidade legal, (ii) que seja disponibilizado auxílio às pessoas afetadas pelo projeto na integração social e econômica nas comunidades anfitriãs, (iii) que seja dada assistência às comunidades anfitriãs quando necessário para prepará-las para o recebimento das pessoas afetadas pelo projeto, e (iv) que o cronograma de implantação do projeto seja compatível com os cronogramas dos reassentamentos.³⁹

³⁹ Princípio nº 5 dos Princípios do Equador.

II.3.6.8. O PROCEDIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DE DESOCUPAÇÕES, DESAPROPRIAÇÕES E REASSENTAMENTOS SEGUINDO PRINCÍPIOS DO EQUADOR

Após a constituição da equipe de planejamento dos reassentamentos, essa equipe deverá obter informações sobre as pessoas atingidas pelo projeto, elaborar os planos de reassentamento, avaliar e definir as medidas a serem adotadas e os benefícios a serem disponibilizados para compensação das pessoas atingidas do projeto, individualizar os benefícios, conceder os benefícios e executar o processo de realocação e assentamento e monitoramento pós-implantação.

A obtenção de informações sobre as pessoas atingidas pelo projeto e avaliação e definição das medidas para reassentamento é realizada por meio:⁴⁰

- a) do cadastramento e avaliação socioeconômica das pessoas atingidas pelo projeto;
- b) da classificação das pessoas conforme categorias, para efeito de definição dos benefícios/compensações que receberão (ver coluna 1, da Tabela 3 abaixo, para a categorização de pessoas atingidas pelo projeto utilizada sob Princípios do Equador);⁴¹
- c) da avaliação da propriedade individual e definição do programa de compensação individual e das medidas para reassentamento (ver a linha 1, da Tabela 3, para a categorização das medidas compensatórias/benefícios geralmente utilizada sob Princípios do Equador).

Com todas essas informações em mãos, a equipe de planejamento elaborará os planos de reassentamento.⁴²

⁴⁰ Parágrafo nº 12 do Padrão de Desempenho nº 5.

⁴¹ Parágrafo nº 17 do Padrão de Desempenho nº 5.

⁴² Parágrafo nº 1 do Padrão de Desempenho nº 5.

É preciso que a equipe de planejamento dê conhecimento às pessoas afetadas pelo projeto do plano de reassentamento, e que sejam dadas oportunidades às pessoas afetadas pelo projeto de se manifestarem sobre o planejamento do reassentamento. Toda manifestação de pessoa afetada pelo projeto deve ser processada e respondida pela concessionária.⁴³

Para facilitar a manifestação das pessoas afetadas pelo projeto e cumprir adequadamente os objetivos dos Princípios do Equador, é necessária a instalação de centros de atendimento, nos quais as reclamações das pessoas afetadas pelo projeto possam ser registradas.⁴⁴ As reclamações apresentadas devem ser processadas estatisticamente, para definição das medidas a serem adotadas para solução dos problemas apontados.

A seguir, o concessionário deve elaborar o Plano de Ação para o Reassentamento, executar o reassentamento e as medidas compensatórias. Após a conclusão das medidas de compensação, é necessária, de acordo com o tamanho do impacto inicialmente estabelecido, a consulta de uma auditoria externa que concluirá sobre a possibilidade de encerrar o processo de monitoramento.

II.3.6.9. DIFERENÇAS DOS BENEFÍCIOS RECEBIDOS POR PESSOAS AFETADAS PELO PROJETO SOB OS PRINCÍPIOS DO EQUADOR E SOB A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Tabela 3⁴⁵ a seguir faz um cruzamento entre as categorias de pessoas afetadas pelo projeto e os benefícios a que elas teriam direito pelos Princípios do Equador e pela legislação brasileira.

Já mencionei acima que, em relação à delimitação das pessoas que têm direito a compensações e benefícios em virtude dos processos de

⁴³ Parágrafo nº 10 do Padrão de Desempenho nº 5.

⁴⁴ Princípio nº 6 dos Princípios do Equador e Parágrafo nº 11 do Padrão de Desempenho nº 5.

⁴⁵ Essa tabela foi inspirada em tabela elaborada pela JGP Consultoria para cruzamento da categorização de pessoas atingidas pelo projeto e de medidas compensatórias decorrentes das regras dos Princípios do Equador para o projeto de concessão da BA 093.

desocupação e desapropriação, a legislação brasileira foca-se nos proprietários de imóveis e benfeitorias.

Tabela 3 — Pessoas atingidas por projetos e benefícios a que têm direito pela Legislação Federal brasileira

PE = Princípios do Equador

LF = Legislação Federal Brasileira (Decreto-Lei nº 3.365/41, Código Civil e Código de Processo Civil)

	Indeniza- ção em dinheiro	Alternati- vas de reassenta- mento residencial	Apoio logístico de mudança	Apoio ao resgate de materiais de construção	Apoio junto a entidades financeiras	Reassenta- mento provisório em casos de conflitos de titularidade ou similares	Programa de Requali- ficação Profissional	Prioridade relocação em “Clusters”	Encaminha- mento de pessoas vulneráveis a instituições de assistência social
Moradores em construções residenciais irregulares	PE	PE	PE	PE	PE				
Moradores em construções residenciais tituladas	LF/PE	PE	PE	PE	PE	LF			
Comerciantes com estabelecimentos comerciais provisórios (sem titulação)	PE		PE	PE				PE	
Comerciantes com estabelecimentos comerciais permanentes (alvenaria) e com titulação	LF/PE	PE	PE	PE				PE	
Proprietários não ocupantes de imóveis e/ ou benfeitorias enquadradas nas categorias acima	LF/PE			PE		LF			

	Indenização em dinheiro	Alternativas de reassentamento residencial	Apoio logístico de mudança	Apoio ao resgate de materiais de construção	Apoio junto a entidades financeiras	Reassentamento provisório em casos de conflitos de titularidade ou similares	Programa de Requalificação Profissional	Prioridade relocação em vulneráveis a “Clusters”	Encaminhamento de pessoas vulneráveis a instituições de assistência social
Proprietário de imóveis regulares com hipoteca ou ônus similar	LF/PE	PE	PE	PE	PE	LF			
Proprietário de imóveis e/ou benfeitorias com titularidade contestada	LF/PE	PE	PE	PE		LF/PE			
Proprietários de terrenos (com ou sem benfeitorias) com titulação	LF/PE			PE		LF			
Inquilinos em imóveis a relocar			PE	PE					
Ocupantes de propriedades com benfeitorias “cedidas” de terceiros		PE	PE	PE				PE	
Funcionários empregados nos estabelecimentos comerciais que venham a ser realocados e que venham a sofrer perda de emprego com a relocação.	PE							PE	

Já os Princípios do Equador utiliza a noção de “pessoas afetadas pelo projeto”, para delimitar qual o conjunto de pessoas a ser objeto de algum tipo de compensação pela implantação do projeto, independentemente dessas pessoas experimentarem ou não a perda da titularidade de bens (expropriações) por consequência da implantação do projeto.

No reassentamento de populações que residem ou que possuem atividade comercial em áreas irregulares (sem titulação ou com titulação incompleta), os Princípios do Equador exigem a oferta de lugares para o reassentamento em áreas regulares e, somente se a pessoa afetada no projeto preferir, a oferta de indenização em dinheiro pelas benfeitorias.^{46, 47}

Note-se que a exigência pelos Princípios do Equador de compensação à pessoa que ocupa irregularmente a área a ser utilizada para implantação do projeto com a entrega de área em situação regular eleva o custo da atividade desocupação para algo semelhante ao custo da atividade de desapropriação, vez que o concessionário terá que custear a aquisição de terra nua, mesmo que a pessoa atingida pelo projeto não tivesse originalmente direitos sobre a terra que ocupa.

Nos casos de áreas com titularidade imperfeita, os Princípios do Equador exigem, mesmo para a imissão provisória na posse pelo concessionário, a indenização prévia, além de assistência a mudança da pessoa afetada pelo projeto e pagamento de aluguel por 6 meses até a solução do problema de titularidade da área. Também em caso de conflitos de titularidade, os Princípios do Equador exigem reassentamento provisório e pagamento de aluguel social.

Quando a desapropriação ou desocupação causar a rescisão de contratos de trabalho, os Princípios do Equador exigem que o concessionário custeie as verbas rescisórias. Além disso, o concessionário deve realizar medidas para a reintegração do empregado demitido no mercado, como, por exemplo, a promoção de cursos e treinamentos para a sua requalificação.⁴⁸

⁴⁶ Notas guia do Padrão de Desempenho nº 5, GN 52.

⁴⁷ Esta informação está prevista nas Notas Guia do Padrão de Desempenho nº 5 dos Princípios do Equador, na GN 51.

⁴⁸ Parágrafos 27 a 20 do Padrão de Desempenho nº 5 e Notas Guia, GN 59.

Os Princípios do Equador exigem que o concessionário disponibilize apoio logístico à mudança e apoio ao resgate de materiais de construção das pessoas afetadas pelo projeto que sofram realocação.⁴⁹ Além disso, quando a propriedade a ser expropriada for financiada e estiver em curso pagamento de empréstimo realizado pelo seu proprietário para aquisição do imóvel, o concessionário deverá dar apoio ao proprietário do imóvel na sua negociação com a instituição financeira.

Por fim, quando se tratar de reassentamento de estabelecimentos comerciais, há prioridade para a sua realocação em “clusters” quando os reassentados manifestarem interesse nessa solução.

II.3.6.10. CRITÉRIOS E METODOLOGIA PARA AVALIAÇÃO DOS BENS EXPROPRIADOS

Os Princípios do Equador exigem que a indenização dos proprietários e dos titulares de benfeitorias seja realizada a valor de mercado acrescido dos custos de transação necessários para aquisição de bens equivalentes.

As normas aplicáveis para avaliação dos bens a valor de mercado são iguais tanto sob a égide da legislação brasileira quanto sob a égide dos Princípios do Equador.

A norma técnica principal no Brasil para avaliação de bens é a NBR 14.653, que se divide em:

- NBR 14.653-1/01 — Avaliação de Bens — Parte 1: Procedimentos.
- NBR 14.653-2/04 — Avaliação de Bens — Parte 2: Imóveis urbanos.
- NBR 14.653-3/04 — Avaliação de Bens — Parte 3: Imóveis rurais.
- NBR 14.653-4/04 — Avaliação de Bens — Parte 4: Empreendimentos.
- NBR 14.653-5/06 — Avaliação de Bens — Parte 5: Máquinas, equipamentos, instalações e bens industriais em geral.
- NBR 14.653-6/08 — Avaliação de Bens — Parte 6: Recursos naturais e ambientais.

⁴⁹ Notas guia do Padrão de Desempenho nº 5, parágrafo GN 44

Essa norma é utilizada para estabelecer os critérios e as metodologias para a avaliação dos bens expropriados.

II.3.6.10.1. AVALIAÇÃO DE TERRA NUA

Apenas para dar ao leitor entendimento do nível de detalhamento dessas normas e uma noção preliminar das metodologias nela definidas, vamos descrever a metodologia de avaliação de terra nua.

A NBR 14.653 estabelece que deva ser utilizado o Método Comparativo Direto de dados de mercado, por meio de investigação científica, utilizando análise estatística por regressão múltipla.

Para isso, o avaliador deve definir zonas de valor homogêneo e definir amostra com elementos diretamente comparáveis aos imóveis a serem cobertos por laudos individuais de avaliação.

Além disso, o avaliador deverá formular lista de variáveis qualitativas contínuas, discretas ou dicotômicas, considerando as variáveis que possivelmente influenciam o estabelecimento do valor de mercado dos imóveis. A seguir, ele deverá selecionar as variáveis que influenciam o valor de mercado.

Após isso, o avaliador deverá fazer um estudo de comportamento da amostra, formulando equações e adotando aquelas que melhor se ajustam à amostra.

Por fim, o avaliador deverá fazer uma análise estatística avançada da amostra (teste de regressão, análise de variância etc.), verificando a correlação, coerência e consistência do modelo desenvolvido para avaliação dos imóveis, ajustando o peso de cada variável, até conseguir um modelo que espelhe com precisão adequada os valores praticados em cada zona homogênea.

II.3.6.10.2. AVALIAÇÃO DE BENFEITORIAS DIVERSAS

No caso de avaliação de acessões e benfeitorias, geralmente é inviável a determinação do valor de venda por meio de regressão estatística, por dificuldade de obtenção de base de dados para comparação de preços.

Por isso, o mais comum é que a avaliação seja feita com base na determinação de custos de reposição, utilizando cotações atuais de materiais, mão de obra, serviços auxiliares, despesas indiretas, admitindo-se a depreciação pelo método do valor decrescente, em função da idade aparente da benfeitoria.

II.3.6.11. DEFINIÇÃO DA INDENIZAÇÃO TRABALHISTA POR PERDA DE EMPREGO DECORRENTE DE REALOCAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Os Princípios do Equador exigem que a concessionária arque com as indenizações trabalhistas referentes à rescisão sem justa causa de contratos de trabalho com prazo indeterminado em razão do deslocamento de atividades econômicas. No Brasil, essa indenização abrange:

- Saldo de salário: total de dias trabalhados desde o último pagamento, calculado de forma proporcional.
- Aviso Prévio: exceto se o empregador informar o funcionário sobre a dispensa com a antecedência de 30 (trinta) dias, o funcionário receberá um salário mensal nominal.
- Férias integrais e/ou férias proporcionais.
- O funcionário tem direito ao pagamento de um salário nominal por ano de trabalho.
- Décimo-terceiro salário.
- FGTS.
- Indenização adicional correspondente a um salário mensal, no caso da dispensa sem justa causa ocorrer no período de 30 dias anteriores ao início da vigência de reajustamento salarial coletivo.

Note-se que a concessionária não está obrigada a se responsabilizar por indenizações em caso de rescisão de situações de emprego sem registro. Contudo, se qualquer direito for formalmente reconhecido ao empregado em razão da rescisão desse vínculo informal, a concessionária deverá arcar com os ônus da rescisão desse vínculo.

II.3.6.12. AS ALTERNATIVAS DE REASSENTAMENTO RESIDENCIAL OFERECIDAS NO CASO DA CONCESSÃO DA BA 093

Quando a pessoa atingida pelo projeto não tiver direito a indenização no valor do terreno no qual reside (por exemplo, por se tratar de imóvel ocupado irregularmente), mas apenas o direito a indenização pelas benfeitorias, o concessionário deverá oferecer à pessoa atingida pelo projeto, além da opção de indenização em dinheiro apenas pelas benfeitorias, alternativas de reassentamento residencial.

A oferta dessas alternativas de reassentamento residencial é condicionada ao compromisso da pessoa atingida pelo projeto de ocupar a residência que lhe for oferecida por 10 anos, em regime de comodato intransferível, antes de receber efetivamente o título de propriedade.

No caso do projeto da BA 093, o próprio contrato de concessão previu no seu anexo sobre aquisição de terras e reassentamento 3 opções de reassentamento residencial que deveriam ser oferecidas pelo concessionário às pessoas atingidas pelo projeto que estivessem nas condições de elegibilidade acima descritas. Essas opções de reassentamento residencial estão previstas na Tabela 4 abaixo.

Tabela 4 — Alternativas de reassentamento residencial para pessoas que não têm direito à indenização pelos terrenos (ocupantes irregulares)

	Dimensão	Descrição	A quem está direcionada?
Alternativa 1	Módulo básico residencial de 28,0 m ² em terreno urbanizado de 125,0 m ² .	O módulo básico residencial será constituído minimamente de quarto, banheiro e cozinha, totalizando 28,0 m ² de área construída em lote urbanizado com cerca de 125,0 m ² .	Solução para grupamentos familiares reduzidos, com até 5 pessoas, e para famílias que privilegiem a expansão do módulo inicial por autoconstrução e que prefiram, portanto, receber um terreno maior.

	Dimensão	Descrição	A quem está direcionada?
Alternativa 2	Módulo básico residencial de 45,0 m ² em terreno urbanizado de 80,0 m ² .	No mínimo, terá que ter sala, 2 quartos, banheiro e cozinha, totalizando 45,0 m ² de área construída em lote urbanizado com cerca de 80 m ² .	Solução direcionada a famílias que prefiram receber um módulo básico residencial maior em detrimento de uma área de terreno menor.
Alternativa 3	Disponibilização de unidades em conjunto habitacional de interesse social.	Não há pré-definição da dimensão no contrato de concessão.	Aplicar-se-ia apenas a pessoas atingidas pelo projeto que não precisem ser realocadas no curto prazo.

A escolha de uma das alternativas acima descritas ou da indenização em dinheiro apenas pelas benfeitorias deverá ser realizada pelas pessoas afetadas pelo projeto no processo de cadastramento socioeconômico.

Em relação à Alternativa 3 (disponibilização de imóvel em conjunto habitacional de interesse social), a concessionária fará pré-avaliação da demanda potencial por conjuntos habitacionais nas regiões de interesse e realizará os atos necessários a incluir as pessoas atingidas pelo projeto interessadas nas listas de beneficiários junto aos órgãos responsáveis pela produção das unidades habitacionais. Se houver custo para inclusão dos interessados nessas listas, ou custos para a aquisição dos imóveis para as pessoas atingidas pelo projeto, esse custo será da concessionária.

É condição prévia à determinação da elegibilidade da pessoa atingida pelo projeto para a Alternativa 3 a verificação dos custos projetados de moradia no conjunto habitacional *vis-à-vis* as condições econômicas para arcar com tais custos.

Para as pessoas atingidas pelo projeto que optem pelas Alternativas 1 e 2 acima mencionadas, o concessionário deverá disponibilizar auxílio jurídico para a formação de cooperativa para autoconstrução por mutirão e assistência técnica para autoconstrução, por meio da disponibilização de profissionais do ramo (arquitetos, engenheiros, mestres de obra etc.).

O concessionário terá que divulgar o valor a preço de custo de cada uma das Alternativas, incluindo custos do terreno, infraestrutura, projetos e aprovação e construção, não podendo acrescentar qualquer sobre-taxa ou valor de remuneração adicional. Em outras palavras, o concessionário não pode lucrar com as obras necessárias à atribuição dos benefícios constantes das Alternativas 1, 2 e 3.

Além disso, se os direitos indenizatórios das pessoas afetadas pelo projeto excederem ao valor a preço de custo da alternativa de reassentamento escolhida pela pessoa atingida, esta terá direito ao recebimento da diferença em dinheiro.

II.3.6.13. DIFICULDADE DE COIBIR ATIVIDADE ESPECULATIVA

Um dos desafios práticos da aplicação dos Princípios do Equador a processos de desocupação e desapropriação é evitar a atividade especulativa que pode surgir de uma eventual divulgação dos benefícios a serem disponibilizados para as pessoas atingidas pelo projeto.

Essa atividade especulativa pode se manifestar por meio, por exemplo, da invasão da área a ser utilizada pelo projeto por populações que não a ocupavam antes de se tornarem públicos os eventuais benefícios a serem atribuídos às pessoas afetadas pelo projeto.

A dificuldade prática principal para evitar especuladores é que a linha de corte entre a população atingida pelo projeto e os eventuais especuladores só pode ser traçada após cadastramento daquelas pessoas.⁵⁰ Mas a própria realização do cadastramento, mesmo quando realizado com cuidados em torno da sua comunicação, muitas vezes, atrai especuladores. Por isso, é de extrema relevância que sempre que possível o Poder Público e seus consultores realize esse cadastramento, por ocasião da realização dos estudos de viabilidade do projeto, de modo a criar linha de corte clara, que minimize as consequências da especulação.

⁵⁰ Parágrafo 12 do Padrão de Desempenho nº5.

II.3.6.14. O ACOMPANHAMENTO MERAMENTE FORMAL DOS PRINCÍPIOS DO EQUADOR PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O FALSO CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS DO EQUADOR

Durante a investigação desse tema, percebemos que alguns bancos comerciais signatários dos Princípios do Equador realizam acompanhamento meramente documental do cumprimento, por parte de seus clientes, das obrigações relativas aos Princípios do Equador.

Chamo de “acompanhamento meramente documental” o acompanhamento despreocupado com o cumprimento substancial dos Princípios do Equador e focado apenas na verificação da produção pelo financiado de documentação comprobatória da realização dos passos formais necessários ao cumprimento dos Princípios do Equador.

Essa forma de acompanhamento dá margem ao falso cumprimento dos Princípios do Equador pelos financiados e, é claro, modifica os custos do concessionário envolvidos nas desapropriações e desocupações que — só supostamente — seguem os Princípios do Equador.

Evidentemente, é difícil recolher informação sobre a ocorrência e sobre o impacto nos custos do concessionário do falso cumprimento dos Princípios do Equador em relação a desapropriações e desocupações.

Também é difícil prever se haverá um fortalecimento seja do regimento em torno da aplicação dos Princípios do Equador seja dos departamentos nos bancos responsáveis pela supervisão do cumprimento desses princípios pelos seus clientes.

II.3.7. À GUIA DE CONCLUSÃO

Ao cabo deste estudo sobre a transferência da obrigação de realização de desapropriações e desocupações por concessionários, vale a pena chamar atenção para o seguinte:

- A sensibilidade política do tema das desapropriações e desocupações é tal que Estados e Municípios estão desenvolvendo regras

para a concessão de benefícios às pessoas atingidas pelos projetos, apesar de, em tese, a competência para emissão de regras sobre ambos os temas ser da União. Essa concessão de benefícios por Estados e Municípios tem sido o instrumento principal de atualização das práticas de entes públicos no Brasil, no que toca a desapropriações e desocupações. Particularmente, essas regras reconhecem direitos e benefícios a populações vulneráveis e a pessoas que ocupam irregularmente áreas a serem utilizadas pelos projetos; direitos e benefícios esses que não seriam reconhecidos em aplicação seca da legislação federal sobre o assunto.

- A sensibilidade política do tema das desapropriações e desocupações também levou órgãos multilaterais e bancos comerciais a torná-las itens não financiáveis dos projetos de infraestrutura. A consequência disso é que desapropriações e desocupações, quando realizadas por concessionário, utilizam sempre recursos providos dos acionistas, que é o recurso mais caro utilizado na implantação de projetos de infraestrutura. Por isso, a depender da dimensão do custo das desocupações e desapropriações *vis-à-vis* o custo total do investimento do projeto, elas podem reduzir a alavancagem do projeto e, assim, ter impacto relevante no preço final do projeto ao usuário e ao Poder Público.
- A razão principal por que a obrigação de realizar desapropriações e desocupações tem sido transferida para concessionários é a eficiência de cumprimento de prazos da iniciativa privada, quando comparada à Administração Pública. À vista, contudo, dos custos adicionais e das dificuldades de realização de desapropriações e desocupações por concessionários, é preciso realizar estudo, ainda que sumário, de custo/benefício da transferência da obrigação de realizar desapropriações e desocupações para concessionários.
- Existem riscos em torno das desapropriações e desocupações que não são controláveis por concessionário, como, por exemplo, o risco de variação do preço de imóveis. Para maximizar a eficiência econômica da contratação e obter a melhor relação custo/benefício para o usuário e para o Poder Público, os contratos de conces-

são e PPP deveriam sempre atribuir ao Poder Público os riscos não controláveis pelo concessionário.

- A realização da licitação sem conhecimento adequado da dimensão dos problemas envolvidos na realização das desapropriações e desocupações para implantação de dado projeto pode levar à seleção adversa na licitação, isto é, o participante da licitação que mais investir em conhecer sobre o tema tenderá a ter proposta menos competitiva.
- Os Princípios do Equador se constituem no parâmetro mais exigente de cumprimento de obrigações sociais e ambientais para países em desenvolvimento. A aplicação dos Princípios do Equador na realização de desapropriações e desocupações no Brasil implica aumento de custo relevante dessas atividades quando comparadas à sua realização seguindo a legislação nacional, e esses custos e prazos dilatados devem ser considerados nos estudos de viabilidade de projetos de infraestrutura realizados pela Administração Pública, quando estiver claro que fatalmente os concessionários terão que seguir Princípios do Equador.
- O fato dos órgãos multilaterais e atualmente praticamente todos os grandes bancos serem signatários dos Princípios do Equador cria necessidade de concessionários seguirem as regras decorrentes dos Princípios do Equador.

Para além das notas acima, o presente artigo buscou fazer uma descrição sumária do procedimento e das compensações e benefícios a serem disponibilizados por concessionários às pessoas atingidas por projetos sob as regras dos Princípios do Equador. Desse modo, evidenciou-se que os custos e o esforço de realização de desapropriações e desocupações por concessionários que tenham que segui-los podem ser substancialmente mais altos que os custos e o esforço para a realização de desapropriações e desocupações seguindo as regras da legislação nacional.

Essas diferenças lamentavelmente não têm sido consideradas no processo decisório sobre a transferência da obrigação de executar as desapropriações e desocupações para concessionários. Tampouco os

custos adicionais de se seguir Princípios do Equador têm sido considerados nos estudos de viabilidade dos projetos de infraestrutura em que se transferem essas obrigações para concessionários.

Parece-nos, contudo, indispensável que os consultores do Poder Público para a modelagem e estruturação de projetos de infraestrutura levantem as informações necessárias para a realização ao menos de uma análise sumária de custo/benefício sobre a transferência para concessionários da obrigação de realizar desocupações e desapropriações, e caso opte-se pela transferência, os estudos de viabilidade devem considerar o custo do concessionário em realizar as desapropriações e desocupações seguindo Princípios do Equador.

II.4.

Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro
Gabriela Engler Pinto

¹ Os autores gostariam de agradecer a Francisco Figueira por ter nos ajudado com a pesquisa sobre o terceiro aeroporto de São Paulo. Eventuais erros e omissões são responsabilidade exclusiva dos autores.

² Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 10/04/2014, no link <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/20140204-riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte-publicado>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

II.4.1. INTRODUÇÃO

Contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária e rodoviária recentemente celebrados pela União alocaram a seus concessionários o risco de ocorrência de eventos que estão sob controle direto ou indireto do Poder Concedente e/ou da agência reguladora.

Por exemplo, a variação da demanda pela implantação de novos aeroportos é risco que foi atribuído aos concessionários pelos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária recentemente licitados.

Dias após o leilão da concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins e meses após a assinatura do contrato de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos, a Presidente da República anunciou a intenção do Governo Federal de implantar o terceiro aeroporto de São Paulo. Tal decisão do Governo Federal configura materialização de evento gravoso relativo a risco que o contrato de concessão aloca ao concessionário.

Essa decisão, se levada a cabo, impactará substancialmente a rentabilidade dos contratos de concessão pelo menos dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e do Galeão, o que pode até mesmo inviabilizá-los, de um ponto de vista econômico-financeiro, considerando, particularmente, as obrigações de pagamento de outorga assumidas nos leilões.³

³ Valor de outorga de R\$ 16,21 bilhões em Guarulhos, com ágio de 373,51%; R\$ 3,82 bilhões em Viracopos, com ágio de 159,75%; e R\$ 19,018 bilhões no Galeão, com ágio de 293%.

Evidentemente que concessionários de aeroportos ou de outras infraestruturas não se deixarão espoliar.⁴ Exigirão compensações e, no limite, usarão o Poder Judiciário para obstar quaisquer condutas oportunistas do Governo tendentes a impactar a rentabilidade de seus investimentos nas concessões.

O mesmo erro de alocar riscos controlados pelo Poder Concedente e/ou agência reguladora ao concessionário ocorreu em outros casos que também analisaremos neste artigo: a atribuição aos concessionários de rodovias federais da variação dos custos do asfalto, que é controlado direta ou indiretamente pela União, por meio da Petrobras; e a atribuição a concessionários, em projetos em que o Poder Concedente é a União, dos riscos relativos à variação do custo e das condições de financiamento disponibilizadas pelos bancos públicos federais, particularmente BNDES — Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, que, como cediço, são controlados pelo Governo Federal.

O presente artigo se destina a mostrar a contrariedade ao interesse público das situações criadas pela alocação ao concessionário de riscos controlados direta ou indiretamente pelo Poder Concedente e/ou pela agência reguladora, como ocorreu nos exemplos citados acima.

A situação criada pela imperícia governamental na alocação de riscos abre espaço para contencioso cujo resultado pode ser inclusive o legítimo não cumprimento pelos concessionários de obrigações importantes dos contratos de concessão, o que poderá penalizar diretamente os usuários do serviço.

Como se verá a seguir, não faltarão fundamentos jurídicos para o concessionário afastar o cumprimento de obrigações contratuais, por

⁴ O Presidente da Concessionária do Aeroporto de Viracopos disse em entrevista ao G1, publicada no dia 10/1/2014: “Fizemos um plano de investimentos e agora lançar um terceiro aeroporto no meio dos dois obviamente é querer gerar confusão”. A notícia menciona que, de acordo com o empresário, há a intenção de discutir o assunto com o Governo Federal, mas este não especificou uma data.

Cf.: Presidente de Viracopos diz que novo aeroporto seria injustiça à concessão. Disponível na internet: < <http://m.g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2014/01/presidente-de-viracopos-diz-que-novo-aeroporto-seria-injustica-concessao.html>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2014.

consequência de decisão do Poder Concedente e/ou agência reguladora espoliativa dos concessionários, após ter-lhes atribuído o risco das consequências de tais decisões.

Por outro lado, como, em contratos relacionais como são os de concessão, o contencioso é sempre pernicioso para todas as partes. Inclusive, para a agência reguladora, há diversas soluções negociais mais eficientes para as partes que o contencioso e que não estão adstritas necessariamente aos cânones republicanos, ou ao âmbito de cada contrato de concessão.

Este artigo terá atingido seu objetivo se servir de alerta aos agentes públicos (técnicos ou políticos) sobre as consequências do erro e da imperícia na alocação de riscos em contratos de longo prazo, como os de concessão e PPP. Em suma, a situação criada por essas alocações incorretas de risco fragilizam os contratos, abrem espaço para contencioso, e, ao final, terminam por prejudicar, sobretudo, o usuário.

Para isso, nas linhas a seguir, primeiro vamos explicar⁵ as regras elementares de distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP, evidenciando, assim, como as cláusulas que pretendemos analisar fogem das melhores práticas de distribuição de riscos e como os participantes da licitação trataram, em regra, essas cláusulas ao longo dos processos licitatórios.

Depois, vamos reproduzir, como exemplo, as cláusulas que atribuem aos concessionários de infraestrutura aeroportuária e rodoviária riscos cuja ocorrência de eventos graves são controlados pelo Poder Concedente e/ou pelas agências reguladoras.

A seguir, vamos evidenciar como o Poder Concedente ou agência reguladora controla direta ou indiretamente, nos casos a serem analisados, a ocorrência do evento gravoso que é risco atribuído ao concessionário e fazer exposição sumária, em cada um dos exemplos citados, sobre eventuais fundamentos jurídicos para os concessionários evitarem as consequências gravosas de eventual decisão espoliativa adotada pelo Poder Concedente e pela agência reguladora.

⁵ Já tratamos desse tema pelo menos nos seguintes trabalhos: RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011; no Capítulo II.1; e, no Capítulo II.3 da presente obra.

Por fim, vamos tecer considerações sobre os efeitos da decisão do Poder Concedente ou agência reguladora de materializar o evento gravoso, a possibilidade de ocorrência de contencioso, fragilização do contrato de concessão e, por fim, a tendência à ocorrência de solução negociada.

II.4.2. COMO DEVERIAM SER DISTRIBUÍDOS RISCOS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP E O QUE ACONTECEU NOS CASOS A SEREM ANALISADOS⁶

Uma das regras mais elementares sobre a distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP é que não se deve transferir para um concessionário riscos sobre os quais ele não tem qualquer controle e, muito menos, riscos que são controlados pela outra parte do contrato. Isso porque, se o concessionário não tem controle nenhum sobre um risco que lhe é alocado pelo contrato, provavelmente, por ocasião da sua participação na licitação, ele vai provisionar, na sua proposta, um valor para lidar com o risco não controlável que lhe foi transferido.

Se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro, do concessionário.

Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele.

Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajosa para o Poder Concedente e para o usuário, do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois, no cenário em que esse risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra), en-

⁶ Os primeiros parágrafos desse item repetem *ipsi literis* a argumentação que realizei no item II.1.2.1 acima.

quanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando e se o evento gravoso se materializar.

Portanto, em situações normais, é mais vantajoso que os riscos de eventos não controláveis e não seguráveis pelo concessionário sejam atribuídos ao Poder Concedente (e não ao concessionário).

Nos casos analisados neste artigo, alocou-se aos concessionários riscos não apenas não controlados pelos concessionários, mas claramente controlados direta ou indiretamente pelo Poder Concedente e/ou pela agência reguladora, subvertendo completamente a lógica da alocação de riscos eficiente em um contrato de longo prazo.

Em pelo menos um dos exemplos a seguir discutidos, os participantes da licitação da concessão perceberam a imperícia na atribuição ao concessionário de riscos controlados pelo Poder Concedente e/ou pela agência reguladora e questionaram isso ao longo do processo de consulta pública da licitação. Nesse caso, a agência reguladora responsável pela licitação confirmou a atribuição ao concessionário do risco controlado pelo Poder Concedente e pela agência reguladora.⁷

Ao longo do processo de elaboração da proposta nos exemplos a seguir citados, cada participante da licitação enfrentou um dilema difícil. Se eles considerassem que o Poder Concedente e/ou a agência reguladora estavam de má-fé e que iriam decidir pela materialização do evento gravoso pouco tempo após o leilão (v.g. criação de terceiro aeroporto de São Paulo), a sua proposta seria elaborada já considerando o

⁷ A exemplo do questionamento nº 407 do Ato de Esclarecimentos referente ao Leilão 01/2013 (Galeão e Cofins): “Tendo em vista que a autorização para implantação de uma nova infraestrutura aeroportuária depende de prévia avaliação e autorização do Poder Público Federal, notadamente do Poder Concedente, portanto, sendo elemento absolutamente fora da atuação ou influência da Concessionária, mas que poderá impactar fortemente sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao atingir diretamente a demanda que referencia a remuneração da Concessionária, tem-se certo que este risco deve ser assumido integralmente pelo Poder Concedente. Confirma este entendimento?”, que foi respondido pela comissão da seguinte maneira: “O entendimento não está correto. A cláusula 5.4.3 do Contrato determina expressamente que é risco da Concessionária: ‘a não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3.’” (Disponível na internet: < http://www2.anac.gov.br/concessoes/arquivos/Ata_de_esclarecimentos.pdf>. Acesso em: 18 de janeiro de 2014, p.125 e 126.)

impacto desse evento gravoso no contrato de concessão sob licitação. O participante da licitação que adotasse essa premissa teria pouquíssimas chances de se sagrar vencedor da licitação.

A outra possibilidade seria supor a boa-fé do Poder Concedente e da agência reguladora não considerar na sua proposta o impacto de novos aeroportos e, assim, ter uma proposta mais competitiva. Essa opção traria, como último recurso, a confiança de que se a má-fé do Poder Concedente e da agência reguladora se manifestasse, então, buscar-se-ia a tutela judicial para se exigir o cumprimento do princípio da boa-fé objetiva, ou como preferem dizer os publicistas, o princípio da proteção à confiança legítima.⁸

Essa escolha dos participantes da licitação, apesar de juridicamente arriscada, trouxe à licitação propostas evidentemente melhores para os usuários e para o Poder Concedente.

II.4.3. A DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS SOBRE A CRIAÇÃO DE NOVOS AEROPORTOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DOS AEROPORTOS DE GUARULHOS, VIRACOPOS E GALEÃO

II.4.3.1. OS CONTRATOS ATRIBUEM CLARAMENTE O RISCO DE VARIAÇÃO DE DEMANDA POR IMPLANTAÇÃO DE NOVO AEROPORTO AO CONCESSIONÁRIO

Os contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos e de Viracopos estabelecem o seguinte:

⁸ “É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a **segurança jurídica** e a **proteção à confiança** se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.” SILVA, Almiro do Couto. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2014, p. 6.

5.3. Observado o disposto no item 5.2, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

[...]

5.3.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.1.3; (grifei)

Por sua vez o item 5.1.3 do contrato estabelece que:

5.1. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

[...]

5.1.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária.

Nos contratos de concessão dos aeroportos do Galeão e Confins, há cláusulas com exatamente o mesmo teor das citadas, todavia, com numeração diferente: estão no item 5.4.3 e no item 5.2.3.

Portanto, os contratos de concessão atribuem aos concessionários o risco de impacto sobre a demanda da criação de novos aeroportos dentro ou fora da área de influência do respectivo aeroporto.

II.4.3.2. O RISCO DE CRIAÇÃO DE NOVO AEROPORTO É CONTROLADO PELA ANAC

Não é difícil demonstrar que a construção e entrada em operação de novos aeroportos depende de decisão da Administração Direta ou Indireta da União, controlada pelo Governo Federal.

A Lei nº 11.182/05 que criou a ANAC — Agência Nacional da Aviação Civil atribui-lhe competência para aprovar e fiscalizar a construção e reforma de aeroportos.

Art. 8º. Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

[...]

XXIV — conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

XXV — estabelecer o regime tarifário da exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

XXVI — homologar, registrar e cadastrar os aeródromos;

[...]

XXVIII — fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego; (Redação dada pela Lei nº 12.462, de 2011)

XXIX — expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos. (grifo nosso)

Aeródromos, conforme artigo 27, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, é toda área destinada a pouso, decolagem e movimentação de aeronaves. Os aeroportos são espécie do gênero aeródromo. Caracterizam-se como aeroportos, conforme o artigo 31, inciso I, da mesma lei, os aeródromos públicos, dotados de instalações e facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas.

Conforme artigo 8º, inciso XXVI, da Lei nº 11.182/05, citado acima, foi atribuída à ANAC a competência para homologar, registrar e cadastrar aeródromos.

Com base nessa competência, a ANAC emitiu a Resolução 158/10, que regulamentou a emissão de autorização prévia para a construção de aeroportos⁹ e seu cadastramento.

⁹ Resolução ANAC nº 158/10, “Art. 2º A construção de áreas destinadas a pouso e decolagem e movimentação de aeronaves e a modificação de suas características dependem de

Portanto, é competência da ANAC a emissão da autorização para construção e abertura ao tráfego de novos aeroportos.

A ANAC, o mesmo ente que formalmente modelou os contratos de concessão e que tomou a decisão de atribuir nesses contratos ao concessionário o risco de variação da demanda, tomará formalmente a decisão de implantar novos aeroportos dentro ou fora da área de influência dos aeroportos já concedidos.

II.4.3.3. A RELEVÂNCIA DA DEMANDA EFETIVA E DAS ESTIMATIVAS DE DEMANDA NAS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS

Nos contratos de concessão de aeroportos, os custos estimados dos investimentos e a demanda estimada¹⁰ foram as variáveis mais importantes para que os potenciais participantes da licitação definissem o valor a ser oferecido na licitação em pagamento da outorga da concessão.

Como o valor da tarifa é fixada, o número de passageiros a utilizar o aeroporto é extremamente importante porque ele define o montante de receitas tarifárias da futura concessionária e, indiretamente, o montante de receitas não tarifárias (decorrentes sobretudo da exploração dos espaços comerciais nos terminais dos aeroportos). Portanto, a demanda pelo aeroporto é central para definição das receitas da concessionária.

autorização prévia da ANAC, exigida como etapa preparatória a seu cadastramento como aeródromo e à respectiva atualização. [...]

§ 2º A autorização de que trata o *caput* deste artigo compreende a construção inicial, bem como toda e qualquer modificação de características físicas de aeródromo existente”.

¹⁰ Conforme informações disponibilizadas no site da ANAC quando da divulgação da minuta do edital de concessão, “O Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim (Galeão) recebe anualmente 17,5 milhões de passageiros e é o segundo mais movimentado do país. A projeção de demanda para o Galeão é de 60 milhões de passageiros/ano em 2038 (fim da concessão). O Aeroporto Internacional Tancredo Neves (Confins), com 10,4 milhões de passageiros por ano, é o quinto mais movimentado do país. A demanda prevista para o Aeroporto de Confins até 2043 (fim da concessão) é de movimentar 43 milhões de passageiros/ano”. (ANAC divulga minuta de edital de concessão de GIG e CNF. Disponível na internet: <http://www.anac.gov.br/Noticia.aspx?ttCD_CHAVE=1007>. Acesso em: 19 de janeiro de 2014).

As outras variáveis fundamentais para o cálculo de quanto uma concessionária pode pagar ao Poder Concedente pela outorga da concessão são os custos dos investimentos e os custos operacionais.

Com essas variáveis, e, considerando o valor mínimo do pagamento pela outorga, o participante da licitação verifica qual a remuneração potencial a ser obtida na exploração do aeroporto. Com esse dado, ele decide qual o montante que ele pode ofertar sob a forma de pagamento adicional ao mínimo pela outorga, e qual o montante ele pretende reter para si, a título de remuneração pelo seu investimento e pelos riscos que correrá.

Note-se que, apesar de, em regra, nos contratos recentes de concessão, as obrigações do concessionário serem definidas como obrigações de desempenho, vinculadas à manutenção de índices de qualidade do serviço, há nesses contratos também diversas obrigações de investimento, isto é, obrigações de realização de obras e aquisição e implantação de equipamentos, cujo cumprimento é exigível pelo Poder Concedente independentemente do seu impacto nos níveis de serviço estipulados no contrato. Por exemplo, a exigência constante do item 8.5.1, do Anexo 2 do Contrato de Concessão, de construção de novas instalações de embarque e desembarque de passageiros, fisicamente conectadas ao Terminal de Passageiros, com pelo menos 26 (vinte e seis) pontes de embarque adicionais e respectivas posições de pátio com área equivalente à adequada para atender aeronaves Código C.¹¹

Observe-se, ademais, que os participantes da licitação dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Galeão contaram certamente com a eventual concorrência entre esses três aeroportos e também com os eventuais tetos de expansão de capacidade que existem nesses aeroportos. Se a demanda por um aeroporto aumenta, mas por imposições da área em que está localizado não há possibilidade de expansão, essa demanda tende a ser atendida por outro aeroporto da região.

¹¹ Item 8.5.1 do Anexo 2 — Plano de Exploração Aeroportuária do Contrato de Concessão do Aeroporto do Galeão.

II.4.3.4. O ANÚNCIO DO TERCEIRO AEROPORTO DE SÃO PAULO

Em 18 de dezembro de 2013, a Presidente da República anunciou publicamente¹² a intenção do Governo de implantar o terceiro aeroporto a servir à Cidade de São Paulo, a se situar no Município de Caieiras.¹³ Isso apenas alguns dias após o leilão de concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins e alguns meses após a assinatura dos contratos de concessão dos Aeroportos de Guarulhos e de Viracopos.

A Presidente não deixou claro quando seria a implantação desse terceiro aeroporto. Apenas esclareceu que está trabalhando para isso e que, em pouco tempo, o Governo anunciaria quando seria a implantação desse novo aeroporto.

II.4.3.5. FUNDAMENTOS PARA O LITÍGIO E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO LITÍGIO PARA OS USUÁRIOS E PARA O PODER CONCEDENTE

Com o anúncio do terceiro aeroporto de São Paulo, desenha-se um cenário, no mínimo, preocupante para execução pelo menos dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária de Guarulhos, Galeão e Viracopos, que são provavelmente os aeroportos concedidos que terão a demanda pelos seus serviços mais impactada pela implantação do novo aeroporto.

¹² “Mesmo antes da entrada em vigor de um texto jurídico normativo, pronunciamentos oficiais podem antecipar o modo como uma norma será empregada pelo Estado. Se essas declarações já foram capazes de frustrar uma expectativa, o princípio da proteção da confiança está autorizado a atuar.” (ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*, Editora Impetus, ano, p. 84)

¹³ Cf., entre outras, as seguintes notícias publicadas na internet: <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-brasil,dilma-diz-que-sao-paulo-tera-terceiro-aeroporto,173357,0.htm>; <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/12/dilma-anuncia-terceiro-aeroporto-na-regiao-metropolitana-de-sao-paulo.html>; <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/dilma-aprova-a-construcao-do-nasp-o-3-aeroporto-de-sp>; <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/governo-vai-autorizar-funcionamento-de-mais-um-aeroporto-em-sp-diz-dilma,922ef13472103410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>; <http://noticias.band.uol.com.br/brasil/noticia/100000652483/prefeito-de-caieiras-e-a-favor-da-construcao-de-aeroporto.html>.

Ao anunciar a implantação do terceiro aeroporto de São Paulo apenas semanas após o leilão do Galeão e poucos meses após a assinatura dos contratos de Guarulhos e Viracopos — se o anúncio realizado pela Presidente for consequente e se traduzir na efetiva implantação do aeroporto — a conduta do Poder Concedente (União) e da ANAC, na nossa opinião, pode, facilmente, ser enquadrada como descumprimento do princípio da proteção à confiança¹⁴ ou da boa-fé objetiva,¹⁵ que, também, na nossa opinião, é perfeitamente aplicável aos contratos administrativos.¹⁶

Nesse contexto, não nos parece difícil obter-se no Judiciário a suspensão pelo concessionário do cumprimento de obrigações contratuais que impliquem em desembolso de recursos relevantes (investimentos e pagamentos pela outorga) que levam em consideração uma projeção de demanda a ser frustrada pela implantação do novo aeroporto.

¹⁴ Já há decisões do STF baseadas no Princípio da Proteção da Confiança, como, entre outros, o julgado cuja ementa é a seguinte: “Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público”. (RTJ 119/1170, Relator: Gilmar Mendes)

¹⁵ “[...] da boa-fé nascem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica, os deveres, anexos, laterais ou instrumentais de consideração com o alter, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual [...]” (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 18 de janeiro 2014).

¹⁶ Destacamos os seguintes trechos que dão a ver que tanto o STF quanto o STJ já deram guarida ao Princípio da Proteção da Confiança e da Boa-Fé Objetiva na sua jurisprudência: “Na realidade, os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público” (STF, AC 3172 MC-AGR / DF, Relator: Celso de Mello, julgamento realizado em 19/2/2013). “Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público.” (STF, MS nº 24.268 — MG, Relator para o acórdão: Gilmar Mendes, julgamento realizado em 5/2/2004. DJU: 17/9/2004). Em consonância com o entendimento exarado pelo STJ, segundo o qual “Os contratos administrativos não estão imunes aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico”. (STJ, RMS 1694/RS, Relator: Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 25/4/1994, p. 9196).

Cultores tradicionais do Direito Administrativo considerariam fato da administração o evento de criação de novo aeroporto na área de influência dos aeroportos concedidos e alegariam que, por se tratar de evento extraordinário,¹⁷ isso daria direito ao concessionário de obter a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, à luz do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93.

Esse tipo de argumento ainda encontra eco no nosso Poder Judiciário, apesar do contrato ser explícito em atribuir o risco ao concessionário.¹⁸ E não nos surpreenderia que por aí os concessionários conseguissem judicialmente a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, eventualmente, a suspensão do cumprimento de obrigações contratuais mais onerosas, enquanto o contrato não for reequilibrado.

Note-se que há outros tantos argumentos que poderiam ser usados pelos concessionários para minorarem as consequências gravosas da perda de demanda, por meio da suspensão de obrigações previstas no contrato. Por exemplo, a depender do impacto do terceiro aeroporto de São Paulo sobre o cumprimento dos contratos de concessão não seria descabido alegar onerosidade excessiva no cumprimento do contrato, e, assim, solicitar a suspensão judicial do cumprimento de obrigações de investimento.

Enfim, a alocação ao concessionário de riscos que são controlados pelo Poder Concedente e pela agência reguladora e ato contínuo a eventual decisão do Poder Concedente de materializar o evento gravoso relativo a esses riscos, impactando substancial e negativamente as condições econômico-financeiras dos contratos de concessão de aeroportos que foram assinados ainda há pouco, pode dar cabida a conten-

¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define álea econômica extraordinária: “[...] a álea econômica consiste em circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 21. ed.. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262)

¹⁸ No nosso entendimento, esse argumento não é cabível porque o próprio texto do art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93, condiciona a sua incidência à ocorrência de álea **extracontratual**. Como, no caso em tela, o contrato atribuiu expressamente ao concessionário o risco de impacto sobre a demanda decorrente da criação de terceiro aeroporto, o nosso entendimento é que, nesse caso, essa é uma questão contratual (e não extracontratual), o que afastaria a incidência do artigo citado da Lei 8.666/93.

cioso que certamente porá em risco o cumprimento dos próprios contratos, com possíveis impactos negativos sobre os usuários do serviço dos aeroportos concedidos.

II.4.3.6. COMO NORMALMENTE SE DISCIPLINA O RISCO DE NOVAS INFRAESTRUTURAS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO?

A forma tradicional de disciplinar o risco de novas infraestruturas é a seguinte: atribui-se a concessionários o risco das infraestruturas já previstas nos instrumentos governamentais de planejamento e ao Poder Concedente o risco de decidir implantar novas infraestruturas, diversas das já previstas nos instrumentos estatais de planejamento.

Mesmo a forma tradicional de alocação desse risco tem defeitos e dificuldades relevantes.

O principal instrumento estatal de planejamento de investimentos é o PPA — Plano Plurianual. Sabe-se, contudo, que o fato de um projeto estar previsto no PPA não significa que ele será realizado em breve; sequer significa que ele será em algum momento realizado.

A forma tradicional de alocação do risco de implantação de novas infraestruturas concorrentes implica em supor que os participantes da licitação estimarão — com base na sua experiência com Governos e no seu conhecimento das dificuldades de implantação de cada um dos projetos previstos no PPA — se esses projetos serão, de fato, implantados e quando eles serão implantados. A atividade de realização dessas estimativas é praticamente uma aposta. Não há um cálculo racional dependente da competência de cada concessionário.

Daí que a nossa opinião é que, mesmo a forma tradicional de alocação de riscos mencionada acima, não é adequada, pois ela transfere para o concessionário riscos que ele não tem como controlar, o que contraria os princípios para a distribuição eficiente de riscos em contratos de concessão, conforme explicamos no item II.4.2 acima.

Isso é prova que temos que progredir das formas mais tradicionais de alocação desse risco, em direção à atribuição ao Poder Concedente nos contratos de concessão do risco de surgimento de novas infraestruturas concorrentes.

Nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária recentemente licitados, contudo, lamentavelmente, evoluímos para o sentido errado.

Em relação ao novo aeroporto de São Paulo, nem o PPA — Plano Plurianual, de 2012, da União, nem o do Estado de São Paulo preveem especificamente a criação de aeroportos. O da União apenas menciona como meta a expansão da oferta de transporte aéreo regular¹⁹ e o do Estado de São Paulo fala em “modernização da infraestrutura aeroportuária” que consiste em “executar obras e serviços de melhorias e segurança nos aeroportos do estado em parcerias com os governos federal (programa federal de auxílios a aeroportos — PROFAA) e municipal (convênios).”²⁰

II.4.4. A ALOCAÇÃO A CONCESSIONÁRIOS DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA DE RISCOS SOBRE O PREÇO DE INSUMOS CONTROLADOS PELA PETROBRÁS

II.4.4.1. AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE ALOCAM OS RISCOS RELATIVOS AOS CUSTOS DAS OBRAS AOS CONCESSIONÁRIOS

Os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária da 3ª Etapa, Fase III, do Governo Federal (também chamados de “contratos de concessão de rodovias do PIL — Programa de Investimento em Logística”), alocam aos concessionários de forma genérica o risco de variação de custos das obras, nos seguintes termos:

¹⁹ “Vale destacar ainda, o papel dos aeroportos de São Paulo — Congonhas e Guarulhos — como principais pontos de origem e destino das rotas de maior densidade de tráfego, bem como o de Brasília para a distribuição de voos entre as Regiões Norte/Nordeste e Sul/Sudeste. Por isso, um dos principais eixos do Programa é a expansão da oferta de transporte aéreo regular (incorporação de novos aeroportos e novas rotas) — ampliar para 150 o número de aeroportos atendidos por transporte aéreo regular de passageiros e cargas [...]” (Plano Plurianual 2012, Políticas de infraestrutura, p. 199 e 200. Disponível na internet: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/PPA/2012/mp_005_dimensao_tatico_infra.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2014)

²⁰ Plano Plurianual 2012 de São Paulo, Vol. II. Programa 1607, Modernização da infraestrutura aeroportuária, p.78. Disponível na internet: <http://www.ppa.sp.gov.br/arquivos/legislacao/PPA_2012_2015_vol_II.pdf>

21.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

21.1.6. custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo;

21.1.7. custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais de todas as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço.

A cláusula 21.2 citada no dispositivo acima é a que estabelece explicitamente os riscos alocados ao Poder Concedente.

Na cláusula transcrita acima, o risco de variação do custo da obra é alocado genericamente ao concessionário. Não há especificação sobre o risco de variação do custo dos insumos das obras.

II.4.4.2. O IMPACTO DE EVENTUAL VARIAÇÃO DO CUSTO DO ASFALTO

Todo concessionário de rodovias contrata com construtoras a realização de obras de engenharia de implantação de rodovias novas (*greenfield*) ou de restauração das faixas de rodovias existentes ou expansão de sua capacidade (*brownfield*). Por isso, ao tratarmos do custo do asfalto há uma diferença relevante entre o impacto do custo do asfalto para o construtor e para o concessionário.

Estima-se que o preço do asfalto é responsável por em média 40% a 50% do custo direto das obras para o construtor no caso da implantação de rodovias novas e em torno de 70% do custo das obras para o construtor no caso de reabilitação de rodovias existentes.²¹

Para o concessionário da rodovia, 10% do preço do EPC (sigla em inglês, representativa do contrato de empreitada integral por preço global contratado pelo concessionário para a implantação das obras da concessão) está relacionado ao custo de ligantes betuminosos, e de 10% a 15%

²¹ Dados obtidos por estimativa em entrevista com técnicos de construtoras.

do preço do EPC a outros insumos para a pavimentação asfáltica. Portanto, em torno de 20% a 25% do custo total da obra e serviços de engenharia para o concessionário está relacionado ao preço do asfalto.

Isso significa que, em uma concessão de rodovia, variações relevantes no custo do asfalto que não possam ser repassados para os usuários ou para o Poder Concedente podem significar a diferença entre uma concessão lucrativa e a quebra do concessionário.

II.4.4.3. A PETROBRÁS CONTROLA NO MERCADO INTERNO O CUSTO DO PRINCIPAL INSUMO DO ASFALTO

O preço do asfalto está diretamente relacionado ao preço do petróleo, pois em torno de 90% do custo de produção do asfalto²² é, direta ou indiretamente, a aquisição e processamento do petróleo.²³

Já há vários anos a Petrobras vem mantendo o preço do asfalto artificialmente baixo apesar da subida nos últimos anos no preço dos seus insumos, particularmente o petróleo, no mercado internacional.

Há no Brasil atualmente para o mercado de concessões de rodovias dois fornecedores principais de asfalto: a Petrobras e a Greca Asfaltos. A Greca compra da Petrobrás os insumos derivados do petróleo para a confecção da mistura asfáltica. O aumento dos preços dos insumos do asfalto pela Petrobras levaria necessariamente a Greca a, em pouco tempo, ajustar também os seus preços.

II.4.4.4. O AUMENTO DO CUSTO DO ASFALTO POR DECISÃO DA PETROBRÁS IMPACTARIA MAIS DIRETAMENTE OS NOVOS CONCESSIONÁRIOS

Se a Petrobras resolvesse ajustar o preço do asfalto para alinhá-lo com preços internacionais e se a ANTT entendesse que as cláusulas dos contratos de concessão atribuem o risco de variação dos custos de asfalto aos concessionários, isso, sem dúvida, espoliaria os concessionários.

²² Essa estimativa considera apenas a produção, sem incluir o custo da logística.

²³ O asfalto é formado de produtos que são refugo do processo de refino do petróleo.

Descabe — após todos esses anos de controle de preços dos combustíveis por decisão do controlador da Petrobras para minorar seu impacto na inflação e da consequente depredação do valor da companhia e espoliação dos acionistas minoritários — imaginar que as regras atuais do mercado de capitais brasileiro e o funcionamento da entidade que fiscaliza a sua aplicação (a CVM — Comissão de Valores Mobiliários) se constituam em limites à fixação pela União, à sua vontade, via Petrobras, dos preços dos derivados do petróleo no mercado interno.²⁴

Note-se que, apesar de eventual aumento do custo do asfalto afetar todos os concessionários de rodovias, esse aumento tende a ser especialmente nefasto para os concessionários dos contratos recentemente firmados, aqueles da 3ª Etapa, Fase III, das concessões de rodovias federais.

É que, nos contratos de concessão de rodovias há geralmente, nos primeiros anos do contrato, grande concentração do investimento do concessionário em expansão de capacidade das rodovias e em melhoria da qualidade dos pavimentos. Portanto, os contratos recentemente celebrados, nos quais os concessionários não fizeram ainda os grandes investimentos iniciais serão os mais impactados pelo eventual aumento do preço do asfalto ou dos seus insumos.

II.4.4.5. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA VARIAÇÃO DO CUSTO DO ASFALTO QUE IMPACTE DE FORMA RELEVANTE E NEGATIVAMENTE A RENTABILIDADE DO CONCESSIONÁRIO

Como o contrato de concessão não é expresso em relação à atribuição à concessionária do risco de variação dos insumos, e como a variação do custo do asfalto está sob o controle do Poder Concedente, uma das possibilidades seria classificar a alteração do custo do asfalto como fato

²⁴ A CVM escuda a sua atuação na possibilidade do acionista controlador poder voltar a sua atuação para atendimento do interesse público, conforme artigo 238, da Lei das Sociedades Anônimas.

da administração, pois, neste caso, seria viável caracterizar esse risco como evento extraordinário e extracontratual (eis que não houve atribuição explícita desse risco ao concessionário), com base no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93.

O sucesso desse pleito implicaria em atribuir ao concessionário o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em virtude da variação do custo do asfalto, e poderia ser combinado com o pedido de suspensão do cumprimento pelo concessionário de quaisquer necessidades de investimento exigidas pelo contrato, até que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro seja realizada.

Essa linha de enquadramento enfrentaria as seguintes dificuldades: (a) alguns poderiam ver, na linguagem genérica constante dos itens 21.1.6 e 21.1.7 dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária acima citados, a atribuição ao concessionário do risco de variação do custo do asfalto, o que afastaria em princípio a “extracontratualidade” ensejadora da aplicação do art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93;²⁵ (b) de uma forma mais geral, é possível que haja questionamento sobre a aplicação subsidiária do art. 65, inc. II, alínea “d”, por se entender que ele estabelece regras para distribuição de riscos incompatível com contratos de concessão e PPP e que, por essa razão, ele estaria afastado pelas disposições da Lei 8.987/95, que mandam aplicar as disposições da legislação geral sobre contratos administrativos apenas no que couber (arts.1º e 14, da Lei 8.987/95).

Isso apesar da tendência comum na Administração Pública e no Judiciário de entender que a Lei 8.666/93 se aplica integralmente aos contratos de concessão, tendência essa que é decorrência da própria dificuldade de juízes, gestores públicos e procuradores dos órgãos estatais de entenderem as diferenças econômicas entre as concessões e os contratos administrativos em geral regidos pela Lei 8.666/93.

Outra linha de enquadramento possível seria o questionamento da aplicabilidade da cláusula atributiva do risco de variação do asfalto por

²⁵ Apesar da doutrina tradicional do direito administrativo e da jurisprudência não dar a devida importância a isso, a alínea “d”, do inciso II, do artigo 65, da Lei 8.666/93 estabelece expressamente que sua aplicação depende da ocorrência de “área extraordinária e extracontratual”.

descumprimento do princípio da proteção à confiança ou da boa-fé objetiva, consubstanciado na decisão do Poder Concedente de dar materialidade ao evento gravoso relativo ao risco após alocá-lo aos concessionários, em contratos que preveem investimentos extremamente relevantes em aumento de capacidade das rodovias, em alguns casos inclusive desvinculados das necessidades de tráfego do momento em que se exige o investimento em expansão de capacidade. Nesse caso, o pleito mais provável seria de suspensão pelo concessionário de obrigações de realizar investimentos até que seja ajustada alguma forma de recomposição do equilíbrio entre as prestações das partes.

A depender do impacto da mudança do preço do asfalto em cada contrato de concessão, eventualmente, a alegação de violação do princípio da proteção à confiança ou da boa-fé objetiva pode ser combinada com a alegação de onerosidade excessiva no cumprimento das obrigações contratuais, em virtude de evento causado por decisão do próprio Poder Concedente.

II.4.5. A VARIAÇÃO DO CUSTO DE FINANCIAMENTO EM RELAÇÃO ÀS CONDIÇÕES DISPONIBILIZADAS PELOS BANCOS PÚBLICOS PARA O PROJETO ANTES DA LICITAÇÃO²⁶

Os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária do PIL alocaram aos concessionários o risco de obtenção do financiamento e de variação dos seus custos.

Seguindo determinação do Governo Federal, o BNDES, Caixa e BB (“Bancos Públicos”) publicaram em conjunto carta (“Carta de Financiamento”) anunciando as condições de financiamento que pretendiam disponibilizar para esses projetos, antes da publicação dos editais de

²⁶ Queremos agradecer a Paulo Meira Lins, com quem comentamos sobre o conteúdo da presente nota, após a sua primeira versão estar redigida. Em conversa informal sobre o tema, ele percebeu que o risco de financiamento de infraestruturas é um exemplo de risco atribuído a uma das partes, mas sob controle da outra parte. Isso nos levou a elaborar o presente item 5 dessa nota.

licitação.²⁷ A Carta de Financiamento foi publicada pela ANTT juntamente com todo o material e documentação relativa às concessões de rodovias do PIL, antes da publicação dos editais de concessão.

Essas condições de financiamento subsidiadas foram consideradas pelos participantes da licitação quando formularam as suas propostas nas licitações. E qualquer participante da licitação que não utilizasse essas condições subsidiadas de financiamento dificilmente teria qualquer chance de vencer a licitação.

Os contratos dos financiamentos de longo prazo das concessões dessas rodovias aparentemente não foram assinados (com exceção do Consórcio Planalto), mas os contratos de concessão já o foram, com exceção do da BR-153.

Imagine-se agora que, por qualquer motivo, os Bancos Públicos modifiquem as condições para financiamento das concessões, após a assinatura dos contratos de concessão, mas antes do fechamento dos contratos de financiamento de longo prazo dessas concessões.

Essa decisão dos Bancos Públicos (que, enfatize-se, são controlados, como mencionado acima, pelo Governo Federal) configuraria materialização de evento gravoso relativo a risco atribuído pelos contratos de concessão aos concessionários.

Essa decisão teria claro efeito espoliativo sobre os concessionários que não teriam outras opções de financiamento com preços comparáveis no mercado e que estando com os preços das tarifas já definidas nos seus contratos de concessão, não teriam outra escolha senão aceitar o novo custo de financiamento estipulado pelos Bancos Públicos, reduzindo, assim, a rentabilidade do seu investimento na concessão.

Note-se que, em condições normais do mercado de crédito privado, as concessões das rodovias mencionadas não seriam viáveis com as tarifas-teto que foram estabelecidas para as licitações. Se fossem mantidas

²⁷ A rigor, pode-se dizer que as concessões de rodovias federais da 3ª Etapa, Fase III, são PPPs em que o subsídio público se faz por meio do financiamento subsidiado e da atribuição ao DNIT — Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes da responsabilidade pela execução de obras relevantes na rodovia concedida e concomitantemente ao período de concessão. A realização desses projetos como PPPs explicitaria os custos fiscais envolvidos na sua realização, em vista das exigências previstas, entre outros, no artigo 10, da Lei 11.079/04.

as tarifas-teto, mas fosse deixado claro para os concessionários que eles teriam que se financiar em condições de mercado, as licitações certamente teriam dado vazias.

Só foi possível ampla participação na licitação porque os participantes da licitação confiaram que os Bancos Públicos de fato disponibilizariam financiamento subsidiado nas condições que divulgaram antes das licitações.

A mudança nas condições de financiamento pelos Bancos Públicos — que como é cediço são controlados pelo Poder Concedente das concessões de infraestrutura rodoviária — sem dúvida espoliaria os concessionários, que teriam rentabilidade menor do que a esperada por mera decisão do Governo Federal.

II.4.5.1. AS CLÁUSULAS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRA-ESTRUTURA RODOVIÁRIA QUE ATRIBUEM O RISCO DE VARIAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE FINANCIAMENTO AO CONCESSIONÁRIO

Os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT estabelecem, na sua cláusula de distribuição de riscos, o seguinte:

21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

21.1.13 aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros.

Esse dispositivo transfere para o concessionário o risco de aumento do custo de capital. Como o dispositivo citado acima não especifica que a referência a “custo de capital” abrange não apenas o custo de capital próprio, mas também o custo de capital de terceiros (custo de financiamento), apenas para os efeitos desse artigo, vamos supor que o risco

transferido para o concessionário nesses contratos é o de aumento do custo de capital tanto próprio quanto o de terceiros.

E, a seguir, a cláusula sobre financiamentos, dos mesmos contratos de concessão, estabelece o seguinte:

26.1 A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato.

Portanto, em vista das cláusulas citadas acima, vamos considerar para os efeitos deste trabalho que os contratos atribuem aos concessionários tanto o risco de obtenção do financiamento, quanto o risco de variação dos custos do financiamento.²⁸

II.4.5.2. COMPARANDO AS CONDIÇÕES DE FINANCIAMENTO DISPONIBILIZADAS PARA O PIL E AS CONDIÇÕES ORDINÁRIAS DE FINANCIAMENTO DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA PELO BNDES

Abaixo, comparamos as condições de financiamento disponibilizadas pelos Bancos Públicos para o PIL para concessões de infraestrutura rodoviária e as condições ordinárias do FINEM — Financiamento a Empreendimentos, que é o programa tradicional do BNDES para financiamento dos setores de infraestrutura.

O modelo de financiamento adotado para o PIL é muito semelhante ao que o BNDES utiliza para o FINEM.

No FINEM, as taxas de juros dos empréstimos do BNDES geralmente são compostas da seguinte forma:

- a) No caso de apoio direto — isso é no caso em que o BNDES empresta diretamente ao empreendedor: a taxa de juros é com-

²⁸ Não há, contudo, nos contratos nenhuma menção expressa ao risco de variação das condições de financiamento, por exemplo, o prazo.

posta do *Custo Financeiro* somado à *Remuneração Básica do BNDES* e somada à *Taxa de Risco de Crédito*.

- b) No caso de apoio indireto (operação de repasse) — o BNDES repassa os recursos para bancos públicos ou privados que, por sua vez, emprestam esses recursos aos empreendedores: a taxa de juros é composta do *Custo Financeiro* somado à *Remuneração Básica do BNDES* somado à *Taxa de Intermediação Financeira* e somada à *Remuneração da Instituição Financeira Credenciada*.

Note-se que, no caso de operação de repasse, o BNDES provê fundos subsidiados aos bancos repassadores, e assume o risco de crédito apenas desses bancos. Os bancos credenciados, por sua vez, recebem os recursos do BNDES e os repassam para os empreendedores, assumindo o risco dos empreendedores e dos projetos.

Comparação das condições de financiamento FINEM com PIL

	FINEM	PIL1	O que é mais vantajoso para o concessionário?
Custo financeiro	70% TJLP e 30% TJ-462 (que é igual a TJLP + 1,0% a.a.)	100% TJLP	PIL
Remuneração básica do Banco Público	1,3% a.a.	2% a.a.. Em tese, estaria contido nesse valor a remuneração básica do Banco Público, a taxa de risco de crédito, a taxa de	PIL
Taxa de risco de crédito	4,18% a.a., conforme o risco de crédito do cliente.	intermediação financeira e a remuneração da instituição financeira credenciada.	
Taxa de Intermediação Financeira	0,1% a.a. para micro, pequenas e médias empresas e 0,5% a.a. para as média-grandes e grandes empresas.		
Remuneração da instituição financeira credenciada	Estipulada entre a instituição financeira credenciada e o cliente.		

	FINEM	PIL1	O que é mais vantajoso para o concessionário?
Alavancagem	Por regra 60% dos itens financiáveis. Pode ser estendida até 90% dos itens financiáveis. Em rodovias, o normal é 70%. Apesar de isso não estar expresso nas condições públicas, o índice de cobertura do serviço da dívida igual ou maior que 1,2 ou 1,3 a depender do projeto.	Até 70% dos itens ordinariamente financiáveis pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil, observado o índice de cobertura do serviço da dívida maior ou igual a 1,2.	Condições semelhantes
Prazo	Para rodovias, normalmente, 20 anos, com 5 anos de carência e 15 de amortização.	25 anos, com 5 anos de carência e 20 anos de amortização.	PIL

Observe-se que, para os projetos do PIL, não estão claras as condições em que os bancos privados participariam dos financiamentos, apesar de ter ficado claro que a intenção é trazer bancos privados para atuarem por meio do sistema de repasses.

Na nossa avaliação, contudo, se o Governo de fato cumprir o custo limite do financiamento previsto na carta mencionada acima, não será viável a participação de bancos privados, pois ao custo de TJLP mais 2% a.a., não nos parece possível atrair bancos privados para realizarem operações de repasse. A consequência disso é que todo o financiamento será provavelmente realizado por meio de operações diretas dos bancos públicos com os empreendedores.

Propositalmente, estamos deixando de fora da comparação entre FINEM e PIL as condições do empréstimo-ponte, porque, tradicionalmente, os Bancos Públicos não faziam empréstimos-ponte para os setores de infraestrutura de transportes. Os financiamentos de infraestrutura de transportes com recursos subsidiados eram realizados exclusivamente pelo BNDES, que se focava apenas nos empréstimos

de longo prazo. A partir da crise financeira de 2008, o BNDES passou a fazer empréstimos-ponte, além dos financiamentos de longo prazo.

Não incluímos também na tabela acima as condições relativas às garantias do financiamento. O tradicional é que, no período pré-operacional, os Bancos Públicos exijam garantias corporativas dos acionistas das concessionárias e que essas garantias só sejam parcialmente liberadas após o, assim chamado, “*completion* financeiro” do projeto, que ocorre em regra de 1 a 2 anos após a entrega das obras principais, quando a geração de caixa atinge índices financeiros pré-estabelecidos. Contudo, os massivos montantes de investimentos previstos no PIL e o nível de endividamento dos investidores tradicionais em infraestrutura no Brasil inviabilizariam que fossem exigidas garantias corporativas mesmo no período pré-operacional. Por essa razão, para o PIL, em regime de melhores esforços, os bancos públicos se comprometeram a, sempre que possível, preferir no período pré-operacional outras garantias (ESA — *Equity Support Agreement*, com limite de 20% do investimento total estimado para cobertura de sobrecustos de obra, seguro-garantia de cumprimento de contrato, entre outros) em lugar das garantias corporativas (fiança-bancária ou aval corporativo). Isso significa que os Bancos Públicos se comprometeram a, em regime de melhores esforços, utilizar, para os financiamentos de concessões de rodovias do PIL, a estrutura de *Project Finance Limited Recourse*, na qual os bancos recebem como garantia do financiamento, mesmo no período pré-operacional, garantias não corporativas.²⁹

Por fim, enfatize-se que as condições de financiamento do PIL são muito melhores, muito mais subsidiadas que as do FINEM. E que tanto as condições do PIL quanto do FINEM estão extremamente distantes de condições de financiamento do mercado bancário privado.

²⁹ Geralmente, os bancos privados, quando utilizam a modalidade de financiamento de Project Finance Limited Recourse cobram taxas de juros mais altas do que quando recebem garantias corporativas. Isso porque eles avaliam que a limitação no uso de garantias corporativas, em regra, aumenta o risco do projeto para o financiador. Isso reforça a nossa percepção, já anunciada acima, de que não será viável a participação de bancos privados no financiamento dos projetos de rodovias do PIL nas condições de preço e prazo anunciadas pelo Governo, nem mesmo no sistema de repasses de recursos.

II.4.5.3. O QUE ACONTECERIA SE O GOVERNO FEDERAL RESOLVE-SE, POR QUALQUER MOTIVO, NÃO DISPONIBILIZAR CONDIÇÕES DE FINANCIAMENTO SUBSIDIADAS CONFORME PROMETIDO?

Como já mencionamos acima, os participantes das licitações consideraram, para efeito de formulação das suas respectivas propostas, os custos de financiamento anunciados pelos Bancos Públicos na Carta de Financiamento.

Se o Governo Federal decidisse, por qualquer motivo, quebrar a promessa representada pela Carta de Financiamento — essa seria uma decisão tão relevante que não acreditamos que os Bancos Públicos a tomariam sem autorização para tanto do Ministério da Fazenda ou da Presidência da República — e estabelecer, após a assinatura dos contratos de concessão, ao longo da discussão do financiamento de longo prazo, condições de financiamento piores que aquelas prometidas na Carta de Financiamento, como (a) o impacto disso nas concessões seria extremamente relevante (o financiamento abaixo dos padrões tradicionais do BNDES foi uma das principais formas de subsidiar as tarifas ao usuário a serem cobradas nesses projetos) e (b) como os concessionários não encontrariam no mercado condições de financiamento semelhantes àquelas prometidas na Carta de Financiamento, não restaria aos concessionários outra opção a não ser buscar judicialmente a suspensão da exigibilidade das suas obrigações principais dos contratos de concessão até que os Bancos Públicos cumprissem as condições previstas na Carta de Financiamento.

E, como já mencionamos acima, nos itens II.4.3.5 e II.4.4.5 deste trabalho, não faltariam fundamentos jurídicos para a obtenção pelo concessionário de decisão judicial que suspenda o cumprimento de suas obrigações no contrato de concessão. Isso, como já apontamos acima, teria diversas consequências perniciosas para a concessão: fragilização do contrato, contencioso e espaço para soluções negociadas (não necessariamente republicanas).

II.4.6. SOLUÇÃO NEGOCIADA NOS CASOS EM QUE O PODER CONCEDENTE DECIDA MATERIALIZAR EVENTOS GRAVOSOS

Contratos de concessão são contratos relacionais, que dependem de cooperação entre as partes para lidar com a complexidade e as vicissitudes envolvidas na prestação dos serviços.

Cientes disso, e da sua dependência da cooperação do Poder Concedente e da agência reguladora, concessionários experientes geralmente evitam grandes contenciosos contra os seus respectivos Poderes Concedentes e agências reguladoras, pois percebem que conflitos desabridos tendem a ser ruins para todas as partes.

Por isso, a nossa percepção é que, no caso da materialização pelo Poder Concedente de evento gravoso que espolie o concessionário e cujo risco foi atribuído ao concessionário pelo contrato de concessão, se as negociações entre o Poder Concedente, respectivas agências reguladoras e concessionários forem racionais, haverá sempre soluções capazes de acomodar as pretensões das partes, que são mais eficientes que o conflito. Aplica-se aqui, em toda a sua extensão, o provérbio “mais vale um mau acordo que uma boa demanda”.

Por isso, como cidadãos, temos esperança que, nos casos em que o Poder Concedente e a agência reguladora resolverem dar materialidade aos eventos gravosos cujo risco foi alocado ao concessionário alguma solução seja encontrada que evite o conflito e que, sobretudo, não tire dos concessionários o incentivo para cumprir os contratos.

II.4.7. LIÇÃO A SER APRENDIDA: SEGUIR AS MELHORES PRÁTICAS NA DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS REDUZ AS CHANCES DE CONTENCIOSO E DE DESCUMPRIMENTO DE CONTRATOS

A possibilidade de criação de contencioso para os Poderes Concedentes e agências reguladoras e as incertezas em torno do cumprimento dos contratos de concessão poderiam ter sido evitadas se o Poder Concedente e a agência reguladora tivessem seguido em seus contratos regras

elementares de distribuição de riscos, atribuindo o risco das ocorrências a quem tem maior controle sobre elas, e, nos casos em que nenhuma das partes tem controle sobre os riscos, atribuí-los ao Poder Concedente.

Claramente, o risco de implantação de um terceiro aeroporto, de variação do custo do asfalto e de variação das condições e custos de financiamento deveriam ter sido assumidos pelo Poder Concedente.

Geralmente esses erros realizados pelos responsáveis por modelar contratos de concessão e PPP são produto da combinação do seguinte:

- (a) visão ingênua de que proteger o Erário e o usuário do serviço é transferir indiscriminadamente riscos à iniciativa privada;
- (b) repetição das cláusulas previstas em contratos anteriores, em face das quais agentes públicos neófitos na estruturação de contratos de concessão e PPP muitas vezes têm uma postura reverencial;
- (c) incompreensão dos princípios básicos sobre a alocação de riscos em contratos de concessão e PPP;
- (d) insensibilidade às provocações e questionamentos trazidos ao conhecimento dos responsáveis pela licitação ao longo do processo de consulta pública e ao longo do *road show* do projeto, quando houver.

O que nos importa é documentar esses erros e suas consequências na esperança de que eles não sejam repetidos.

II.5.

Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal^{1, 2, 3}

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Esse estudo é dedicado a Patricia Lelis Assunção e a Marcelo Rangel Lennertz que, em um mesmo dia, sem se conhecerem e sem saberem um da existência do outro, notaram a utilidade que poderia ter a publicação nesse momento de um artigo sobre esse tema.

² Queria agradecer a Mario Engler Pinto Jr. a leitura atenta das primeiras minutas deste estudo e as diversas provocações que fez sobre o tema, que me fizeram estender ou mudar partes significativas deste artigo. Queria agradecer também a Marcelo Rangel Lennertz que comentou em detalhes uma primeira versão deste estudo, o que contribuiu para melhorar bastante a sua qualidade em vários aspectos. Há diversas notas de rodapé e explicações no corpo deste artigo que só existem em virtude desses comentários do Marcelo Lennertz e do Mario Engler Pinto Junior.

³ Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 17/2/2013, no link <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/erros-e-acertos-no-uso-do-plano-de-negcios-e-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

II.5.1. USOS E DESCONFORTO RECENTE DO GOVERNO FEDERAL COM O PLANO DE NEGÓCIOS DE CONCESSÕES E PPPS

O Plano de Negócios (“PN”) é geralmente utilizado na regulação e acompanhamento de contratos de concessão ou PPP e nos respectivos processos de contratação para:

- a) Julgar a inexecuibilidade de propostas — para essa função ele geralmente é entregue pelo participante da licitação ao órgão licitante juntamente com a sua proposta econômica ou técnica, ou com os documentos de habilitação (algumas vezes a título de metodologia de execução do contrato).
- b) Recompôr o equilíbrio econômico-financeiro do contrato — para essa função bastaria ele ser entregue pelo adjudicatário ao Poder Concedente no final da licitação, como condição de assinatura do contrato de concessão.

Portanto, a depender do uso que se pretenda fazer do PN, ele pode ser solicitado de formas diversas ao longo do procedimento de contratação.⁴

⁴ Parece-me que vale a pena trazer a descrição do plano de negócios que realizei em escrito anterior sobre o tema:

“Preliminarmente, vale a pena entender o que é geralmente chamado de plano de negócios, para esse efeito. Muito embora a expressão plano de negócios designe o conjunto de informações necessárias para caracterizar um novo negócio ou empreendimento — inclusive informações sobre o setor no qual está inserido, mercado alvo, estratégia, demanda, receitas, custos principais, principais insumos, etc., e, por fim, fluxo de caixa estimado do negócio, considerando alguns cenários possíveis — no caso dos planos de negócio exigidos nas lici-

Nos setores de transportes, no âmbito da União, houve uma demonização política do PN: ele é visto como instrumento que cria risco de atrasos desnecessários nas licitações e que permite ganhos inadequados do concessionário nos processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Particularmente, é comum atualmente, no âmbito do Governo Federal, culpar o PN pelo atraso de mais de um ano na celebração do contrato de concessão da BR-101 (ES), por conta de disputa judicial. A discussão na esfera administrativa e judicial em torno do preenchimento adequado das rubricas do PN pelo participante que ofertou a proposta mais competitiva retardou a assinatura do contrato.

Além disso, também no âmbito do Governo Federal, culpa-se o PN pelos problemas recentemente detectados na área de fiscalização de contratos de concessão rodoviária da ANTT. Nesse caso, o argumento seria que o PN daria ao regulador uma liberdade que, em contexto de eventual captura do regulador pelo regulado, permitiria a espoliação dos usuários pelo concessionário e por agentes públicos mal intencionados.

A solução subministrada para dar consequência a essas críticas no âmbito do Governo Federal são as seguintes:

tações de concessão comum e PPP, podemos distinguir claramente três partes, que terminam tendo funções diferentes na licitação:

A primeira, que podemos denominar de estratégica, na qual o participante da licitação provê informações sobre o negócio, suas características, principais riscos, custos, e receitas, e sobre como ele pretende se financiar e se organizar para explorá-lo;

A segunda, a qual tem natureza mais técnica, que envolve estudo preliminar e anteprojeto, conceituação e plantas esquemáticas, cortes, elevações, perspectivas, ou equivalentes, tudo a depender evidentemente do tipo de obra, serviço ou equipamentos envolvidos na consecução do objeto da concessão;

A terceira, que consubstancia fluxo de caixa, na qual é apresentada um conjunto de planilhas, geralmente em meio digital, preenchidas pelo participante da licitação, com base em modelos (“templates”) disponibilizados pelo Poder Público juntamente com o edital, das quais constam informações sobre estimativas de receitas e custos de investimento e operação ano a ano, custos financeiros, de capital próprio e de terceiros, forma de financiamento, e demais premissas financeiras utilizadas pelo participante da licitação para planejamento da concessão. Feita uma primeira definição do plano de negócios, duas notas precisam ser feitas.

Em primeiro lugar, é importante observar que as discussões sobre o plano de negócios podem ser desdobradas em dois tópicos correlatos: o primeiro, sobre a sua utilização na licitação, como instrumento para selecionar participantes; e, o segundo sobre seu uso enquanto anexo do contrato, para mera informação do Poder Concedente, ou como instrumento vinculante para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs — melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 33 e seguintes.

- a) Excluir o plano de negócios do processo de licitação — conviver-se-ia com a situação algo esdrúxula em que os bancos apresentavam cartas assinalando que leram e aprovaram um plano de negócios, mas ele não é trazido ao conhecimento do Poder Público no processo licitatório — ou seja, teríamos o “plano de negócios oculto” nas licitações.
- b) Substituir o método tradicional de uso do PN para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pela metodologia do fluxo de caixa marginal e pela adoção de uma série de outros mecanismos que supostamente “automatizam” a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁵

Ainda que as críticas a alguns usos do PN possam ter mérito, e ainda que os problemas nos quais a crítica se baseia sejam reais e demandem reflexão e busca de solução, o tema que eu quero abordar nesse artigo é que a demonização política do PN, no âmbito do Governo Federal, levou à busca por coibi-lo a qualquer custo, desconsiderando-se os limites técnicos dos próprios mecanismos substitutivos do PN, como, por exemplo, os limites do uso tecnicamente consistente da metodologia do fluxo de caixa marginal.

Esse uso dos mecanismos substitutivos do PN para além da sua própria capacidade técnica cria uma série de outros problemas na regulação dos contratos que têm sido em regra ignorados nos processos de modelagem dos contratos. São esses problemas que eu gostaria de trazer à tona no presente trabalho.

Nas linhas a seguir, pretendo: (a) trazer à tona, avaliar e revisar as críticas aos usos do PN em licitações e contratos de concessão e PPP; (b) explicar os fundamentos econômicos e jurídicos da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por eventos que o contrato estabelece que são risco de uma parte, mas que atingem negativamente a outra parte do contrato, focando particularmente na discussão sobre a taxa

⁵ Refiro-me ao fator D, fator C, fator Q etc. previstos nos contratos de concessão de rodovias e aeroportos federais.

a ser utilizada para diluição no tempo da compensação financeira à parte atingida por evento que é risco da outra parte; (c) mostrar os limites da metodologia do fluxo de caixa marginal quando empregada para a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro por eventos que são risco de uma parte, mas atingem a outra parte do contrato, e os limites dessa metodologia também para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por novos investimentos.

O modo como esse estudo foi redigido pressupõe alguma familiaridade do leitor com o funcionamento do PN nas licitações de concessões e PPPs e na regulação dos contratos.

II.5.2. O PLANO DE NEGÓCIOS COMO INSTRUMENTO PARA JULGAMENTO DA EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA

Eu sempre fui bastante cético quanto à utilização do PN como instrumento para definição da inexecuibilidade de proposta.⁶ É que me parece extremamente difícil distinguir — em um processo licitatório formal como o brasileiro, no qual é inviável diálogo competitivo — uma proposta simplesmente agressiva, mas exequível, de uma proposta inexecuível.

Para entender por que, vale a pena distinguir os dois ângulos possíveis de análise de um plano de negócios em uma licitação.

O primeiro é o de coerência interna entre as informações nele veiculadas.

O segundo é o de correspondência entre as estimativas nele veiculadas e a realidade.

A análise de coerência interna pode ser feita no processo licitatório.

A análise, contudo, da correspondência com a realidade dos valores dos custos, estimativas de quantitativos para dimensionamento dos investimentos, demanda etc. é extremamente difícil de ser realizada. Em um contexto em que as licitações fossem menos formalistas e que hou-

⁶ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs — melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 33 e seguintes.

vesse no Brasil um sistema de diálogo competitivo, talvez fosse possível realizar esse tipo de análise, por meio do questionamento pelo Poder Concedente, ao longo do processo de diálogo competitivo, por exemplo, dos números, estimativas etc. de um participante da licitação que des-toasse dos demais participantes.⁷

Todas as vezes que estive no Poder Público responsável pela condução de uma licitação, ou como assessor do Poder Público, parecia-me sempre que o PN era apenas um instrumento para sistematizar informações cuja correspondência com a realidade dificilmente poderia ser checada ao longo da licitação.

Nesse sentido, a única coisa que me parecia viável analisar no âmbito de uma licitação era a coerência interna das informações veiculadas pelo PN.

Sempre pairava para mim a questão sobre se essa possibilidade de análise da coerência interna do PN era suficiente para justificar a sua exigência na licitação. Na grande maioria das vezes, me parecia que não.

Atualmente, com o recente *glamour* em torno do Brasil e dos projetos de infraestrutura, tenho visto, contudo, licitações em que os valores ofertados parecem completamente descolados da realidade, tão assim que é difícil imaginar um PN internamente coerente que articule essas informações. Ao mesmo tempo, há uma clara percepção de que essas ofertas agressivas têm resultado na assinatura de contratos que não são executados adequadamente, os investimentos são adiados e o usuário termina, na prática, penalizado, como tem ocor-

⁷ Vale trazer a tona nota constante do escrito anterior de minha autoria: “O Poder Concedente poderia, em casos como esse, abrir diligência, com base no artigo 43, §3º, da Lei 8.666/93 e solicitar as informações necessárias para esclarecimento do problema. A dificuldade, neste caso, é que as incertezas quanto à aderência dos custos a realidade são de tal monta, que um mero procedimento desse tipo não traria necessariamente mais segurança para o Poder Público. Além disso, ao apontar falhas menores no preenchimento do plano de negócios, o Poder Público abre o espaço para que esse ponto vire objeto de questionamento pelos outros participantes da licitação, e — no formalismo do nosso processo licitatório — essas falhas menores e formais podem levar a desqualificação ou desclassificação de proponentes sérios. Por isso, na prática, uma comissão de licitação experimentada só converteria em diligência falhas extremamente relevantes e que pudessem ser sanadas sem por em risco o processo licitatório.” Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs — melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, nota de rodapé 144, página 113.

rido, por exemplo, com alguns dos 7 lotes de rodovias federais que foram licitados em 2007.⁸

Nesse contexto, tenho me perguntado em que medida exigir dos participantes da licitação que articulem o seu cálculo em um plano de negócios poderia ao menos garantir um mínimo de coerência entre as informações sobre o projeto usadas pelos participantes da licitação para realizar as suas propostas.⁹

Seria viável, por exemplo, requerer que os participantes da licitação entregassem planos de negócios em formato de planilha Excel, que satisfizessem a um conjunto de testes, por exemplo, relativos ao índice mínimo de cobertura da dívida, alavancagem máxima e outros estabelecidos em coerência com as condições de mercado para projetos desse tipo.¹⁰ A rigor, isso não impediria que um participante da licitação simplesmente fizesse estimativa completamente dissociada da realidade, mas que satisfizesse a esses testes. Mas, de qualquer modo, isso daria alguns limites ainda que formais à proposta.

Note-se ainda que, na estrutura das licitações atualmente utilizadas no Governo Federal para os setores de transportes, a utilização do PN para controle de exequibilidade de propostas iria requerer uma reflexão sobre a sua compatibilização com a lógica de lances em viva-voz ou eletrônico. É que, ao realizar lances em viva-voz ou eletrônicos, quaisquer que sejam os números colocados no PN entregue juntamente com a proposta ou com os documentos de habilitação se tornam inválidos, já

⁸ Note-se que para esses 7 lotes havia a exigência de entrega, ao longo da licitação do PN e isso não evitou a realização de ofertas de valor de tarifa extremamente agressivas, que terminaram não sendo honradas pelos concessionários, pois os principais investimentos previstos nos contratos ou foram feitos muitos anos depois do deles previsto ou não foram ainda realizados.

⁹ No âmbito do financiamento desses projetos, o BNDES tem tratado a distância entre as propostas e a realidade por meio da estipulação de mecanismos que, em última análise, leva o BNDES a não tomar o risco propriamente do projeto. Permanecem em vigor, ao longo do contrato de financiamento, mecanismos que permitem ao banco exigir novos aportes dos controladores da concessionária, sempre que as receitas da concessão não sejam suficientes para cobrir os custos do financiamento e da operação da concessionária.

¹⁰ A sugestão de incluir esses testes no plano de negócios em licitação me foi feita pela primeira vez por Adriano Maia, a quem agradeço pelo aprendizado que tive na discussão que tivemos recentemente sobre esse tema.

que a proposta final, vencedora do certame, terá valor diferente daquela espelhada no PN.¹¹

Uma alternativa seria o PN prever, além do preço consignado na proposta, margem de variação do preço até onde o participante acha ser viável executar a proposta. Se esse sistema fosse adotado, todavia, a questão que emergiria é: por que não fazer, então, uma licitação com apenas a fase de propostas escritas, excluindo-se a fase em viva-voz? Se a ideia é que a proposta escrita (e o respectivo PN) reflita o valor da melhor proposta do participante da licitação, então a licitação com apenas uma fase de propostas escritas em envelopes fechados seria a melhor forma de realizar o certame.

Um uso do PN que tem me parecido útil — particularmente em projetos em que há custos não revelados, ou de difícil identificação e no qual o Governo, por razões políticas, não queira dar prazo suficiente à iniciativa privada para a realização de estudos profundos o suficiente para revelar esses custos — é incluir no edital exigência do participante da licitação consignar no PN valores mínimos para lidar com custos (por exemplo, de compensações ambientais, desapropriações etc.) que o Poder Público já saiba existir.

Esse uso do PN diminui:

- (a) a assimetria de informações entre o Poder Concedente e os participantes da licitação (por meio desse mecanismo o Poder Público transfere informação sobre o custo estimado para lidar com os problemas relacionados ao projeto); e, o que é mais importante,
- (b) a assimetria de informações entre os participantes da licitação, de modo a evitar a **seleção adversa na licitação** — evita que participantes que estudem mais profundamente o problema percam competitividade por incluírem em suas respectivas pro-

¹¹ Marcelo Lennertz me chamou atenção, com razão, de que esse problema ocorre mesmo sem a exigência de apresentação de PN. Na rodada passada de licitação de concessão de aeroportos, a instituição financeira declarava que a proposta escrita era exequível, mas não era chamada a ratificar o lance vencedor no leilão em viva-voz.

postas o custo de lidar com o problema, que participantes que não realizaram esforço para obter as informações não considerarão nas respectivas propostas e, por isso, esses últimos terão propostas mais competitivas.¹²

II.5.3. O PLANO DE NEGÓCIOS COMO INSTRUMENTO PARA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O instituto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos abrange basicamente dois tipos de compensações financeiras entre as partes:

- a) A compensação financeira pela ocorrência de eventos que são risco de uma das partes, mas que afetam negativamente a outra parte.
- b) A compensação financeira pela inclusão de novos investimentos no contrato ou por mudanças no seu escopo.

Ambas essas compensações financeiras podem ser feitas utilizando como referência o PN originário do contrato. Os contratos de concessão de rodovias federais a partir de 2009, por consequência inclusive de críticas que fiz no passado, limitaram o uso do PN às compensações financeiras pela ocorrência de eventos que são risco de uma parte, mas afetam a outra parte.

A seguir, tanto a ANTT (neste caso por exigência do TCU¹³) como a ARTESP evoluíram no sentido de adotar, para novos investimentos, mesmo em contratos em curso, a recomposição do equilíbrio econômico-

¹² Há, certamente, outras opções para resolver o problema da seleção adversa na licitação. Uma delas seria simplesmente atribuir o risco relativo ao objeto sobre o qual há dificuldade de obtenção de informação ao Poder Público. Isso faria com que esse objeto não afetasse a concorrência na licitação, pois qualquer que seja o custo envolvido na remediação do problema, esse custo será de responsabilidade do Poder Público.

¹³ Acórdão TCU, nº 2.154/2007. As exigências constantes desse acórdão foram responsáveis por gerar a Resolução ANTT n. 3.651/11, de 7 de abril de 2011.

financeiro por fluxo de caixa marginal. O uso do PN como referência para as compensações financeiras ficava, então, restrito àquelas situações em que ocorre evento gravoso que é risco de uma parte, mas afeta a outra parte do contrato.

A partir de então, foi comum buscar-se limitar ou até mesmo abolir o uso do PN para realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Por exemplo, nos contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos, e, depois nos contratos dos aeroportos de Galeão e Confins e das rodovias federais da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT, licitadas em 2013 e 2014, o PN foi abolido como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e foi adotada, para ambas as hipóteses acima descritas, a metodologia do fluxo de caixa marginal.¹⁴

A seguir, vou descrever e avaliar as críticas ao PN como instrumento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O objetivo é definir quais críticas têm mérito, em que casos faz sentido continuar usando o PN e em que casos ele deve de fato ser substituído.

II.5.3.1. CRÍTICAS AO PLANO DE NEGÓCIOS

Estudando, a partir de 2002, o uso tradicional do PN pela ANTT e AR-TESP no setor de rodovias, fui possivelmente um dos primeiros a fazer publicamente duas críticas sobre o plano de negócios como instrumento para a realização do equilíbrio econômico-financeiro em concessões:¹⁵

- (a) A primeira sobre as distorções que o uso tradicional do PN realizava na matriz de riscos contratual.
- (b) A segunda sobre os ganhos auferidos por concessionários por consequência do uso da rentabilidade estimada no PN como re-

¹⁴ Cf.: Cláusula 6.26 da minuta de contrato de concessão (anexo 25 do Edital) e anexo 5 (Fluxo de Caixa Marginal) dos editais e contratos daquelas concessões.

¹⁵ Essas críticas foram o ponto de partida para desenvolvimento da Cláusula sobre recomposição do equilíbrio econômico-financeiro constante do contrato de concessão das rodovias BR 116/324. Mas elas só ganharam forma analítica no meu livro sobre melhores práticas em licitações e contratos de concessão e PPPs. Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs — melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, itens XV.2.3 e seguintes.

ferência para novos investimentos, cuja decisão de realização era tomada vários anos após a assinatura do contrato de concessão.

Como vou mostrar a seguir, essas críticas foram ouvidas e se desenvolveram mecanismos¹⁶ para resolvê-las, de maneira que, atualmente:

- i) Para resolver a crítica relativa à distorção da matriz de riscos — praticamente todos os contratos que preveem o uso do PN como instrumento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dizem claramente que o concessionário só pode solicitar recomposição do equilíbrio quando o evento for risco atribuído pelo contrato ao Poder Concedente.¹⁷
- ii) Para resolver a crítica relativa ao uso das premissas financeiras do PN para novos investimentos — foi desenvolvida a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por fluxo de caixa marginal.

A seguir vou descrever em mais detalhes as críticas aos usos inadequados do PN e os remédios que foram e estão sendo adotados para resolver os problemas que aponte.

II.5.3.1.1. PLANO DE NEGÓCIOS E A DISTORÇÃO DA MATRIZ DE RISCOS

O PN era utilizado como referência para a manutenção da rentabilidade do negócio (taxa interna de retorno do projeto) muitas vezes sem qualquer preocupação com a distribuição de riscos contratual.

¹⁶ Eu mesmo tive oportunidade de participar de projetos em que mecanismos para isso foram desenvolvidos, como, por exemplo, cláusulas contratuais sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que deixavam claro que a solicitação pelo concessionário da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro só pode se realizar se o risco do evento causador do desequilíbrio estiver claramente atribuído ao Poder Concedente.

¹⁷ Cláusula com redação nesse sentido foi incluída no contrato de concessão das rodovias BR 116/324 e depois copiada e reproduzida em todos os contratos de concessão ou PPP modelados pela EBP e pela parceria IFC, BNDES e BID para estruturação de projetos.

Nesse contexto, o PN virava um instrumento para fazer “*mark up*” de preços. Se o concessionário, por exemplo, não conseguia gerir adequadamente um risco que o contrato lhe atribuía e isso reduzia a sua rentabilidade, ele simplesmente mostrava ao regulador que a sua rentabilidade real era menor do que a estimada no PN e, solicitava, por essa razão, a recomposição do equilíbrio para atingir a rentabilidade estimada.

Essa prática distorcia completamente a distribuição de riscos contratual, e terminava por garantir ao concessionário a rentabilidade prevista em sua proposta independentemente do concessionário ter o desempenho na prestação dos serviços necessário para obter aquela rentabilidade.

Isso, contudo — até como consequência da crítica que fiz e do trabalho de desenvolvimento de um novo modelo de contrato de concessão de rodovias, realizado em torno do projeto da concessão da BR 116/324 (e depois fartamente reutilizado em projetos federais e estaduais) — foi resolvido pela utilização de contratos com matrizes de riscos muito mais detalhadas que aquelas que originalmente constavam dos contratos de concessão de rodovias pré-2005 (ano em que foi desenvolvida a minuta de contrato da BR 116/324).

Todos os contratos de concessão de rodovias (e nos demais setores em que o mesmo modelo foi utilizado) a partir de então passaram a consignar que só é cabível a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a favor do concessionário se o evento causador do desequilíbrio for risco atribuído pelo contrato ao Poder Concedente.

A farta utilização em outros projetos do conjunto de cláusulas que constou do projeto da BR 116/324¹⁸ e a disseminação da crítica que eu fazia à visão tradicional de equilíbrio econômico-financeiro de contratos que tornava isso viável, praticamente resolveram o problema da distor-

¹⁸ O BNDES e as suas parceiras com a EBP — Estruturadora Brasileira de Projetos e como o IFC e o BID foram os responsáveis por difundir para outros setores de infraestrutura os mecanismos que foram desenvolvidos no contrato da BR 116/324. Alguns desses mecanismos sofreram aperfeiçoamentos, outros, no entanto, tiveram usos diversos da sua concepção originária, como é o caso do que ocorreu com o fluxo de caixa marginal, conforme apontaremos no item II.5.5 abaixo.

ção da matriz de riscos, que ocorria por consequência do uso tradicional do PN, particularmente no setor de rodovias, pela ANTT e ARTESP.

A grande maioria dos contratos de concessão e PPP nos setores de transportes atualmente consigna que a recomposição do equilíbrio em favor do concessionário só pode ser realizada quando o risco do evento causador do desequilíbrio tiver sido contratualmente atribuído ao Poder Concedente. Por isso, na minha visão, esse problema, da perspectiva da modelagem contratual, está resolvido. Trata-se, portanto, de uma crítica que se refere a um problema passado, muito comum nos contratos celebrados pré-2005.

A questão que ainda paira é saber se, na prática, os reguladores estão de fato fazendo a verificação que o evento causador do desequilíbrio é responsabilidade contratual do Poder Concedente antes da realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a favor do concessionário. Não tenho dados sobre isso e é bastante difícil fazer levantamento para obtê-los. Mas a minha experiência é que, ao menos no âmbito do Governo Federal, até pelo temor da atividade fiscalizatória dos órgãos de controle, tem sido condição da obtenção do reequilíbrio por concessionários a prova de que o risco do evento que causou o desequilíbrio está atribuído ao Poder Concedente.

II.5.3.1.2. PLANO DE NEGÓCIOS COMO INSTRUMENTO PARA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINAN- CEIRO POR NOVOS INVESTIMENTOS

O outro problema que eu apontava no uso tradicional do PN era a utilização das suas premissas financeiras para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pela inclusão de novos investimentos, em contexto em que a melhoria da situação macroeconômica do país havida nos últimos 20 anos tornava as condições originárias do PN extremamente benéficas para o concessionário, quando utilizadas como referência para a modelagem de novos investimentos.

Eu dizia, então, que a utilização do PN como instrumento para recomposição do equilíbrio por novos investimentos levava a que o con-

cessionário se apropriasse sozinho de ganhos que decorriam de eventos fora do seu controle (melhoria da situação macroeconômica do país).

Foi nesse contexto que desenvolvi, também no âmbito da estruturação do projeto da BR 116/324, em conjunto com diversos colegas do Governo Federal,¹⁹ as cláusulas para aplicação, pela primeira vez no Brasil, da metodologia do fluxo de caixa marginal para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

É importante notar que essas cláusulas, quando foram desenvolvidas, estavam voltadas apenas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por novos investimentos. Não havia, então, a intenção de aplicar o fluxo de caixa marginal à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pela ocorrência de riscos atribuídos a uma parte, mas cujas consequências gravosas atingissem a outra parte do contrato.

Aliás, a minha percepção já nessa época era que, pelas razões que exponho no item II.5.5.2 abaixo, a utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por qualquer ocorrência que não seja a inclusão de novos investimentos no contrato configura, em regra, impropriedade técnica.

II.5.4. O PARÂMETRO PARA A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA DA PARTE ATINGIDA POR EVENTO QUE É RISCO DA OUTRA PARTE

A compensação pela ocorrência de eventos cujo risco é atribuído pelo contrato a uma das partes, mas que afetam a outra parte, deveria restabelecer a condição econômico-financeira da parte atingida anterior ao evento gravoso.

Qualquer metodologia que implique em deixar a parte atingida em condição pior do que a que tinha antes da ocorrência do evento gravo-

¹⁹ Estiveram envolvidos entre outros, pelo BNDES, Marcos Barbosa Pinto, Henrique do Amarante da Costa Pinto, Marcelo Miterhof, Rodolfo Torres, Cleverson Aroeira e Paulo de Meira Lins; pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ruy Moraes, Barbara Brito, Lucas Prado, Bernardo Figueiredo, Antonio Henrique Silveira, Arno Meyer, Antonio José Alves e outros.

so é inadequada para esse fim, pois reduz a eficácia da própria matriz de riscos contratual.

II.5.4.1. OPÇÕES TEMPORAIS EM RELAÇÃO À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO PARA INVESTIMENTOS PREVISTOS NO CONTRATO ORIGINÁRIO

Existem duas opções temporais para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em concessões e PPPs:

- a) A primeira é o pagamento à vista de indenização à parte afetada por evento que é risco de outra parte.
- b) A segunda é a diluição do pagamento dessa compensação financeira no fluxo de caixa da concessionária.

Quando se trata de evento que é risco do Poder Concedente, mas que afeta negativamente o fluxo de caixa da concessionária, o Poder Concedente geralmente não quer pagar à vista à concessionária. Isso porque um pagamento à vista a um concessionário, apesar de ser algo completamente legítimo, possivelmente geraria manchetes de jornais desfavoráveis.

Além disso, possivelmente, para realizar tal pagamento, o Poder Executivo teria que aprovar uma modificação da lei orçamentária junto ao Poder Legislativo. E isso também tem custos políticos que são difíceis de serem assumidos pelo Poder Executivo quando o evento em si (isto é, o pagamento ao concessionário) não gerar bônus políticos nem para o Poder Executivo, nem para o Poder Legislativo.

Essas notas vêm a propósito de dizer que, na prática, o Poder Concedente nunca paga ao concessionário à vista para compensá-lo financeiramente por ter sofrido as consequências gravosas de riscos que são do Poder Concedente. Portanto, na prática, o Poder Concedente diluirá no tempo a compensação financeira aos concessionários por eventos que são risco do Poder Concedente, mas cuja ocorrência afeta negativamente ao concessionário.

A questão central, nesse contexto, é qual a taxa a ser utilizada para diluir no tempo esse adiamento da compensação ao concessionário por ter sofrido consequências de riscos que são do Poder Concedente. Essa discussão sobre a taxa leva também a uma discussão sobre a fonte dessa taxa (se ela dever contratual, se ela deve ser objeto de regulamento etc.).

Observe-se, por fim, que apesar da taxa contratual (para diluição no tempo da compensação por eventos gravesos que atinge uma das partes, mas que é risco da outra) ser **em tese** uma via de mão dupla (incidiria sobre a diluição no tempo da compensação por eventos que são risco de qualquer das partes), **na prática, como o concessionário, na condição de quem implanta e opera diretamente projeto, está muito mais exposto a ser atingido por riscos que são de responsabilidade do Poder Concedente — do que o Poder Concedente está exposto a riscos de responsabilidade do concessionário — eventuais diferenças entre a taxa de rentabilidade do concessionário e a taxa para diluição no tempo da compensação financeira tenderá a ter impacto muito maior para o concessionário que para o Poder Concedente.**

Na próxima rubrica, vou tratar da discussão sobre a fonte dessa taxa. No item seguinte, vou tratar da metodologia para a sua estipulação.

II.5.4.2. A FONTE DA TAXA A SER UTILIZADA PARA DILUIR NO TEMPO EVENTUAL COMPENSAÇÃO POR EVENTOS GRAVOSOS QUE SÃO RISCO DE UMA PARTE, MAS AFETAM NEGATIVAMENTE À OUTRA PARTE

A discussão sobre qual a taxa a ser utilizada para diluir no tempo a compensação das partes (mas que em regra, como já notei acima, atingirá o concessionário) tem dois aspectos: o primeiro é a fonte onde se obtém essa taxa; o segundo é a relação entre o valor dessa taxa e a taxa de atratividade do negócio estipulada pelo concessionário. Como se verá abaixo esses dois aspectos se entretecem na discussão sobre a fonte da taxa a ser utilizada.

Em relação à fonte, a discussão é se a taxa deve ser:

- (a) estabelecida pelo Poder Concedente, em regulamento ou no contrato de concessão; ou,
- (b) uma taxa estipulada pela concessionária em sua proposta — nesse caso a vinculação das partes a essa taxa seria contratual.

Em relação à fonte, a minha percepção é que faz sentido que ela seja ou estabelecida no contrato, ou estipulada pelo concessionário em sua proposta originária. Em ambos esses casos, a vinculação das partes à taxa teria origem no contrato.

Não me parece fazer nenhum sentido que a fonte dessa taxa seja regulamento da agência reguladora que pode ser modificado a qualquer tempo, de maneira que o concessionário fica completamente a mercê da decisão do regulador sobre um aspecto que pode impactar de maneira peremptória a sua rentabilidade.

Essa solução de remeter a regulamento da agência a definição da taxa para diluição no fluxo de caixa das compensações financeiras foi adotada nos recentes editais/contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Brasília, Viracopos, Galeão, Confins e em todos os contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT que remeteram ao processo de revisão contratual a definição da taxa de desconto a ser utilizada na metodologia do fluxo de caixa marginal. Naqueles contratos, esse fluxo é a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro adotada para ambos os casos, compensações por novos investimentos ou compensações por riscos atribuídos a uma parte, mas cujas consequências afetam a outra parte.

O fato de não haver clareza sobre essa taxa no ato de assinatura do contrato tira a credibilidade da própria distribuição de riscos. Isso porque a incerteza sobre a taxa cria incerteza sobre se uma parte será adequadamente compensada quando vier a sofrer as consequências gravosas de riscos atribuídos à outra parte. Ora, isso atinge a própria efetividade da distribuição de riscos.

Por essa razão, parece-me um erro técnico remeter a regulamento a definição da taxa a ser utilizada para diluição no tempo das compensações por riscos a serem atribuídos a uma parte, mas cujos eventos gravosos impactam à outra parte.

Restam, portanto, duas opções que me parecem razoáveis como fonte da taxa para diluição no tempo da compensação financeira.

A primeira seria estabelecer no contrato que será utilizada a taxa de rentabilidade prevista no PN. A taxa nesse caso seria estipulada pelo vencedor da licitação, ou ao tempo em que realizou a sua proposta, ou como condição da assinatura do contrato — a depender do momento em que as regras da licitação exigiram a entrega do PN.^{20, 21}

Essa opção tem o mérito de trazer para o contrato a taxa de rentabilidade declarada pelo investidor. Eventuais diluições no tempo de compensações financeiras ao concessionário por riscos que são do Poder Concedente, se realizadas utilizando essa taxa, estariam usando a taxa de atratividade do negócio estipulada pelo próprio participante da licitação (que se tornou concessionário), de maneira que, rigorosamente,

²⁰ No passado, critiquei várias vezes a ideia, expressada de forma irrefletida por alguns dos nossos doutrinadores do Direito Administrativo, de que a taxa interna de retorno prevista no PN é necessariamente vinculante para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. De fato, a minha opinião é que, para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o que importa é o que está estabelecido no contrato. Se o contrato de concessão diz que a taxa prevista no PN será utilizada para diluir no tempo as compensações financeiras, então é essa regra que vale. Se o contrato, por sua vez, estabelece, por exemplo, uma fórmula para cálculo da recomposição do equilíbrio, vale o que está previsto no contrato.

Não fazia e continua sem fazer qualquer sentido para mim o argumento — às vezes usados por doutrinadores tradicionais do Direito Administrativo — de que haveria uma vinculação intrínseca do direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro à taxa de retorno do projeto prevista no PN. Na minha opinião, o que faz sentido econômica e juridicamente é que valha a regra prevista no contrato, pois foi com base nessa regra que o concessionário estipulou o preço da sua proposta (quando ainda na condição de participante da licitação).

²¹ Observe-se que, se essa solução for adotada, talvez seja conveniente tornar as referências de custo do plano de negócios vinculantes para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por eventos cujo risco é de uma parte, mas cuja ocorrência afeta a outra parte. É que se esses itens de custo não forem vinculantes, haverá incentivo para o concessionário, por ocasião da formulação do seu plano de negócios, subestimar os custos para maximizar a rentabilidade estimada no plano de negócios. É que, em contexto em que a taxa de rentabilidade for vinculante, mas os custos não o sejam, o concessionário terá incentivo para superestimar a taxa de rentabilidade e reduzir artificialmente os custos para efeito de confecção do plano de negócios, de maneira que, sempre que houver a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a rentabilidade a ser utilizada seja a mais alta possível. Se, contudo, os custos forem vinculantes, o concessionário perderá o incentivo para superestimar a sua rentabilidade. É que, quando for realizada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, os custos estimados no plano de negócios serão usados também como referência de maneira que empurrá-los artificialmente para baixo quando da confecção do plano de negócios pode não ser uma boa estratégia para o concessionário no longo prazo.

essa diluição do pagamento no tempo se faria neutra, de uma perspectiva econômica, para o concessionário, eis que realizada usando a sua taxa de rentabilidade estimada (e declarada) como condição para entrada na concessão.²²

A outra opção seria prever uma fórmula no contrato de concessão para a diluição no tempo dessas compensações. Nesse caso, a taxa seria estipulada pelo Poder Concedente quando da definição da minuta de contrato submetida à licitação.

Essa taxa, a rigor, será superior ou inferior àquela que o concessionário usou na sua estimativa de rentabilidade para o negócio.

Da perspectiva do Poder Concedente, essa será em regra percebida como uma taxa justa, eis que calculada com premissas que ele estabeleceu.

Essa percepção, contudo, nem sempre será a mesma para o concessionário.

Para o concessionário, eventual diferença — entre a taxa contratual para diluição no tempo de compensações por riscos que são da outra parte — será percebida em si como um risco: o risco de que a sua compensação por riscos que são do Poder Concedente seja insuficiente para lhe por na condição anterior à ocorrência do evento gravoso; risco esse que, como já disse acima, afeta a credibilidade do sistema contratual de distribuição de riscos.

A depender de quão grande for a diferença entre a taxa estipulada no contrato pelo Poder Concedente e as taxas de mercado para implantar e operar projetos semelhantes, talvez os potenciais participantes da licitação resolvam não entrar na licitação, por terem a percepção de que o sistema de compensação pela ocorrência de eventos que afetem o concessionário, mas que são risco do Poder Concedente, simplesmente não é sério.

²² Note-se que apesar de nesse caso essa diluição ser economicamente neutra para o concessionário, ela não o é financeiramente. É que no curto prazo o concessionário e seus acionistas terão que arcar com as consequências financeiras de descaixe de caixa decorrente da ocorrência de eventos que, pelo contrato, são risco do Poder Concedente. Daí que da diluição no tempo do pagamento ao concessionário como meio para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro recompõe o equilíbrio econômico do contrato, mas, rigorosamente, não recompõe o equilíbrio financeiro.

O problema descrito se aplica perfeitamente à tentativa muito comum atualmente de utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para a diluição no tempo da compensação financeira a concessionário em caso de ocorrência de risco do Poder Concedente.

Por isso, é extremamente importante que, quando o Poder Público estipular essa taxa contratual, considere a visão de mercado sobre a rentabilidade necessária para implantar e operar um projeto com nível de risco semelhante.

Creio que vale a pena comentar a seguir as estratégias para estipulação dessa taxa contratual para diluição no tempo de eventuais compensações pela ocorrência de eventos que são risco de uma das partes, mas afetam a outra parte.

II.5.4.3. ESTIPULAÇÃO DA TAXA A SER UTILIZADA PARA DILUIR NO TEMPO EVENTUAL COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR EVENTOS GRAVOSOS QUE SÃO RISCO DE UMA PARTE, MAS AFETAM NEGATIVAMENTE A OUTRA PARTE

Existem algumas estratégias que têm sido utilizadas pelos entes estatais para estabelecer a taxa para diluir no tempo as compensações financeiras decorrentes de riscos atribuídos no contrato a uma parte por eventos que, quando ocorrem, geram consequências negativas na outra parte:

- a) Estipular fórmula que represente a diferença entre o risco específico do projeto (medido por um WACC estimado no contrato em função da soma entre uma taxa de mercado —como, por exemplo, a CDI, TJLP etc. — e um *spread* pré-definido na fórmula. Esse *spread* é a diferença entre o risco, por exemplo da CDI (risco médio do setor bancário nacional) e o risco específico do projeto no momento em que ele foi modelado²³ — os

²³ Essa é uma forma de fixar a taxa de desconto de maneira a dar segurança ao concessionário que o risco específico do projeto será remunerado por uma taxa acima, por exemplo, 8 pontos percentuais de uma taxa de mercado, como, por exemplo, o CDI. Isso dá previsibilidade ao concessionário sobre qual será a taxa a ser utilizada em caso de diluição no tempo dos efeitos de eventual recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

projetos que usaram fórmulas desse tipo o fizeram apenas para novos investimentos, mas não o fizeram para a diluição da compensação financeira por riscos atribuídos a uma parte, mas cujos eventos afetam a outra. Veja-se o exemplo dos contratos de concessão federal da BR 116/324 e da rodovia, do Estado da Bahia, BA093, que estabeleceram a seguinte fórmula paramétrica para fixar a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal, que estabiliza, ao longo da concessão, a diferença entre o WACC utilizado no estudo de viabilidade e a TJLP:

$$\frac{(1 + TJLP + 8\%) - 1}{1 + \pi}$$

Onde: π equivale à meta de inflação estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional para o respectivo ano em que ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e a TJLP é a vigente na data da definição da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

- b) Estipular fórmula que represente o WACC do negócio — fórmula semelhante está sendo utilizada nas novas concessões de rodovias federais (cf.: item 22.5.2 da minuta de contrato das concessões da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT). Nesse caso, na verdade, será necessário estimar o WACC de um negócio semelhante à concessionária, pois, como é cediço o WACC real da concessionária, como sociedade de propósito específico, só será conhecido quando da extinção do contrato de concessão (eis que a remuneração do capital próprio é sempre algo residual e incer-

A pressuposição da adoção desse tipo de fórmula é que a relação entre o risco específico do projeto e as taxas de mercado é estável no tempo. Essa pressuposição sequer tem a pretensão de ser algo preciso empiricamente. Trata-se de uma simplificação útil para dar às partes a segurança necessária quanto à definição da taxa, mantendo-a atrelada, contudo, à variação de outras taxas de mercado.

to, e, por isso, o custo real do capital próprio só é conhecido no ato de extinção do contrato).²⁴

Em todos esses casos, o grande problema é que a taxa contratualmente estabelecida será diferente da rentabilidade de referência estimada pelo concessionário quando participante da licitação. E esse descolamento entre a taxa de referência utilizada pelo concessionário quando da tomada de decisão sobre o investimento e a taxa contratualmente estabelecida pode — em caso de ocorrência dos eventos graves que atingem uma parte, mas são risco da outra — **em tese** levar a:

- i) **Aumento da rentabilidade** da parte atingida pelo evento — isso se a taxa estabelecida contratualmente for maior que a taxa estipulada como referência pelo concessionário para a realização do investimento.
- ii) **Redução da rentabilidade** da parte atingida pelo evento — isso se a taxa estabelecida contratualmente for menor que

²⁴ Conversando uma vez com um técnico de uma agência reguladora federal, comentei com ele que, na minha opinião, é imperícia deixar para estabelecer posteriormente em regulamento a taxa de rentabilidade a ser usada como referência para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por eventos que são risco de uma parte, mas atingem à outra. Esse técnico me explicou que a razão por que a agência tinha evitado estabelecer a taxa de rentabilidade quando da elaboração do edital e contrato dessas concessões era porque, se o fizessem naquele momento, essas taxas seriam estipuladas pelo Ministério da Fazenda e, portanto, sofreriam as distorções que decorrem delas terem se tornado objeto de atenção dos agentes políticos e da imprensa. Segundo esse técnico, o adiamento pela agência da definição da taxa de retorno era uma estratégia para evitar a influência do Ministério da Fazenda sobre os valores dessas taxas e ter oportunidade de fazer algo tecnicamente mais robusto. Na minha opinião, o depoimento desse técnico, cuja identidade mantereí anônima, mostra a derrocada institucional da forma como os nossos projetos de infraestrutura são atualmente modelados. Não faz sentido o Ministério da Fazenda estipular a taxa de rentabilidade de referência de projetos, muito menos se imiscuir no modo como os reguladores estabelecem a taxa a ser utilizada como referência para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Os reguladores, sem suporte político e sem os mecanismos institucionais para exercer a sua independência no cumprimento das suas atribuições (mecanismos esses que foram dizimados nos últimos anos), defendem-se da ascendência política do Ministério da Fazenda por meio do adiamento da definição das taxas. Isso aumenta o risco regulatório dos projetos e leva usuários e Poder Concedente a pagar mais do que pagariam se o ambiente institucional fosse adequado.

a taxa estipulada como referência pelo concessionário para a realização do investimento.

Como, contudo, as taxas usadas pelo Governo Federal para modelagem desses projetos têm sido sempre muito mais baixas que as taxas exigidas pelo mercado para projetos similares,²⁵ a ocorrência de evento que é risco de uma das partes e impacta a outra parte levará necessariamente à redução da rentabilidade dos concessionários porque, na prática, as taxas contratuais nos projetos do Governo Federal serão

²⁵ Isso nos levaria a perguntar por que, então, essas licitações não dão vazias. Não há uma explicação genérica para isso. É preciso olhar cada projeto para entender a razão do sucesso da licitação. No caso das rodovias federais e dos aeroportos recentemente licitados, o sucesso das licitações teve a ver, sobretudo, com a superficialidade dos estudos de demanda realizados pelo Poder Concedente nos seus estudos de viabilidade preliminares à licitação. Era notório entre os potenciais concessionários que o CAPEX, particularmente no caso das rodovias, estava subestimado, como consequência, inclusive, do baixo detalhamento dos estudos realizados pela ANTT/EBP/BNDES e dos padrões seguidos pelo TCU na sua análise desses projetos. Mas como os estudos de demanda foram realizados com nível de detalhamento e qualidade questionável, os estudos de demanda contratados pela iniciativa privada mostravam possibilidades de ocorrência de receitas maiores que as estimadas pelo Poder Concedente, e foi isso que gerou o espaço para descontos nas tarifas de referência. Note-se que no âmbito do Governo Federal o anúncio das taxas de rentabilidade estimada dos projetos virou um tema de relevância política. Para aparecer como um Governo preocupado em limitar o lucro empresarial, o Governo divulga taxas de rentabilidade estimadas dos projetos para efeito de definição de preço-teto da licitação completamente desalinhadas da rentabilidade necessária para que investidores sérios assumam o risco dos respectivos projetos. No plano do estudo de viabilidade, a correção dessa situação é dada pela utilização de custos de financiamento subsidiados (no caso dos projetos do PIL — Programa de Investimento em Logística, TJLP +2%), por meio dos quais se obtém o efeito de aumento da taxa interna de retorno estimada do investidor. Em outros casos, como, por exemplo, nos 7 lotes de concessão rodoviária federais licitados em 2007, o sucesso das licitações pode estar intimamente ligado ao insucesso no cumprimento dos contratos. Em outras palavras, apesar das licitações não darem vazias, o contratado simplesmente não cumpriu no prazo pactuado as obrigações de investimento previstas no contrato. Parece que a estratégia nesse caso foi o adiamento de investimentos exigidos no contrato, por exemplo, por meio de falso esforço para obtenção das licenças ambientais (entrega pelo concessionário ao órgão ambiental de estudos deficientes que levaram o órgão ambiental a não emitir as licenças) e uso do suposto radicalismo dos órgãos ambientais como desculpa para não obtenção das licenças. Isso ocorreu em projetos de concessão *brownfield*, isto é, projetos em que já existe infraestrutura implantada e que, por isso, a cobrança das tarifas ou percepção de outras receitas pelo concessionário é viável mesmo antes da realização de investimentos relevantes. Daí que talvez a solução desse problema seja modelar os projetos de modo a dar-lhes características, da perspectiva financeira, semelhantes às de projetos *greenfield*.

sempre menores que aquelas estabelecidas pelos concessionários como referência para a realização do investimento.^{26,27}

Isso quer dizer que a ocorrência de evento gravoso que impacta o concessionário, mas que é risco do Poder Concedente levará à redução da rentabilidade do primeiro. Em outras palavras: o sistema de compensação ao concessionário por riscos que são atribuídos ao Poder Concedente **será insuficiente** para colocá-lo na mesma condição anterior à ocorrência do evento gravoso. E isso é o que materialmente caracterizaria, do ponto de vista jurídico, **enriquecimento sem causa**. Não haveria, contudo, enriquecimento sem causa nesse caso simplesmente porque, como essas metodologias são, em regra, estipuladas no contrato, a causa do enriquecimento nesse caso seria a natureza e estrutura do próprio contrato que as partes celebraram.

Parece-me, contudo, mais controversa a relação entre a figura jurídica da “onerosidade excessiva”, prevista no artigo 478 a 480, do Código Civil, e a circunstância descrita acima.²⁸

²⁶ Isso decorre das premissas geralmente utilizadas, particularmente, pelo Ministério da Fazenda para cálculo do WACC a ser utilizado como referência para os projetos. A impressão que às vezes fica a um observador atento é que se define um número cabalístico de TIR de projeto (por exemplo, 8%), se define o custo da dívida e a alavancagem por referência às regras de financiamento do BNDES para o setor, e a resultante disso é o TIR do investidor. A metodologia do CAPM — Capital Asset Pricing Model para definição da TIR do investidor de referência nesse contexto parece ser usada apenas como um instrumento para justificar o valor do TIR do investidor resultante dessa conta. A extensão da série histórica utilizada para definição do risco Brasil e a metodologia para cálculo do β setorial são os alvos de ajustes para justificar o número já estabelecido pelo exercício acima mencionado.

²⁷ Note-se que não é incomum que os próprios consultores do Governo, nessas circunstâncias, para que as decisões governamentais sejam respeitadas sem por em risco a atratividade do projeto, tenham desenvolvido, por exemplo, entre outros artifícios para tanto, formas de aumentar os custos de investimento/operacionais na modelagem, de maneira que esses custos mais altos compensem a diferença entre as taxas de rentabilidade de mercado e aquelas declaradas pelo Governo.

²⁸ Um tema que tenho visto ser discutido no âmbito do Poder Público é a possibilidade de uso do instituto da onerosidade excessiva para reduzir a rentabilidade de contratos de concessão assinados vários anos atrás pelo fato da sua rentabilidade parecer excessivamente alta em vista das condições macroeconômicas atuais.

O meu entendimento é que não é viável usar o instituto da onerosidade excessiva nesse caso. Note-se que (a) a rentabilidade de uma concessão é algo que não se sabe qual será até o dia que se extingue o contrato, portanto, não me parece fazer sentido buscar mudar a rentabilidade real do concessionário, ideia de alterar o contrato por onerosidade excessiva com base na comparação entre a rentabilidade estimada originalmente para o contrato e a rentabilidade estimada em vista das condições atuais macroeconômicas do país não me parece fazer

Como exemplo, imagine-se a existência de contrato de concessão que fixa taxa contratual para diluição no tempo da compensação financeira por riscos de uma parte, mas cujos eventos gravosos afetam a outra. Suponha-se que essa taxa é menor do que a taxa de rentabilidade de referência fixada pelo concessionário por ocasião da sua proposta (como é comum acontecer recentemente nos projetos do Governo Federal). Imagine-se, agora, que, por circunstâncias fora do controle das partes, ao longo do contrato de concessão, se materializem diversos eventos que são risco do Poder Concedente, mas que afetam diretamente o concessionário.

sentido; (b) a rentabilidade de referência do Plano de Negócios, se a regulação do contrato for feita adequadamente, nada tem a ver com a rentabilidade real efetiva do concessionário, que depende fundamentalmente da sua eficiência na gestão dos riscos que o contrato lhe atribuí; (c) por fim, o concessionário, ao tomar a decisão de investimento no projeto, o faz por 25-30 anos, e ele não tem opção de simplesmente deixar o investimento, retirar os seus recursos e investir em outro projeto. Ele fica “trancado dentro” do projeto até a extinção do contrato. Nesse contexto, qualquer mudança de regras sobre sua remuneração afeta substancialmente a lógica da decisão de investimentos e a própria idoneidade do processo licitatório e da celebração do contrato; (d) a taxa de rentabilidade estimada no plano de negócios originário considerou esse “trancamento do concessionário no investimento” por 25-30 anos considerando as outras opções de investimento com perfil semelhante no momento em que a decisão de investimento foi tomada, e com base em processo licitatório que em tese avaliou quem precificou mais baixo esse custo “estar trancado dentro do investimento”. Uma mudança do contrato por onerosidade excessiva simplesmente desvirtuaria essa tomada de decisão e reduziria a rentabilidade do concessionário que não teve e não teria a opção de tirar os recursos desse investimento para realizar outros caso esse investimento não fosse rentável. Portanto, rever contratos em curso por onerosidade excessiva por conta das taxas de rentabilidade previstas nas estimativas dos seus planos de negócios é algo que não faz sentido para mim. Vale lembrar, por fim, que apesar dessa ideia parecer sedutora ao Poder Público nesse momento, imagine-se que a situação macroeconômica do país tivesse piorado ao longo de todos esses anos de contrato, o Poder Concedente admitiria revisão dos contratos em favor do concessionário por isso? Observe-se que não me parece que estamos muito longe de testemunhar piora dos fundamentos macroeconômicos do país. Se isso ocorrer, será dado aos concessionários revisarem os contratos a seu favor?

Tecnicamente, me parece que se admitir a alegação de onerosidade excessiva dos contratos pelo fato da taxa de rentabilidade estimada dos planos de negócio serem excessivamente altas à vista das condições macroeconômicas atuais do país seria quebrar a própria lógica desses contratos e abrir a porta para revisões de parte a parte que no fundo desconSIDERAM a própria distribuição de riscos contratual.

O aumento da aleatoriedade dos contratos e perda da credibilidade da distribuição de riscos contratual, no médio prazo, resultarão em custos maiores para os usuários e para o próprio poder público, porque ou serão atraídos para esses contratos apenas os “apostadores aventureiros” (caso em que os contratos só eventualmente serão cumpridos, particularmente em relação às obrigações de investimento) ou serão atraídos os participantes sérios, mas com remuneração do seu capital muito mais alto em vista das inseguranças decorrentes da aleatoriedade dos contratos.

Como descrito acima, a cada vez que o Poder Concedente diluir no tempo a compensação ao concessionário pela ocorrência desses eventos, ele reduzirá a rentabilidade do projeto para o concessionário, em comparação com a rentabilidade de referência estipulada pelo concessionário quando entrou no negócio.

Nesse contexto — se a discussão do enriquecimento sem causa parece pouco promissora, pois se trata de enriquecimento com base em contrato celebrado e, portanto, produto da manifestação de vontade das partes — parece-me, por outro lado, que a situação acima descrita, a depender das consequências econômico-financeiras para o concessionário, pode ser enquadrada na categoria jurídica de onerosidade excessiva, prevista no arts. 478 a 480, do Código Civil, o que daria a possibilidade da parte afetada (que, em regra, será o concessionário) requerer a resolução do contrato ou a sua alteração.

II.5.4.3.1. DILUIÇÃO NO TEMPO DE VALOR CERTO (NÃO DEPENDENTE DO DESEMPENHO DO CONCESSIONÁRIO) VS. DILUIÇÃO DE VALOR DEPENDENTE DE DESEMPENHO DO CONCESSIONÁRIO

Tem sido comum discutir-se em processos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de projetos de concessão ou PPP se faria sentido estabelecer taxas diferentes para diluição no tempo:

- a) de receitas futuras dependentes do desempenho do concessionário — por exemplo, quando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dá por aumento de prazo do contrato;
- b) de receitas futuras que não dependem do desempenho do concessionário — nesse caso o valor a ser recebido pelo concessionário já está definido, o seu pagamento, contudo, é diluído em parcelas, por exemplo, no caso em que o Poder Concedente, em uma PPP, resolve reequilibrar o contrato por meio do pagamento em 5 parcelas anuais de um valor reconhecidamente devido ao concessionário.

A ideia que se tem trazido à discussão é que, no caso da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de pagamentos futuros não dependentes do desempenho do concessionário, a taxa para diluição do pagamento no tempo deveria ser menor que a taxa contratual que reflete a rentabilidade do contrato (e, portanto, o risco de desempenho do concessionário).

Essa discussão como várias outras em torno do equilíbrio econômico-financeiro de contratos aparece em situações em que os contratos de concessão são omissos ou pouco claros sobre a exata metodologia a ser empregada para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Na minha opinião, na situação descrita acima, não faz sentido a distinção entre a hipótese em que há risco de desempenho e a hipótese em que não há risco de desempenho do concessionário para efeito de definição de taxas diversas para diluição no tempo do pagamento.

Todas as vezes que o Poder Concedente empurrar para o futuro o pagamento ao concessionário de alguma compensação, ele estará reduzindo a rentabilidade do concessionário; ele estará retendo capital do concessionário relacionado ao projeto, sem dar-lhe a remuneração equivalente à rentabilidade que o concessionário estimou obter no projeto. Por isso, para que o concessionário seja compensado adequadamente — isto é, para que ele não perca rentabilidade em virtude de riscos que são do Poder Concedente — todas as vezes que houver atraso na percepção de valores devidos ao concessionário, ele deverá ser compensado com remuneração equivalente à rentabilidade estimada em vista dos riscos do projeto, conforme os critérios previstos no contrato de concessão ou PPP (taxa prevista no PN, ou taxa estimada nos estudos de viabilidade elaborados originariamente pelo Poder Concedente etc.).

O argumento contrário é que, quando o valor da compensação financeira se tornar certo, mas apenas o seu pagamento for diluído no tempo — como no exemplo já citado acima, no qual o Poder Concedente resolve em uma PPP pagar a compensação sob a forma de contraprestação pública fixa, diluída em várias prestações anuais — o concessionário não estaria em tese correndo o risco do projeto, o risco de desempenhar bem ou mal na execução de obrigações contratuais

relativas ao projeto. Tratar-se-ia de um pagamento certo, só que diluído no tempo. Os defensores desse argumento geralmente creem que a taxa para diluição no tempo desse valor deve ser menor que a rentabilidade do projeto para o concessionário, uma vez que, nesse caso, o único risco que o concessionário estaria correndo é o de não pagamento, e não propriamente todos os riscos do projeto.

Contra esse argumento, basta dizer que, ao reter o valor devido ao concessionário sem remunerá-lo pela rentabilidade contratualmente estabelecida (supondo-se que essa rentabilidade seja igual à rentabilidade estimada do concessionário), o Poder Concedente estará a reduzir a rentabilidade geral do projeto para o concessionário. E isso me parece suficiente para afastar a posição que gostaria de remunerar nesses casos o capital do concessionário por uma taxa menor que aquela estipulada para o projeto como um todo, simplesmente porque nesse caso o concessionário não estaria correndo risco de desempenho.

Note-se que o raciocínio que supõe que a remuneração dos recursos deve ser menor que a taxa de rentabilidade contratual em caso de retenção para pagamento a prazo de valores certos de compensação financeira para recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de contrato parece equiparar o investimento voluntário do concessionário com a retenção compulsória realizada pelo Poder Concedente porque não quer pagar à vista ao concessionário. Se o concessionário resolvesse investir os seus recursos em uma aplicação qualquer, com o nível de risco da retenção de valores para pagamento a prazo pelo Poder Concedente, ele possivelmente poderia concordar com remuneração mais baixa que a rentabilidade contratual, mas não é isso que está ocorrendo nesse caso: a retenção da sua compensação por riscos do Poder Concedente é feita compulsoriamente (da perspectiva do concessionário) e, à medida que essa retenção se realiza, a sua rentabilidade no projeto cai.

Portanto, na minha opinião, qualquer diluição no tempo da recomposição da situação do concessionário anterior a ocorrência do evento que é risco do Poder Concedente deve ser feita seguindo a taxa de rentabilidade do projeto contratualmente estabelecida (supondo que ela reflete o risco de investimento e operação do projeto como um todo). Isso

porque a utilização de qualquer outra taxa menor que essa levaria à perda da rentabilidade do projeto para o concessionário pela ocorrência de evento que o contrato estabeleceu que é risco do Poder Concedente.

II.5.5. LIMITES NO USO DA METODOLOGIA DO FLUXO DE CAIXA MARGINAL

Com as licitações de concessões dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, o Governo Federal passou a utilizar, em seus contratos de concessão de infraestruturas, a metodologia do fluxo de caixa marginal em substituição ao PN para realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por riscos que são atribuídos a uma das partes, mas cujos eventos graves afetam a outra parte.

A seguir, pretendo descrever rapidamente a metodologia do fluxo de caixa marginal e mostrar que ela tem limites como substituto do PN para a compensação financeira por riscos que são de uma parte, mas cujos eventos graves afetam a outra parte.

II.5.5.1. DESCREVENDO A METODOLOGIA DO FLUXO DE CAIXA MARGINAL

A metodologia do fluxo de caixa marginal foi desenvolvida para compensação de concessionários pela inclusão de novos investimentos no contrato.

A ideia fundamental dessa metodologia é privilegiar o contexto econômico do momento em que é tomada a decisão do novo investimento. Isso se opõe à ideia tradicional de utilização das premissas financeiras do PN originário para reger as condições do novo investimento.

Note-se que o PN é elaborado antes da assinatura do contrato. Por isso, quando há a decisão de inclusão de um novo investimento, por exemplo, no décimo ou décimo-quinto ano do contrato de concessão ou PPP, é provável que já tenha havido mudança relevante nas condições macroeconômicas, financeiras e técnicas de execução do contrato, e, por isso, as premissas financeiras do PN muitas vezes são inadequadas para a modelagem de novo investimento.

A metodologia do fluxo de caixa marginal utiliza 2 instrumentos para privilegiar o contexto econômico do momento da inclusão do novo investimento no contrato:

- a) utiliza taxa de desconto, que pode ser obtida por uma fórmula pré-estipulada no contrato, e que deveria se basear em uma taxa de mercado, como, por exemplo, o CDI — a versão já citada incluída no contrato de concessão da rodovia BR 116/324 usou como referência a TJLP;
- b) utiliza custos de mercado no dimensionamento dos custos operacionais e de investimentos para a modelagem do novo investimento, — isso se opõe a ambos (i) a utilização de sistemas de preços públicos como o SICRO II²⁹ e (ii) a utilização das referências originárias do PN.

Além disso, tem sido comum transferir, em relação aos novos investimentos o risco de demanda do concessionário para o Poder Público, isso por meio do ajuste periódico do modelo financeiro utilizado para os novos investimentos, nos processos de revisão do contrato, substituindo-se as estimativas de demanda constante do modelo financeiro pelo valor da demanda real — mantendo-se todas as outras variáveis e premissas do modelo.

II.5.5.2. LIMITAÇÕES DO EQUILÍBRIO POR FLUXO DE CAIXA MARGINAL PARA COMPENSAÇÃO DE RISCOS DE UMA PARTE, MAS CUJOS EVENTOS AFETAM A OUTRA PARTE

Como mencionado acima, a metodologia do fluxo de caixa marginal, quando prevista adequadamente no contrato, fixa no contrato a taxa a ser usada para desconto do fluxo de caixa do novo investimento.

Quando o contrato estabelece que a metodologia do fluxo de caixa marginal será utilizada para diluir no tempo a compensação financeira

²⁹ Em alguns contratos, contudo, a metodologia foi distorcida para utilizar sistemas de custos públicos ao invés de custos de mercado.

pelos eventos que são risco de uma das partes, mas cuja ocorrência afeta a outra, a taxa para desconto do fluxo do novo investimento passa a ser utilizada para diluição no tempo da mencionada compensação financeira.

Isso como já notamos implica, na prática, em ter uma taxa contratual para diluição no tempo da compensação financeira de uma parte por riscos que são da outra parte menor que a taxa de rentabilidade esperada do concessionário.

Essa circunstância, como já notamos acima:

- (a) reduz a credibilidade da própria distribuição de riscos contratual, por insuficiência do sistema estabelecido para compensação financeira por riscos de uma parte, mas cujos eventos graves afetam a outra parte — o concessionário receberá compensação financeira por ter sido atingido por eventos que são risco do Poder Concedente que, a rigor, não lhe coloca na situação anterior à ocorrência do evento gravoso. Em outras palavras, o concessionário terá as condições econômicas e financeiras do seu contrato atingidas por riscos que são atribuídos pelo contrato ao Poder Concedente;
- (b) cria risco relevante de ocorrência de situações caracterizáveis juridicamente como onerosidade excessiva do contrato para a parte atingida por riscos que o contrato atribui à outra parte.

Mas há um problema ainda mais grave que a metodologia do fluxo de caixa marginal não consegue equacionar. E acho que a melhor forma de explicá-lo é com um exemplo.

Imagine-se um projeto de concessão de rodovias, cujo contrato estabeleça: (i) a obrigação do Poder Concedente de emitir o DUP — Decreto que declara de Utilidade Pública as áreas lindeiras à rodovia existente para efeito de desapropriação, em até 60 dias da assinatura do contrato; e (b) a obrigação também do Poder Concedente de obter a licença prévia para o projeto de duplicação dessa rodovia. Como o processo de licenciamento prévio estava avançado na época da modelagem

do contrato, o contrato de concessão estabeleceu prazo máximo de 120 dias para o Poder Concedente disponibilizar essa licença, contados da assinatura do contrato.

Imagine, além disso, que esse é um projeto que envolve investimentos relevantes nos primeiros anos, e, por essa razão, o vencedor da licitação, além de ter aportado montante relevante de recursos na sociedade de propósito específico, como condição da assinatura do contrato, obteve empréstimo-ponte e reservou recursos adicionais para os aportes que seriam necessários caso a obra tivesse início.

Agora, suponha que o Poder Concedente simplesmente não consiga obter nem o DUP nem licença prévia ambiental nos prazos estipulados no contrato. Esse atraso implicaria em empurrar receitas e investimentos para o futuro, o que significa na prática perda de rentabilidade para o investidor, porque (a) ele estará pagando taxa pela disponibilidade e não uso do recurso do empréstimo-ponte junto ao banco (os bancos não assumem risco de atraso de projetos); (b) o investidor estará com recurso próprio disponível, mas sem uso (ele não poderá fazer qualquer aplicação de mais longo prazo e risco mais alto, porque a qualquer momento o recurso precisará estar disponível, para o caso da obtenção das licença prévia e do DUP pelo Poder Concedente); (c) o adiamento do início da percepção das receitas do projeto também implica em perda de rentabilidade e isso geralmente não é compensado pelo simples atraso das obrigações de investimento. Enfim, a não utilização dos recursos voltados para o projeto ao tempo e hora leva a perda de rentabilidade do investidor, perda essa que é diretamente proporcional ao atraso.

Nesse contexto, será necessário recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que o concessionário não sofra as consequências graves decorrentes de risco atribuído ao Poder Concedente.

Mas — em um contrato de concessão em que o PN não é levado ao conhecimento do Poder Concedente e o sistema de reequilíbrio é por fluxo de caixa marginal — a questão central é: como fazer o reequilíbrio nesse caso?

Como estabelecer o valor dos custos esperados do concessionário e o valor das suas receitas se não há PN, nem qualquer outra referência

para isso? Como, enfim, prever os efeitos financeiros sobre a concessionária ou sobre o seu investidor do adiamento que é risco do Poder Concedente?

O grande problema neste caso é que a concessionária não tem ainda um fluxo de caixa, ela não tem qualquer receita, e os custos que ela teve são apenas os iniciais relativos à montagem da empresa, contratação de pessoas, eventualmente a contratação dos projetos das obras etc.. Então, não há (a) nem custos estimados no PN nos quais as Partes poderiam se basear, (b) nem referências de custos reais (decorrentes dos investimentos e operação da própria concessionária).

Aliás, nessa situação, a única referência disponível para se projetar o fluxo de caixa do projeto são os estudos de viabilidade do projeto elaborados pelos consultores do Poder Concedente. Para evitar, contudo, que esses estudos sejam utilizados para gerar responsabilidade para o Poder Concedente por erros, equívocos nas suas projeções, o contrato de concessão ou PPP nesse exemplo hipotético que estamos descrevendo estabelece claramente que esses estudos são referenciais e não vinculam nem o concessionário, nem o Poder Público.

Se houvesse PN, seria relativamente simples definir-se a compensação ao concessionário pelo atraso. Bastaria prever o atraso no PN, incluir como custo adicional as penalidades pagas pelo concessionário a terceiros por consequência desse atraso (por exemplo, a taxa pela disponibilidade dos recursos do empréstimo-ponte) e verificar como o Poder Concedente iria compensar o concessionário mantendo-se a mesma meta de rentabilidade prevista no PN — poderia ser por aumento da tarifa, aumento do prazo de contrato, atraso ou supressão de investimentos etc., sempre mantendo como meta a rentabilidade do projeto para o concessionário.

Mas sem o PN — e considerando que a metodologia do fluxo de caixa marginal simplesmente é um instrumento inapto a dar solução a esse problema — a indispensável compensação do Poder Concedente ao concessionário pelo atraso vai virar um processo de **pura negociação**.

Portanto, nesse caso, o esforço de afastar e de não utilizar a qualquer custo o PN — e a extensão tecnicamente inconsistente da metodologia

do fluxo de caixa marginal para compensação de riscos que são de uma parte, mas cujos eventos gravosos atingem à outra parte — transformará o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em pura negociação. E a minha pergunta é: será que isso protege, será que isso tutela os interesses do Poder Concedente? Será que isso protege os interesses do usuário e do Poder Público? A minha percepção é que não.

E o pior é que isso mais cedo ou mais tarde vai levar as questões à arbitragem ou ao Judiciário, pois, mesmo que os agentes públicos envolvidos na regulação e fiscalização dos contratos entendam que uma situação — como a descrita no exemplo acima — demande a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a falta de critérios para realizar a tal recomposição vai criar uma situação extremamente desconfortável para que esses agentes públicos aprovelem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, particularmente em situação como a atual em que os órgãos de controle da Administração Pública certamente vão questionar qualquer critério que venha a ser usado para essa recomposição, baseado em mera negociação.

O resultado disso é que, para evitar conflitos ou problemas com os órgãos de controle, os agentes públicos vão simplesmente se negar a fazer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na via administrativa, e isso vai levar a solução da questão para a arbitragem ou para o Judiciário, o que aumentará os prejuízos e incertezas para todas as partes, e, certamente, resultará mais cedo ou mais tarde, direta ou indiretamente, em aumento do custo total do serviço para o usuário.

II.5.5.3. LIMITAÇÕES DA METODOLOGIA DO FLUXO DE CAIXA MARGINAL PARA NOVOS INVESTIMENTOS

Já defendi várias vezes no passado e continuo achando que a metodologia do fluxo de caixa marginal é um excelente instrumento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por novos investimentos.

Há, entretanto, algumas limitações que tenho percebido, seja pela evolução da minha reflexão sobre o tema, seja por deficiências que o próprio uso prático da metodologia tem demonstrado.

A primeira decorre do fato da metodologia do fluxo de caixa marginal estabelecer uma taxa contratual para desconto dos fluxos para novos investimentos.

Como já notamos acima, a própria estipulação de uma taxa contratual cria o risco de que essa taxa seja maior ou menor que a rentabilidade estimada pelo concessionário em relação ao projeto. Nos projetos do Governo Federal, em regra a taxa contratual é menor do que rentabilidade estimada do concessionário. Nesse contexto, cada vez que se inserir um novo investimento no contrato, haverá uma queda da rentabilidade geral do projeto para o concessionário. E, quanto maior for o novo investimento a ser inserido, maior será a queda da rentabilidade para o concessionário.

Daí que acho razoável que o contrato preveja:

- (a) ou limites à inclusão de novos investimentos no contrato de concessão, por exemplo, limite como percentual do valor estimado do contrato — o contrato poderia estabelecer que investimentos maiores que esse limite seriam objeto de negociação da taxa de desconto entre as partes, ou o Poder Concedente seria obrigado a fazer nova licitação para o projeto ou custear o novo investimento por meio de outros contratos;³⁰
- (b) ou a possibilidade do concessionário se negar a realizar o novo investimento, caso em que as Partes poderiam acordar fazer o novo investimento em condições negociadas, ou o Poder Concedente poderia realizá-lo por meio de contrato de obra pública. A rigor o meu entendimento sobre esse tema, já expressado em artigo já publicado³¹, é que, a não ser que o contrato preveja expressamente a obrigação do concessionário realizar o novo investimento (caso em que sequer se poderia dizer que a rigor é “novo investimento”), o concessionário não tem obrigação de

³⁰ Nos novos contratos de concessão de infraestrutura ferroviária, esta hipótese está em discussão entre a ANTT e a iniciativa privada.

³¹ Ver RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Alteração de Contratos de Concessão e PPP por Interesse da Administração Pública – Problemas Econômicos, Limites Teóricos e Dificuldades Reais*. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/ fev. 2013.”.

aceitar a inclusão de novo investimento no contrato. Isso porque não se aplica automaticamente aos contratos de concessão e PPP o §1º, do art. 65, da Lei 8.666/93, que estabelece obrigação do contratado da Administração Pública em aceitar alterações quantitativas no contrato dentro dos limites que estabelece.

O regramento sobre a possibilidade do concessionário se negar a realizar o novo investimento enfrenta uma série de desafios, entre eles o desenvolvimento das normas contratuais para lidar com as interfaces entre o contrato de concessão e os contratos eventualmente celebrados pelo Poder Concedente, caso ele decida realizar, por outros meios, investimento que o concessionário se negue a realizar.³²

³² Nessa situação, será comum haver a ameaça velada do Poder Público de encampar o projeto. Por isso, o concessionário terá pouco incentivo para não realizar o novo investimento. Na verdade, o poder que o contrato lhe der para resistir será utilizado na negociação para obtenção de uma rentabilidade maior que a desejada pelo Poder Concedente nesse novo investimento.

II.6.

Financiamento de concessões e PPP: Sugestões sobre como lidar com os riscos de encampação e rescisão^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro

Paulo Vitor Torres da Matta³

¹ Os autores gostariam de agradecer e confessar dívida com Adriano Sá de Seixas Maia e Mariana Deperon Grimaldi de Oliveira, advogados em São Paulo/SP, pelas diversas contribuições que realizaram para a redação do presente artigo. Agradecem sua disponibilidade para discutir abertamente ideias em torno do tema, o que melhorou substancialmente o seu conteúdo e deixou a exposição do assunto mais esmerada. Quaisquer erros ou omissões são, contudo, de exclusiva responsabilidade dos autores.

² Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 23/2/2014, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/risco-politico-em-financiamento-de-concessoes-final>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

³ Paulo Vitor Torres da Matta é advogado no Portugal Ribeiro Advogados (paulo@portugalribeiro.com.br).

II.6.1. INTRODUÇÃO

Em contratos de concessão e PPP, chama-se de *encampação* a extinção antecipada do contrato, por iniciativa do Poder Concedente, por motivação política. E chama-se de *rescisão* a extinção antecipada do contrato por iniciativa do Concessionário, por descumprimento do contrato pelo Poder Concedente. Encampação e rescisão são manifestações do risco político no que toca à extinção dos contratos de concessão e PPP.

No Brasil, em contratos de financiamento do parceiro privado ou concessionário, mesmo nos casos em que o crédito é concedido por uma agência de fomento ou banco de desenvolvimento (chamaremos nesse estudo a agências de fomento e os bancos de desenvolvimento, em conjunto, de “instituições de fomento”⁴), os financiadores buscam transferir o risco político de extinção do contrato ao concessionário e até aos acionistas do concessionário, obrigando-os a garantir o pagamento do saldo da dívida, mesmo no caso de rescisão ou encampação do contrato de concessão ou PPP.

Contudo, a ocorrência dos eventos ensejadores de rescisão (inadimplimento do Poder Concedente) e encampação (decisão por interesse público) não é controlável pela concessionária ou por seus acionistas e, atualmente, não há no mercado brasileiro seguro disponível que permita ao ente privado diluir socialmente tal risco.

Nesse contexto, as orientações mais elementares de alocação eficiente de riscos em contratos de concessão aconselhariam que os riscos de

⁴ São instituições de fomento no Brasil o BNDES, a Caixa Econômica Federal, o BNB, o BASA, o BDMG, a SUDENE, entre outros.

rescisão e encampação fossem assumidos pelo Poder Concedente.⁵ No entanto, as regras constantes da Lei 8.987/95 (“Lei de Concessões”), a ausência de cláusulas detalhadas nos contratos de concessão e PPP e a superficialidade da visão doutrinária e das decisões judiciais sobre o tema terminam por atribuir, na prática, parcela relevante desse risco ao concessionário e até a seus acionistas.

Buscando contribuir para o desenvolvimento de melhores práticas na estruturação de contratos de financiamento de infraestrutura, as perguntas que gostaríamos de tratar no presente estudo são as seguintes:

- (i) Em cenário ideal, como deveriam ser a legislação e as cláusulas contratuais sobre encampação e rescisão dos contratos de concessão e PPP? E como deveriam ser as cláusulas dos contratos de financiamento de concessionários ou parceiros privados acerca da distribuição de riscos sobre encampação e rescisão de contratos de concessão ou PPP?
- (ii) No cenário atual, como são a legislação e as cláusulas contratuais sobre encampação e rescisão dos contratos de concessão e PPP? Qual a dimensão exata desses riscos? Quem, na prática, assume o risco de encampação e rescisão nos contratos de concessão e PPP e nos contratos de financiamento de parceiros privados?
- (iii) Que medidas legislativas e contratuais seriam desejáveis para aproximarmos o cenário real do ideal?

II.6.2. O CENÁRIO IDEAL: O PODER CONCEDENTE ASSUME OS RISCOS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO POR RAZÕES POLÍTICAS

Como os riscos de extinção de contrato por encampação e a ocorrência dos eventos ensejadores de rescisão contratual não são controláveis pelo

⁵ Sobre as regras para alocação eficiente de riscos em contratos de concessão e PPP, vide RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 78-104.

parceiro privado, em cenário ideal, esses riscos deveriam ser completamente assumidos pelo Poder Concedente em contratos de concessão e PPP.

Tanto no caso de encampação, quanto no caso de rescisão, o Poder Concedente deveria indenizar, em dinheiro, previamente, o concessionário pelos investimentos não amortizados (incluindo, na indenização o fluxo de distribuição de dividendos previstos para os acionistas da SPE, trazido a valor presente por uma taxa de mercado, como, por exemplo, a SELIC).⁶

No caso de encampação, já há exigência legal expressa de que a indenização seja prévia (art. 37 da Lei de Concessões).

No caso de rescisão, há dois momentos que precisam ser tratados pelas normas legais e contratuais. O primeiro é o momento do litígio para definir se houve descumprimento do contrato e se ele dá cabida ao direito de rescisão. O segundo é após o término do litígio, caso seja declarada a rescisão.

Em relação ao momento do litígio, é preciso haver regras sobre as condições financeiras para o concessionário continuar prestando o serviço até a decisão final do litígio. Imagine-se, por exemplo, que o fundamento do pedido de rescisão seja o descumprimento pelo Poder Concedente das suas obrigações de pagamento de contraprestação, em uma concessão administrativa na qual todas as receitas do concessionário provenham de pagamento público, por exemplo, nas PPPs de presídios. Se não houver fixação da obrigação do Poder Concedente pagar a contraprestação ao longo do prazo necessário à decisão do litígio, é provável que o concessionário venha a falir muito antes de qualquer

⁶ É regra basilar dos contratos de concessão e PPP que uma das consequências de qualquer caso de sua extinção antecipada seja a indenização pelo Poder Concedente ao concessionário por investimentos não amortizados. Isso porque ao extinguir a concessão, reverterem para o Poder Concedente todos os bens indispensáveis à prestação dos serviços, mesmo que eles não estejam amortizados, ou seja, não estejam totalmente pagos ao concessionário que os construiu ou adquiriu. Quando se extingue um contrato privado, a parte que fez investimentos, que adquiriu bens, poderia alienar esses bens e, assim, amortizar, ao menos parcialmente, o investimento que realizou. Contudo, nos contratos de concessão, todos os bens necessários à prestação de serviço obrigatoriamente devem ser transferidos para o Poder Concedente. Por isso, o concessionário deve ser indenizado pelos investimentos não amortizados em bens da concessão, evitando-se o enriquecimento sem causa do Poder Concedente.

decisão sobre a rescisão. Por isso, é indispensável que, no ato da configuração do litígio sobre a rescisão, o Judiciário ou a Corte Arbitral fixe imediatamente as condições econômico-financeiras para que o concessionário dê continuidade à prestação do serviço até a decisão final sobre a rescisão.⁷

Uma vez que haja decisão final declaratória da rescisão, é preciso que a indenização e o pagamento pelo Poder Concedente de multas ao concessionário se dê antes e como condição da ruptura do contrato. Para isso, o ideal seria que o juiz, ao decidir sobre a rescisão, estabeleça, desde logo, o valor da indenização pelos ativos não amortizados, ou, caso seja do interesse do ente privado, condicione a rescisão ao pagamento dessa indenização pelo Poder Concedente.

O momento mais sensível no caso da rescisão é durante o litígio. Quanto mais longo for o litígio, maior o risco para ambas as partes.⁸ Por isso, o ideal seria que a decisão final fosse tomada o mais rapidamente possível. Daí a importância de ser possível decidir esse conflito por meio de arbitragem, já que no Judiciário brasileiro seriam necessários anos para se atingir uma decisão transitada em julgado.

Como mencionado anteriormente, no cenário ideal, todo o risco de encampação e da ocorrência de eventos ensejadores de rescisão seria atribuído ao Poder Concedente. A SPE — Sociedade de Propósito Específico signatária do contrato de PPP ou concessão, os acionistas da SPE e os seus financiadores não seriam impactados por esses riscos, o que quer dizer que eles estariam protegidos tanto do risco de, no momento da extinção do contrato, a indenização pelos investimentos não amortizados ser menor que o saldo da dívida captada perante os financiadores somado aos investimentos privados efetuados, quanto do risco de atraso no pagamento da referida indenização.

⁷ Isso é, inclusive, uma condição para a própria efetividade da decisão judicial sobre a rescisão e, por isso, do ponto de vista do processo civil, é razoável que ela seja obtida como tutela judicial de urgência.

⁸ Note-se que o parágrafo único do art. 39 da Lei de Concessões estabelece a obrigação do concessionário de dar continuidade à prestação dos serviços até a decisão sobre a rescisão.

Para isso, no cenário ideal, seria necessário que os contratos de concessão e PPP estabelecessem regras adequadas para cálculo da indenização pelos investimentos realizados pelo ente particular e não amortizados.

II.6.3. DIFICULDADES REAIS EM TORNO DA DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS DE RESCISÃO E ENCAMPAÇÃO

A seguir, enumeramos os obstáculos à ocorrência do cenário ideal acima descrito:

- a) Os contratos de concessão, em regra, não estabelecem a metodologia de cálculo do valor da indenização pelo investimento não amortizado. Quando muito, estabelecem o procedimento para definição desse valor (por exemplo, indicação de auditores para realização de levantamentos e cálculo do valor da indenização). Cria-se o risco da indenização pelos investimentos não amortizados ser menor que o saldo da dívida e risco de atraso para definição do valor da indenização. Há alguns contratos que dizem claramente que a indenização deve ser suficiente para cobrir o saldo da dívida, mas esses são exceção.
- b) Em relação à rescisão, a Lei 8.987/95 estabelece que o concessionário tenha que continuar prestando o serviço até a decisão transitada em julgado de rescisão (parágrafo único, do art. 39), sem nenhuma referência às condições econômico-financeiras para a continuidade da prestação do serviço. Há, portanto, o risco do concessionário ser forçado a prestar o serviço até a decisão judicial ou arbitral transitada em julgado sobre a rescisão, sem ter a contrapartida econômico-financeira necessária para tanto.
- c) A lei não estabelece expressamente que o pagamento da indenização tem que ser anterior à efetivação rescisão. Diante do

inadimplemento do Poder Concedente e consequente rescisão do contrato por culpa deste último, apesar da legitimidade do recebimento de indenização prévia pelo concessionário ser patente, haveria risco do Judiciário ou Corte Arbitral decidir pela rescisão do contrato, a se efetivar imediatamente sem determinar o pagamento, em dinheiro da indenização prévia, o que faria com que o concessionário precisasse buscar a definição e a satisfação do seu direito à indenização pelas vias ordinárias.⁹ Decisões desse tipo aumentariam o risco de atraso no pagamento da indenização. Esse risco, no contexto atual, tem sido lançado sobre o concessionário e até mesmo sobre seus acionistas, já que, mesmo as instituições de fomento têm exigido que o acionista seja responsabilizado pelo pagamento do saldo da dívida nesse caso, independentemente do direito do concessionário de obtenção da indenização.

- d) Alguns questionam a possibilidade da existência de decisão sobre a rescisão contratual ser tomada pela via arbitral, devendo ser necessária decisão judicial transitada em julgado para tanto. Essa posição foi veiculada recentemente nas respostas a questionamentos na consulta pública das concessões de rodovias da ANTT¹⁰ e nos parece completamente despropositada. Entendemos que as questões em torno da extinção dos contratos podem sim ser resolvidas por meio de arbitragem, inclusive no que diz

⁹ É o que tem acontecido nas decisões do STJ sobre extinção dos contratos de concessão por decurso do prazo, nos quais tem se exigido que o concessionário busque seu direito a indenização pelas vias ordinárias. Veja-se os resultados dos julgamentos do REsp nº 1.197.430/SC e do AgRg na SS nº 1.307/PR, nos quais registrou-se que, em tais situações, “a efetividade do direito à indenização da concessionária, caso devida, deve ser garantida nas vias ordinárias.”

¹⁰ Assim aconteceu, por exemplo, durante as Consultas Públicas nº 131/2013 e nº 132/2013 da ANTT, nas quais se discutiam os contornos legais e econômicos dos editais de licitação e contratos referentes à 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais. Em resposta aos pedidos de alteração das cláusulas que limitam o campo de incidência da arbitragem, a ANTT registrou que as sugestões não poderiam ser acolhidas, “uma vez que a rescisão do contrato é um direito indisponível, não sujeito a arbitragem, além do fato de que a ação judicial a ser proposta está expressamente prevista na Lei nº 8.987/95”.

respeito à indenização por investimentos não amortizados.¹¹ Eventual predominância da posição acima mencionada aumentaria substancialmente o risco de delonga na decisão sobre a rescisão bem como sobre a indenização por investimentos não amortizados.

II.6.4. NA REALIDADE ATUAL, QUAIS SERIAM OS RISCOS ATRIBUÍDOS À CONCESSIONÁRIA EM RELAÇÃO À ENCAMPAÇÃO E RESCISÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO?

Os principais riscos da concessionária em caso de encampação ou rescisão do contrato de concessão são:

- a) A indenização pelos investimentos em bens não amortizados ser menor do que o valor dos investimentos efetuados, incluindo-se o saldo da dívida com financiadores.
- b) A demora de pagamento pelo Poder Concedente da indenização pelo investimento efetuado e não amortizado.

¹¹ Originalmente, a Lei 8.987/95 não mencionava a possibilidade de adoção da arbitragem para solução de conflitos em contratos de concessão. Ela falava apenas da possibilidade de solução de conflitos por meios amistosos, o que alguns juristas consideravam insuficiente para utilização da arbitragem. A ausência de menção expressa à arbitragem se justificava pelo fato de que a Lei 9.307 (“Lei de Arbitragem”) só seria publicada quase um ano e meio depois da Lei de Concessões. A legislação precisa ser interpretada à luz desse fato, ou seja, de maneira sistemática. Como atualmente há regras expressas tanto na Lei 8.987/95 (art. 23-A), quanto na Lei 11.079/04 (art. 11, inciso III) autorizando o uso de arbitragem nos contratos de concessão e PPP, parece-nos fora de propósito discutir a viabilidade jurídica do uso da arbitragem. Na nossa opinião, é perfeitamente possível o uso da arbitragem para solução de quaisquer questões de fato ou de direito e, particularmente as questões econômico-financeiras, relativas a contratos de concessão ou PPP. Nesse sentido, todas as referências que existiam na legislação sobre a necessidade de decisão judicial (por exemplo, o art. 39, da Lei 8.987/95) devem ser entendidas como exigindo decisão arbitral, nos casos em que os contratos preverem a submissão dos conflitos a arbitragem. Por isso, entendemos que, por exemplo, a verificação do descumprimento do contrato pelo Poder Concedente para decretação da rescisão pode ser realizada por arbitragem. Também achamos perfeitamente viável o uso da arbitragem para a definição do valor da indenização por investimentos não amortizados em bens concessão, em qualquer dos casos de extinção do contrato.

II.6.4.1. O RISCO DO SALDO DA DÍVIDA SER MAIOR QUE A INDENIZAÇÃO PELO INVESTIMENTO NÃO AMORTIZADO

Como a dívida captada junto aos financiadores custeia apenas parte do investimento (a outra parte é custeada pelo capital próprio do acionista), em tese, a indenização pelo investimento não amortizado deveria sempre ser maior que o saldo da dívida.

Essa afirmativa tende a ser verdadeira especialmente considerando que o prazo para amortização dos financiamentos a concessionários tende a ser menor que o prazo total da amortização do conjunto de investimentos das concessões.

A certeza de que a indenização pelo investimento não amortizado cobriria a dívida seria reforçada pelo critério previsto no contrato para estipulação da indenização pelo investimento não amortizado.

O tema dos critérios de indenização dos investimentos não amortizados em concessões e PPPs não foi ainda entre nós tratado com a devida seriedade.¹² Talvez a explicação para isso seja o fato da extinção antecipada dos contratos ser considerada evento improvável, já que não existe notícia de ter ocorrido recentemente.

As regras constantes dos contratos de concessão e PPP sobre esse tema não estabelecem critérios e metodologias para o cálculo da indenização. Elas simplesmente limitam-se a repetir a lei dizendo que a indenização é devida.

A forma exata de cálculo dessa indenização acaba por ser definida quando da ocorrência da encampação ou rescisão.

Então, sem prejuízo de oportunamente tratarmos do tema dos critérios de indenização, achamos razoável afirmar, para os efeitos desse estudo, que geralmente há incerteza nos contratos acerca dos efetivos critérios e metodologias para estabelecimento do valor das indenizações, o que gera risco de discussão sobre o valor de indenização ao concessionário.

¹² A única exceção a essa regra é PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros. In: OLIVEIRA, Gesner; FILHO, Luiz Chrysostomo de Oliveira. *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LCT, 2013.

II.6.4.2. O RISCO DE ATRASO NO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO

O risco de atraso no pagamento da indenização é substancialmente maior no caso de rescisão do que no caso de encampação.

No caso de encampação, o art. 37 da Lei 8.987/95 exige expressamente prévia indenização para a realização da encampação. Isso reduz o risco de demora no pagamento da indenização, pois a própria ocorrência da encampação está claramente vinculada ao efetivo pagamento da indenização. A encampação, portanto, só poderá produzir efeitos (extinguir o contrato, assunção da prestação de serviço pelo Poder Concedente etc.) quando a indenização já estiver paga.

O caso da rescisão é diferente do de encampação na medida em que a exigência de pagamento prévio da indenização não está expressa na lei.

Além disso, a decisão de encampação é uma decisão política e ela está, em regra, desvinculada da necessidade de apuração dos fatos que lhe dão origem. Já no caso da rescisão, como a causa do pedido de rescisão pelo concessionário é o descumprimento pelo Poder Concedente do contrato, é preciso haver um prévio processo para apuração do descumprimento do contrato.

Considerando que a causa da rescisão pode ser um descumprimento do contrato pelo Poder Concedente que inviabilize a continuidade do pagamento dos juros e amortização do principal da dívida aos financiadores,¹³ há na rescisão dois pontos a serem equacionados.

O primeiro é o pagamento dos juros e amortização do principal da dívida até o momento da tomada de decisão sobre a procedência do pleito de rescisão. Concomitantemente ao ajuizamento do pedido de rescisão, provavelmente, o concessionário solicitará a estipulação, pelo juiz ou árbitro da causa, liminarmente, das condições de cumprimento do contrato pelo Poder Concedente até decisão final do pleito. É que o parágrafo único do art. 39 da Lei 8.987/95 estabelece a obrigação de o

¹³ Um exemplo disso seria o não pagamento pelo Poder Concedente da contraprestação, numa PPP em que a remuneração do concessionário provenha exclusivamente de contraprestação pública.

concessionário continuar a prestar o serviço até a decisão que declarar a rescisão do contrato. Para que essa obrigação seja cumprida, é preciso que o juiz da causa estipule a obrigação do Poder Concedente de continuar cumprindo o contrato até a decisão sobre a rescisão. Isso é indispensável para que o concessionário tenha condições econômico-financeiras para continuar a prestar o serviço. Mas não há nenhuma menção expressa na lei sobre a necessidade de o juiz ou árbitro da causa fazê-lo, apesar de ser claro para qualquer especialista no tema a necessidade de se exigir que o Poder Concedente cumpra o contrato regularmente até a decisão da rescisão.

O segundo ponto a ser equacionado é o do momento do pagamento da indenização, uma vez tomada a decisão sobre a rescisão.

Em relação ao momento do pagamento da indenização, há dois cenários muito diferentes.

O primeiro cenário — lamentavelmente o mais improvável de ocorrer na prática — é o decisor (juiz ou árbitro) estabelecer, no ato de declaração da rescisão do contrato, o valor da indenização e tornar exigível, líquida e certa a indenização já na sentença que declarar a extinção do contrato, prevendo, inclusive, o pagamento de imediato, prévio à extinção do contrato, como na encampação.

O segundo cenário seria a declaração, pelo juiz ou árbitro, da rescisão do contrato com o envio às vias ordinárias para a decisão sobre o direito e o valor da indenização, significando que o Concessionário teria que ajuizar uma ação de conhecimento em separado para obter provimento jurisdicional sobre a indenização. E isso evidentemente atrasaria ainda mais o recebimento da indenização, especialmente no âmbito do Poder Judiciário (considerando o tempo necessário para obtenção de uma decisão transitada em julgado no Poder Judiciário, estamos falando de um prazo certamente maior que cinco anos).

Em ambos os cenários (no caso da decisão da indenização juntamente com a rescisão, ou no caso em que a indenização é lançada para decisão separada nas vias ordinárias), uma questão que impactaria substancialmente o prazo para recebimento da indenização é se o

concessionário teria que executar essa decisão pela forma ordinária de execução contra a Administração Pública (sistema precatorial). Idealmente a lei deveria reforçar a necessidade de pagamento de indenização prévia.¹⁴

Enfim, atualmente, na prática, os concessionários acabam assumindo o risco de atraso no pagamento de indenização por investimentos efetuados e não amortizados.

Há, contudo, cenários menos prováveis, mas que reduziriam o prazo necessário à obtenção da indenização pelo concessionário. O primeiro desses cenários é o do valor da indenização ser estabelecido na própria sentença declaratória de rescisão. A outra possibilidade, também de difícil implantação, pois dependeria do interesse do concessionário, seria a conversão do direito à indenização pelos ativos não amortizados em direito de reequilíbrio do contrato, por meio do aumento de prazo, aumento da tarifa etc. Nesse caso, o direito de rescindir o contrato ficaria suspenso até a amortização dos investimentos, fazendo-se necessário, eventualmente, renegociar as dívidas contraídas junto a financiadores.

Por fim, uma questão que impacta substancialmente o momento de pagamento da indenização em caso de rescisão é a inclusão de cláusula compromissória nos contratos. A arbitragem reduz substancialmente os prazos necessários à obtenção de decisões definitivas sobre a rescisão e com isso mitiga o risco de atraso da indenização.

¹⁴ A jurisprudência do STJ tem caminhado no sentido de se o prazo do contrato estiver vencido, então o Poder Concedente tem direito a assumir o serviço e a execução da indenização se faz fora do contrato. A respeito disso, confira-se o AREsp nº 144.449/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.09.2012, da onde se extrai que o STJ “firmou o entendimento de que, extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público, não estando condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis, que, em sendo devida, deve ser garantida nas vias ordinárias.”. Assim também ocorreu no julgamento do REsp nº 1.059.137/SC, no qual a Primeira Turma do STJ, seguindo o voto do Relator Min. Francisco Falcão, decidiu que “o termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados”.

II.6.5. O QUE DEVERIA SER FEITO PARA APROXIMAR O CENÁRIO REAL DO IDEAL?

As seguintes providências deveriam ser adotadas para que os riscos de encampação e de rescisão do contrato de concessão sejam alocados de forma mais eficiente:

- a) Os contratos de concessão e PPP deveriam estabelecer os critérios e metodologias a serem utilizados para indenização por investimentos realizados e não amortizados. Assim, no caso de extinção antecipada do contrato, não haveria o risco da indenização ser inferior ao saldo da dívida contraída para realização desses investimentos.
- b) A Lei 8.987/95 deveria ser alterada para estabelecer: (b.1) que, em caso de pedido de rescisão pelo concessionário, o juiz ou árbitro determinará liminarmente a obrigação do Poder Concedente cumprir o contrato naquilo que afete às condições econômico-financeiras da concessionária até a decisão final do feito, de modo a resguardar a efetividade da decisão final do juiz ou árbitro sobre o pedido de rescisão — deixar que o Poder Concedente continue descumprindo o contrato pode levar à falência do concessionário, o que tornaria a decisão judicial ou arbitral sobre o pedido de rescisão perdesse toda a sua efetividade; (b.2) a necessidade do pagamento prévio da indenização para realização da rescisão, à semelhança das regras existentes sobre encampação.
- c) O Governo Federal, por meio do FGIE/ABGF, deveria disponibilizar para PPPs e concessões firmadas pela União, Estados e Municípios seguro contra o risco político que, entre outras coberturas, abranja os riscos de encampação e de rescisão. Possivelmente, para isso, o FGIE/ABGF exigiria do ente governamental contratante contragarantia.
- d) A Lei Federal deveria deixar claro que todos os aspectos relativos à extinção antecipada de contratos de concessão e PPP e

relativos à indenização por investimentos não amortizados podem ser objeto de decisão arbitral.

- e) O contrato deverá estabelecer a obrigação das partes submeterem todos os litígios sobre extinção antecipada do contrato à arbitragem.
- f) Alterar a legislação do CADIP — Sistema de Registro de Operações de Crédito com o Setor Público para sempre que os bancos receberem em garantia de financiamentos a concessionário créditos contra o Poder Concedente em contratos de PPP ou concessão, os bancos poderem registrar isso junto ao CADIP e registrar também eventuais inadimplências do Poder Concedente no contrato de concessão que atinjam o pagamento ou a garantia de pagamento o financiador. Essa alteração das regras sobre o CADIP e a sua operacionalização levanta diversos desafios, que, contudo, está fora do escopo do presente artigo deslindar.

II.6.6. NO CENÁRIO ATUAL, COMO DEVERIAM SER OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE CONCESSÃO CELEBRADOS COM INSTITUIÇÕES DE FOMENTO?

Mas o que fazer enquanto as alterações sugeridas acima não são implantadas? Faz sentido as instituições de fomento assumirem riscos de encampação e de rescisão dos contratos?

Na nossa opinião, sim, pelas seguintes razões:

- a) A iniciativa privada tem dificuldade de assumir esses riscos e isso inibe ou deixa substancialmente mais caro para os usuários e para o Poder Concedente a participação privada em contratos de concessão ou PPP.
- b) Ao tomarem para si os riscos políticos relativos à extinção de contratos de concessão ou PPP, as instituições de fomento sinalizam para o mercado que, pelo menos, elas avaliam o risco

político como algo em patamares aceitáveis. Se nem as instituições de fomento, que são entidades integrantes da Administração Pública, confiam que os contratos serão cumpridos, dificilmente a iniciativa privada confiará. Ou, pelo menos, se a iniciativa privada o fizer, significa que resolveu realizar investimento de alto risco e, para isso, exigirá remuneração à altura.

- c) No Brasil, como os bancos de desenvolvimento federais, que são os principais financiadores de concessionários, têm papel relevante no financiamento de Estados e Municípios, dificilmente os chefes do Poder Executivo de Estados e Municípios inadimplirão suas obrigações em relação aos contratos de concessão ou PPP se souberem que isso afetará a sua capacidade de se endividar perante as instituições de fomento federais. Nesse cenário, quanto mais as instituições de fomento estiverem expostas em contratos de financiamento ao risco político, menores serão os incentivos para que Estados e Municípios descumpram os contratos. Se a própria assunção de riscos políticos pelas agências de fomento reduz a probabilidade dos eventos graves relativos a esses riscos se materializarem — isto é, se o próprio envolvimento da instituição de fomento reduz a chance de extinção antecipada de contratos por risco político — então pode-se afirmar que, em contratos de financiamento dos parceiros privados ou concessionários, a alocação mais eficiente de riscos é aquela que atribui à instituição de fomento os riscos políticos relativos à extinção antecipada dos contratos.

Por essas razões, nos parece razoável que, enquanto as condições previstas no item II.6.5 acima não se realizarem, as instituições de fomento tomem risco de encampação e de rescisão.

Isso significa que, em caso de encampação, a instituição de fomento não terá garantia do acionista da concessionária. E, em caso de rescisão, a instituição de fomento deveria, além de assumir o risco de diferença entre o valor da indenização e o saldo da dívida, em casos em que o descumprimento do contrato pelo Poder Concedente seja tal que im-

pacte a capacidade do concessionário de continuar amortizando a dívida, prever um período e/ou uma metodologia (ex: pagamento apenas de juros, sem amortização do principal) de cura a ocorrer entre o pedido de rescisão pelo concessionário e a decisão judicial ou arbitral sobre a rescisão.

Para tornar sustentável essa prática, o ideal é que a assunção desses riscos pelo financiador passe a se refletir na sua política de preços de financiamento.

III. Subsídios em concessões e PPPs e o aporte de recursos

III.1.

Subsídio a investimento em concessões e PPPs^{1, 2, 3, 4}

Mauricio Portugal Ribeiro

Gabriel Galípolo⁵

¹ Este estudo foi feito quando iniciou a discussão dos problemas que deram origem a Medida Provisória nº 575/12, que alterou a Lei de PPP para prever, entre outros, a possibilidade de pagamento de aporte público por investimentos em bens reversíveis no período pré-operacional do projeto. Essa Medida Provisória foi posteriormente convertida na Lei 12.766/12. Os autores estiveram profundamente envolvidos na redação e discussão do texto da referida Medida Provisória, tanto no Poder Executivo quanto na sua tramitação no Poder Legislativo. O tratamento do tema realizado nesse estudo baseou várias discussões que foram realizadas para a geração, tramitação e aprovação da referida Medida Provisória. Por essa razão, foi preservado no processo de revisão desse estudo a linguagem e as referências temporais originárias. Portanto, por exemplo, todas as vezes que o estudo se refere a projetos que ainda não haviam sido licitados, preservou-se no corpo do estudo o texto originário, realizando a sua atualização em nota de rodapé.

² Este estudo é fruto do desdobramento, revisão, modificação e expansão pelos autores de artigo publicado, em 26/3/2012, por Mauricio Portugal Ribeiro, com título “Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs”, no website: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/aspectos-relevantes-do-subsidio-a-concessoes-e-ppps>.

³ Queremos agradecer às contribuições do Professor Mario Engler Pinto Junior, que leu atentamente a versão anterior deste artigo e discutiu com os autores os temas nele tratados.

⁴ Este estudo foi publicado em versão preliminar em 23/4/2012, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

⁵ Gabriel Galípolo é economista especializado na estruturação e modelagem de projetos nos setores de infraestrutura, trabalhou como consultor na estruturação de projetos que se candidataram ao PAC Mobilidade e é Professor do Departamento de Economia da PUC-SP.

III.1.1. DESCRIÇÃO DE SITUAÇÃO COMUM NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA

Um Governo Estadual ou Municipal quer implantar um projeto em setor de infraestrutura, por exemplo, no setor de transportes metropolitanos, como um metrô ou um veículo leve sobre trilhos, e ter assegurada a sua manutenção e operação adequada por prazos longos, por meio de uma concessão ou uma PPP.

Os altos custos do investimento na infraestrutura desse projeto tornam inviável a sua sustentação somente com a cobrança de tarifa ao usuário, e, por isso, será preciso a realização de alguma sorte de transferência de recursos públicos ao(s) contratado(s) para a sua implantação, operação e manutenção.

O Governo (estadual ou municipal) possui parcela relevante dos recursos para a realização do investimento em caixa ou tem acesso a transferências do PAC para viabilizar a implantação do projeto.

O Governo quer viabilizar o início de operação do projeto em prazo curto, em vista da necessidade de atender a um cronograma de eventos, como o da Copa e da Olimpíada.

O Governo percebe, além disso, que ao incluir o investimento do projeto em um contrato de PPP, o valor das contraprestações públicas fica extremamente alto quando comparado ao custo estimado desse investimento se arcado pelo Poder Público diretamente. Isso porque ao realizar o pagamento pelo investimento ao parceiro privado, sob a forma de contraprestação, criam-se ineficiências financeiras e tributárias.

De um ponto de vista financeiro, a dilação temporal entre o investimento e o pagamento da contraprestação leva à necessidade de remunerar, pelo período da dilação, o capital investido do concessionário.

De um ponto de vista tributário, o pagamento como contraprestação por serviço atrai a incidência de todos os tributos federais que incidem sobre receita (PIS, COFINS) além do ISS e dos tributos sobre a renda (IR, CSLL).

III.1.2. PLANO DESSE ARTIGO

Pretendemos, nas próximas linhas, à vista da situação acima descrita, em primeiro lugar, no item III.1.3 abaixo, mapear as atribuições a serem alocadas entre as partes (Governo e seus contratados) e agrupá-las nos contratos necessários para a consecução dos projetos com o perfil acima mencionado.

A seguir, no item III.1.4 abaixo, elencaremos os principais critérios a serem utilizados para a tomada de decisão sobre o modelo de contrato a ser utilizado para implantação e operação dos projetos. Nessa ocasião trataremos de temas como:

- a) as vantagens de realização de contratos como os de concessão e PPP para implantação de projetos com esse perfil (item III.1.4 a seguir);
- b) a necessidade de projeto básico e de especificações com o grau de detalhamento de projeto básico para a realização de contratos de obra ou de fornecimento de equipamentos (item III.1.4.1 abaixo);
- c) as questões em torno da contabilidade pública para a realização de subsídio por meio de contratos de concessão e PPPs, e sua relação com a Lei de Concessões e com a Lei de PPPs (item III.1.4.2 abaixo);
- d) a desoneração tributária da subvenção a investimento (item III.1.4.3 abaixo);
- e) o carregamento dos custos financeiros entre a realização do investimento pela SPE — Sociedade de Propósito Específico e o

- pagamento do subsídio pelo Poder Concedente (item III.1.4.4 abaixo);
- f) a utilização das debêntures para transferência de recursos do Poder Concedente para a SPE (item III.1.4.5 abaixo);
- g) a proibição no Estado de São Paulo de subsídio a serviço concedido (item III.1.4.6 abaixo); e,
- h) a influência do Governo Federal na decisão sobre os modelos de contrato a serem adotados, por meio do PAC mobilidade (item III.1.4.7 abaixo).

Por fim, vamos, no item III.1.5, tratar dos aspectos fiscais do subsídio a investimento por meio de contratos de concessão ou PPP e à guisa de conclusão enumerar, no item III.1.6, de forma resumida, o que extraímos dessa investigação.

III.1.3. ATRIBUIÇÕES A SEREM ALOCADAS ENTRE AS PARTES E SEU AGRUPAMENTO EM CONTRATOS A SEREM CELEBRADOS PARA A CONSECUÇÃO DOS PROJETOS

Há, nesse contexto, basicamente 4 atribuições que podem ser agrupadas e alocadas entre as partes de diversas formas:

- a) A realização da obra civil para implantação da infraestrutura.
- b) O fornecimento de material rodante e fornecimento e instalação de sistema elétrico e de sistemas de controle e comunicação.
- c) A manutenção da infraestrutura e do material rodante.
- d) A operação do transporte.

O Poder Público pode agrupar as atribuições para consecução do projeto pelo menos nos seguintes contratos:

- i. contrato de obra, para implantação da infraestrutura, combinado com um contrato de concessão ou PPP para operação

- e manutenção — neste caso, o Governo faria o investimento na obra, e tornaria, assim, possível a realização de concessão comum, ou PPP (com baixa contraprestação) para operação e manutenção da infraestrutura;
- ii. contrato de concessão administrativa para implantação e manutenção da infraestrutura, combinado com um contrato de concessão (comum ou patrocinada) para operação do transporte;
 - iii. contrato de obra e de fornecimento de material rodante e sistemas, combinado com um contrato de concessão comum para manutenção da infraestrutura e do material rodante/sistemas e para operação do transporte;
 - iv. contrato de concessão patrocinada para implantação e manutenção da infraestrutura, fornecimento de material rodante e sistemas e sua manutenção e operação do transporte;
 - v. contrato de aquisição do material rodante/sistemas (há algumas eficiências tributárias em deixar a aquisição do material rodante a cargo do Poder Concedente), combinado com uma concessão para a realização de obra, manutenção da infraestrutura e do material rodante/sistemas e para operação do transporte.

III.1.4. CRITÉRIOS PARA TOMADA DE DECISÃO QUANTO À FORMA DO(S) CONTRATO(S) A SER(EM) EMPREGADO(S) PARA IMPLANTAÇÃO E OPERAÇÃO DO PROJETO

Existem diversas vantagens na implantação do projeto por meio de contrato de longo prazo no qual o contratado fica responsável tanto pela realização do investimento quanto pela operação e manutenção.

Apenas para enumerar sumariamente algumas dessas vantagens, que, aliás, são mencionadas com frequência na literatura sobre o assunto:

- a) resume em um contrato todas as atribuições necessárias para a disponibilização e prestação do serviço aos usuários, o que significa que será feita só uma licitação, uma audiência pública, uma consulta pública — o modo tradicional de implantar e operar o projeto implicaria em celebrar um contrato de obra, outro para fornecimento do material rodante, outro ainda para os sistemas elétrico, de comunicação e sinalização e outros para a manutenção e operação; e, também, na grande maioria dos casos, outros tantos contratos para endividamento do ente governamental para obtenção de recursos no mercado ou de transferências estatais para realização do investimento⁶, além evidentemente da realização de concurso público para contratação dos funcionários do ente público que vier a operar o serviço;
- b) transfere para o contratado, entre outros, o risco de sobrecusto e atraso nas obras e fornecimento do material rodante e sistemas, o que tem se mostrado um mecanismo eficaz para coibir os sobrecustos e atrasos comuns nas formas de contratação pública tradicionais;
- c) introdução de uma lógica de longo prazo na gestão do ativo público, na medida em que o mesmo ente que realizará o investimento será responsável por mantê-lo por prazo longo, o que tende a tornar o investimento mais eficiente, pois no seu dimensionamento e definição de qualidade, o contratado considerará os custos de manutenção e operação da infraestrutura pelo prazo do contrato;
- d) possibilidade dos órgãos públicos responsáveis pela prestação dos serviços focarem seus esforços na definição, regulação e

⁶ No caso da aquisição de material rodante e sistemas por empresa estatal, como os equipamentos são geralmente importados, a fonte de financiamento mais comum é a obtenção de recursos junto a agências estatais (do país de origem dos equipamentos) de fomento às exportações ou agências multilaterais. Se, para isso, for necessária a obtenção de aval soberano ou aumento do limite de endividamento do ente governamental que pretende endividar-se, haverá ainda um trâmite a ser feito junto ao Tesouro Nacional, COFIEX etc. para a realização disso. Por tudo isso, a celebração desses contratos pode demorar mais que 1 ano e impactar de maneira relevante o prazo para implantação do projeto.

fiscalização dos padrões de serviço, deixando ao concessionário a responsabilidade de cuidar de todos os insumos necessários para atingi-los.

Essas vantagens deveriam impelir os entes governamentais a realizarem a contratação de projeto com esse perfil, por meio de concessão ou PPP. Há, entretanto, outros elementos que trataremos com mais detalhes abaixo que, no contexto atual de necessidade de implantação de projetos de mobilidade urbana para viabilização da Copa e da Olimpíada,⁷ terminam se destacando no processo de tomada de decisão sobre a implantação desses projetos.

III.1.4.1. A NECESSIDADE DE PROJETO BÁSICO QUANDO ENVOLVER CONTRATO DE OBRA OU DE FORNECIMENTO DO MATERIAL RODANTE/SISTEMAS

Em todas as opções de implantação do projeto que envolve ou um contrato de obra ou um contrato de fornecimento de material rodante/sistemas a ser celebrado pelo Poder Público será necessária a prévia realização de projeto básico, como condição do início do processo de contratação dessa obra (art. 7º, §2º, inc. I, da Lei 8.666/93), e a especificação (projeto) do material rodante e sistemas como condição da realização da licitação para seu fornecimento (art. 14 e 15, §7º, inc. I).

Para fazer esses projetos e especificações, o Poder Público terá que, em regra, licitar os contratos para a realização do projeto básico da obra e especificações do material rodante e sistemas⁸ e depois aguar-

⁷ Nota de Revisão: na época em que foi escrito este estudo, ainda havia tempo para realização de contratação de PPPs de mobilidade urbana, que estariam em operação pelo menos na Olimpíada.

⁸ No caso de material rodante, contudo, empresas como a Companhia do Metrô do Estado de São Paulo e a CPTM possuem capacidade interna para definir as especificações de material rodante e sistemas, inclusive com nível de detalhamento que seria equivalente ao de projeto executivo de obra, de maneira que, para essas empresas, não seria, em regra, necessária a contratação externa dessa expertise.

dar e acompanhar a sua execução, o que significa gastar em torno de 4-5 meses para a licitação e mais pelo menos 3-6 meses para realização do projeto. Esses prazos muitas vezes vão inviabilizar o início de operação do serviço de transporte no prazo desejado pelo Poder Público.

Nos casos de projetos relacionados à Copa do Mundo e a Olimpíada, por conta da incidência do Regime Diferenciado de Contratação, será viável iniciar a obra/fornecimento utilizando apenas o anteprojeto da obra, material rodante e sistemas, o que pode abreviar de forma relevante o prazo necessário para início da licitação da obra ou do fornecimento (vide art. 12 da Lei Federal 12.462/11).^{9,10}

O anteprojeto é o nível de detalhamento do estudo de engenharia geralmente exigido também para início da licitação da concessão/PPP. Portanto, se o RDC incidir sobre o projeto, a opção por uma forma de implantação que inclua a celebração de contrato de obra ou de fornecimento de material rodante e sistemas não implicará em atraso do projeto, em comparação com o cronograma para sua implantação por meio de concessão ou PPP.¹¹

Uma possibilidade que não foi ainda experimentada no Brasil é a realização de uma licitação única para celebração de dois contratos: um contrato de obra para implantação de infraestrutura e um contrato de concessão para fornecimento de material rodante e sistemas e operação do serviço.

⁹ Existem projetos de mobilidade urbana que não foram incluídos nas matrizes de responsabilidade para projetos da Copa assinadas entre União, Estados e Municípios porque se acreditava que tais projetos não ficariam prontos em tempo para a Copa de 2014. Por outro lado, esses projetos poderão ser implantados até 2016, de maneira a contribuírem para a melhoria da mobilidade nas respectivas cidades. Note-se que várias das cidades sedes da Copa do Mundo no Brasil serão subsedes Olímpicas para os jogos do Campeonato Olímpico de Futebol. Para que seja usado o RDC nesses casos, basta que o projeto esteja previsto ou na matriz de responsabilidade da Copa, ou na Carteira de Projetos Olímpicos, definida pela APO — Autoridade Pública Olímpica.

¹⁰ Nota de revisão: nessa época, a utilização do RDC estava limitada a projetos vinculados à Copa e Olimpíada.

¹¹ Nesse caso, seria necessário avaliar quais os riscos para implantação do projeto trazidos pelo fato do RDC ser objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ainda não julgadas pelo STF.

Nessa forma de implantar o projeto, o vencedor da licitação assinaria ambos os contratos: o de obra diretamente, e o de concessão por meio de SPE a ser por ele constituída e controlada.

Perceba-se que, como o pagamento pelo investimento na obra será feito por medição ou por etapas de obra, evitar-se-á, nesse caso, ao menos para o valor investido na obra, as ineficiências tributárias e financeiras mencionadas nos itens III.1.4.3 e III.1.4.4 abaixo.

Além disso, como o mesmo grupo econômico que realizar a obra ficará encarregado da manutenção e operação do serviço pelo prazo de concessão, ele terá incentivo para maximizar a eficiência do seu investimento, sopesando se faz sentido fazer um investimento maior na infraestrutura e ter um custo de manutenção e operação menor ao longo dos anos, ou se faz sentido fazer um investimento menor na infraestrutura e ter um custo maior de operação e manutenção.

Essa estrutura de contratação será especialmente útil em projetos, que, por sua vinculação à Copa ou à Olimpíada, estejam submetidos ao RDC. É que nesses projetos seria viável iniciar a contratação conjunta (em uma só licitação) da obra (por meio da modalidade de contratação integrada) e da concessão comum ou PPP, ambos com estudos em nível de detalhamento de anteprojeto, de maneira a evitar os atrasos causados muitas vezes pela necessidade de realização prévia da contratação e realização do projeto básico, como condição da abertura da licitação da obra.

Note-se, ademais, que, nesse caso, a redução do nível de detalhamento dos estudos de engenharia para a realização da obra (exigência do anteprojeto, em lugar do projeto básico) é, do ponto de vista econômico, compensada pela transferência para o mesmo grupo econômico que realizar a obra da obrigação de mantê-la e operá-la por prazos longos, o que cria o incentivo para que o contratado para obra tome decisões sobre a qualidade do investimento compatíveis com o prazo de vida útil do ativo. Isso quer dizer que, nesse contexto, não haverá incentivos para o contratado usar da sua prerrogativa de realizar o projeto básico da obra para reduzir sua qualidade, sob pena dele mesmo ter que arcar com as consequências disso ao longo do prazo da concessão.

III.1.4.2. AS QUESTÕES RELATIVAS À LEI DE CONTABILIDADE PÚBLICA E SUA RELAÇÃO COM A LEI DE CONCESSÕES E COM A LEI DE PPP

Antes de tratar das regras de contabilidade pública incidentes sobre o problema em tela, será preciso especificar alguns conceitos para evitar confusões vocabulares. Por isso, ao longo dessa e das rubricas seguintes deste artigo, será preciso fazer pelo menos 2 distinções: a primeira entre os conceitos econômicos de subsídio e contraprestação; a segunda entre os conceitos contábeis de “subvenção” e “transferência de capital”. Após isso, será preciso especificar a noção tributária de “subvenção a investimento” e como ela se relaciona com aqueles outros conceitos.

Subsídio é um conceito econômico e pode ser utilizado para qualquer caso em que um ente (geralmente, mas não necessariamente, o Estado) paga parcialmente ou totalmente por uma utilidade a ser usufruída por um terceiro.

É nesse sentido que é comum falar-se em “subsídio tarifário” (quando, por exemplo, o Estado paga ao prestador de um serviço público, parcela do custo do serviço para reduzir o valor da tarifa ao usuário desse serviço); ou subsídio cruzado (quando, por exemplo, um usuário custeia parcialmente o serviço a ser provido a outro usuário); ou, ainda “subsídio para investimento”, quando, por exemplo, um ente governamental transfere recursos para uma empresa estatal ou privada para realizar investimentos em uma infraestrutura para a prestação de serviços públicos.¹²

É possível, contudo, verificando as circunstâncias de uso do conceito de “contraprestação” e do de “subsídio”, constatar uma diferença relevante.

¹² Nesse sentido econômico, genérico, de subsídio, poder-se-ia até mesmo chamar a contraprestação pública, por exemplo, em uma concessão patrocinada, de subsídio. Para evitar confusões, contudo, vamos trabalhar neste texto com um conceito de “subsídio” que tem como limite e oposição o conceito de “contraprestação”. Portanto, nos limites deste texto, a contraprestação pública não integra a ideia de subsídio.

O conceito de contraprestação se refere geralmente a pagamento em contrato bilateral, sinalagmático, e aponta, portanto, para alguma proporcionalidade entre as obrigações das partes: entre, de um lado, o pagamento; e, do outro, o serviço prestado, ou o título ou direito sobre bem que foi transferido pelo contrato.

Já o conceito de subsídio aponta geralmente para a cobertura de custos, para um apoio financeiro dado por um ente estatal para tornar viável a realização de empreendimentos ou obras de interesse público ou a prestação de serviços de interesse ou utilidade pública.

Da perspectiva, contudo, da contabilidade pública, o subsídio conferido pelo Poder Concedente ao concessionário ou parceiro privado pode ser caracterizado ou como “**subvenção**”, quando se tratar de subsídio dado para **custeio** das atividades dessas empresas, isto é, cobertura de *deficit* operacionais; ou como “**transferência de capital**”, quando se tratar de subsídio para a **realização pelo ente beneficiado de investimentos em obras, fornecimento de equipamentos** etc.

A Lei de Contabilidade Pública (Lei Federal 4.320/64) diferencia claramente as subvenções e as transferências de capital das contraprestações pela aquisição de serviços e bens (art. 12, §2º, 3º e 6º). Vincula, assim, as subvenções e as transferências de capital à cobertura de *deficit* dos entes beneficiários: *deficit* operacional, no caso das subvenções, e *deficit* decorrente da realização de investimento, no caso das transferências de capital.

Em relação às subvenções, a Lei 4.320/64 condiciona a sua realização a empresas lucrativas (como o são as SPes signatárias de contratos de concessão comum, administrativa ou patrocinada) à autorização em lei especial (art. 19, da Lei 4.320/64).

No que toca às transferências de capital, há na Lei 4320/64 a proibição de sua realização quando os investimentos se incorporam ao patrimônio de empresas privadas de fins lucrativos (art. 21). Daí que essas transferências de capital só podem ser realizadas quando os investimentos se referirem a ativos de natureza pública, inclusive aqueles que, por efeito da reversibilidade dos bens afetos à prestação do serviço público, retornam para o patrimônio de ente estatal.

Note-se que a Lei Federal 4.320/64 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como Lei Complementar. Por essa razão, o regramento previsto nessa lei sobre as subvenções para empresas lucrativas e sobre as transferências de capital para empresas privadas só poderia ser alterado por norma do mesmo grau hierárquico (Lei Complementar) ou superior (Emenda Constitucional). Decorre disso que nem a Lei Geral de Concessões (Lei Federal 8.987/95), nem a Lei de PPPs (Lei Federal 11.079/04) poderiam alterar as condições estabelecidas na Lei 4.320/64 para realização de subvenções ou transferências de capital.

Apesar da impossibilidade da Lei Geral de Concessões alterar o regime genérico das subvenções e das transferências de capital previstas na Lei 4.320/64, ela dispôs indiretamente sobre o assunto no seu art. 17, que, com o objetivo de evitar quebra da isonomia entre as propostas dos concorrentes em licitações de concessão, previu que as propostas só podem consignar os subsídios (termo que abrange tanto as subvenções quanto as transferências de capital) necessários à sua viabilização, que estejam previstos em lei.

Esse dispositivo — apesar de claramente não ter sido essa a preocupação que norteou a sua redação — foi interpretado de modo a condicionar a realização de subsídios tarifários à prévia autorização legislativa.

Sem dúvida, contudo, essa interpretação é perfeitamente harmônica com a exigência de autorização legislativa para as subvenções, constante do art. 19, da Lei Federal 4.320/64.

Em relação às transferências de capital em geral (inclusive os auxílios a investimentos), não havia na Lei 4.320/64 exigência de prévia autorização em lei especial (sendo, contudo, evidentemente, indispensável a previsão da transferência na LOA — Lei Orçamentária Anual da entidade governamental a realizar a transferência de capital). Como a regra do artigo 17, da Lei 8.987/95, abrange qualquer tipo de subsídio, a interpretação usual desse dispositivo é que ele teria por efeito a exigência de autorização legislativa para transferência de capital do Poder Conce-

dente para a SPE signatária de contrato de concessão comum, patrocinada e administrativa.¹³

Sobre o tema da necessidade de autorização legislativa para os auxílios a investimento, há ainda a discussão em torno do art. 26, da LRF — Lei de Responsabilidade Fiscal. Esse dispositivo estabelece as condições para a realização de transferências de recursos de entes estatais para quaisquer pessoas físicas e jurídicas. No §2º desse dispositivo, enumera-se os tipos de transferência que requerem autorização legislativa, nos seguintes termos:

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital.

Observe-se que, apesar desse dispositivo mencionar a concessão de subvenções (que são, como se disse acima, os subsídios para custeio) e várias formas de despesas de capital (participação em constituição ou aumento de capital), não há qualquer menção aos auxílios a investimento. Isso nos permite sustentar que mesmo em face do art. 26, da LRF, não é necessária autorização legislativa específica (além, é claro, da previsão no orçamento) para realizar auxílio a investimento. Contudo — conforme nos chamou atenção André Marques, Subsecretário de PPPs e Concessões da Casa Civil da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro — a questão tem comportado tantas interpretações equivocadas, que,

¹³ Faria sentido indagar se pode a Lei 8.987/95 dispor sobre as condições para realização de subsídio por Estados e Municípios, já que, a rigor, isso é matéria de direito financeiro, reservada, portanto, a Lei Complementar. A pertinência temática com as licitações de concessão é sem dúvida um argumento a favor da possibilidade da Lei 8.987/95 reger as condições de disponibilização de subsídios para concessionárias privadas de serviço público. O argumento contrário é que, ainda que indiretamente, a Lei Federal 8.987/95 estaria interferindo com a liberdade orçamentária dos entes subnacionais. No meu entendimento, uma solução para esse problema seria interpretar o art. 17, da Lei 8.987/95, conforme a sua intenção, que, claramente, é exigir a disponibilização a público, antes da licitação, da informação sobre os eventuais subsídios a serem aplicáveis ao contrato de concessão, de modo a assegurar a isonomia de propostas na licitação dos contratos de concessão e PPP, sem, entretanto, exigir que eventuais transferências de capital estivessem previstas em lei diversa da orçamentária.

mesmo que a autorização legislativa não seja necessária, os potenciais participantes de licitação no setor privado preferem que haja tal autorização para redução de riscos.

Voltando ao tema do tratamento pela Lei de Concessões do tema dos subsídios, na versão aprovada pelo Congresso da Lei Federal 8.987/95, havia dispositivo que permitia a garantia de receita bruta mínima pelo Poder Concedente ao concessionário (art. 24). Esse artigo foi, contudo, vetado pelo Poder Executivo exatamente porque ele estava na contramão dos objetivos do Governo de utilizar as concessões prioritariamente como instrumento para melhoria da situação fiscal do país, e, por isso, não fazia sentido permitir a criação de comprometimentos de recursos orçamentários, por meio da celebração de contratos de concessão.

Alguns juristas interpretaram que esse veto teria tornado inviável a realização de subsídio a concessionário comum de serviço público (e por extensão também a parceiro privado em concessão patrocinada ou administrativa), e alguns chegam a manter esse entendimento mesmo na presença da autorização legislativa em lei especial no âmbito do Poder Concedente, para realizar o subsídio.

Esse entendimento parece-nos equivocado. É que, em primeiro lugar, a criação de restrição, por meio de legislação federal, à realização de subsídio por ente subnacional (Estado ou Município) é tema de Direito Financeiro, e, por isso, conforme art. 163, inc. I, da Constituição Federal, só poderia ser feita por Lei Complementar — nos moldes da Lei 4.320/64, que permitiu a subvenção econômica à empresa lucrativa (inclusive concessionária de serviço público) se houver, para tanto, autorização legislativa específica. O veto, portanto, de um dispositivo de Lei Ordinária jamais poderia ter efeito restritivo do poder genérico dos órgãos subnacionais de criarem subsídios para as atividades que achem cabível.

Em segundo lugar, o veto não tem poder legislativo adicional a não ser o de retirar, apagar, o dispositivo vetado da Lei. Não faz o menor sentido conferir ao veto um poder normativo, como se o veto a uma dada permissão gerasse automaticamente e *per si* uma proibição; ou, o oposto, o veto a uma proibição gerasse uma permissão. Nesse contexto,

o que é relevante é saber se, na ausência da norma vetada, isto é, com o seu desaparecimento antes mesmo de se tornar válida no sistema jurídico, subsistiria no ordenamento jurídico norma que permita a realização do subsídio.

E, como já dito acima, não resta dúvidas que o art. 19, da Lei 4.320/64, permite a subvenção econômica à empresa lucrativa, desde que haja autorização legislativa específica para tanto naquele ente governamental; e, em relação às transferências de capital, nem mesmo a autorização em lei especial (para além da previsão na LOA) é exigida. Há apenas a exigência de que as transferências de capital não se realizem para investimentos em bens que se incorporem ao patrimônio de empresas privadas (art. 21, da Lei 4.320/64).

Por fim, a Lei de PPP (Lei 11.079/04) ao disciplinar o pagamento público, em contratos de concessão administrativa ou patrocinada, caracterizou tal pagamento como “contraprestação” por serviços.

São duas as razões por que a Lei de PPP adotou essa caracterização para o pagamento público. A primeira razão é porque a Lei de PPP, sendo Lei Ordinária, não poderia alterar as condições estabelecidas na Lei Federal 4.320/64 (que, como já dissemos, tem *status* de Lei Complementar) para a realização de subsídios.

Em segundo lugar, como a contraprestação (o pagamento público que é a contrapartida na aquisição de um bem ou serviço), é uma das duas partes mais centrais de qualquer contrato (a outra é a especificação do serviço ou do bem a ser adquirido), há que se entender que a competência da União de emitir regras gerais sobre contratos administrativos (art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal) abrange o poder de dispor sobre a contraprestação, de maneira que não há dúvidas que, ao adotar por Lei Ordinária (nesse caso, a Lei de PPP) o conceito de pagamento público sob a forma de contraprestação por serviços, a União não estaria exorbitando a competência que lhe conferiu o art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal.

Parece-me, contudo, que, do ponto de vista econômico, havia, ao longo da tramitação da Lei de PPP no Congresso Nacional, uma preferência do legislador por um modelo de contratação que estivesse mais

próximo do que a própria Lei 8.987/95 chama de regime do preço do serviço do que do regime por custo do serviço.

No regime de custo do serviço, o contratado transfere para o Poder Público os custos da prestação mais uma dada margem. O modelo, nesse caso, é o de cobertura pelo Poder Público dos *deficit* operacionais e margem do contratado. Esse regime é muito comum entre nós nas concessões ou permissões de transporte urbano de passageiros por ônibus. Já no regime do preço do serviço o contrato estabelece uma matriz de riscos clara que regula quais variações de custos podem ser repassadas do concessionário para o Poder Concedente ou para o usuário.

A preferência dos atores envolvidos na tramitação da Lei de PPP no Congresso Nacional pelo regime de preço do serviço levou a Lei de PPP a focar-se na ideia de contraprestação pública, caracterizada pelo seu art. 7º, como pagamento por serviço disponibilizado ou parcela fruível de serviço disponibilizado.¹⁴

Mas, novamente, é importante afirmar que o foco da Lei PPP na ideia de contraprestação não quer dizer que o regime dos subsídios esteja afastado. Ele permanece como uma possibilidade desde que cumpridas as condições previstas para tanto na Lei 4.320/64 e nas demais normas que dispõem sobre o assunto em cada ente governamental.¹⁵

¹⁴ O art. 6º da Lei de PPP estabelece que o Poder Público possa realizar pagamento por desempenho. Já tive contato com situações em que advogados públicos interpretavam o pagamento por desempenho não como uma possibilidade, mas sim como uma exigência da lei. Como o dispositivo de Lei é expresso em dizer que o Poder Público “poderá” pagar por desempenho, cremos que não vale a pena gastar tinta na sustentação dessa nossa posição. No que diz respeito ao sistema de pagamentos, cremos que o mais importante é a verificação da adequação dos incentivos econômicos por ele gerados para cumprimento do contrato.

¹⁵ No livro *Comentários à Lei de PPP — fundamentos econômico-jurídicos*, Malheiros Editores, 2007, item VII, Mauricio Portugal Ribeiro, em coautoria com Lucas Navarro Prado, comentando o art. 7º, da Lei 11.079/04, posicionou-se no seguinte sentido:

“[...]a razão da inserção do dispositivo ora em análise foi evitar a realização de parcerias com a estrutura das celebradas no Brasil ao final do século XIX para a construção dos primeiros projetos ferroviários.

Do ponto de vista estritamente técnico, contudo, sua redação revela opção por um modelo de PPP em detrimento de outros. Ao exigir que a contraprestação só se faça após a disponibilização dos serviços, a Lei de PPP afastou a possibilidade de se fazer projetos de PPPs que prevejam subsídio ao investimento na infra-estrutura.”

No presente artigo, Mauricio Portugal Ribeiro revê essa posição, porque a Lei de PPP é Lei Ordinária e o regime dos subsídios é regulado por Lei Complementar (art. 12 e parágrafos, 19 e 21, da Lei 4.320/64). Por essa razão, a Lei de PPP não poderia, de qualquer modo, al-

Alguns juristas, contudo, enxergam obstáculo especificamente na possibilidade de realizar subsídio no caso de concessão administrativa. O raciocínio que seguem é o seguinte: a previsão de subsídio em contratos de concessão consta do art. 17, da Lei Federal 8.987/95. A Lei de PPP definiu o regime aplicável às concessões patrocinadas e administrativas, da seguinte forma: (a) em relação às concessões patrocinadas, aplicou subsidiariamente todas as normas da Lei 8.987/95 (art. 3º, §1º, da Lei 11.079/04); (b) em relação, contudo, às concessões administrativas, enumerou expressamente os artigos da Lei 8.987/95 que se aplicam às concessões administrativas, deixando, contudo, fora dessa enumeração o art. 17, da Lei 8.987/95 (art. 3º, *caput*, da Lei 11.079/04). O fato do art. 17 da Lei 8.987/95 não estar citado no art. 3º, §1º, da Lei 11.079/04 levou esses juristas a concluir que não poderia haver subsídio em concessão administrativa.

Na nossa opinião, contudo, esse argumento é falacioso, pois ele pressupõe que a previsão ou não da aplicabilidade de um dispositivo de Lei Ordinária às concessões administrativas poderia afastar a previsão do subsídio em concessões previsto em Lei Complementar (arts. 12, 19 e 21, da Lei 4.320/64).

Aliás, esse argumento é especialmente falacioso no caso dos Estados e Municípios. É que não é admissível que a União por legislação ordinária — e sem previsão específica para tanto na Constituição Federal ou em Lei Complementar — limite as prerrogativas financeiras e orçamentárias de Estados ou Municípios. Logo, não pode a União eliminar a possibilidade de Estados ou Municípios subsidiarem as suas concessões administrativas (possibilidade essa prevista genericamente e para quaisquer contratos na Lei 4.320/64) por meio da omissão à referência da aplicabilidade do art. 17, da Lei 8.987/95 às concessões administrativas.

terar ou suprimir o regime dos subsídios. Por isso, apesar do modo como a Lei 11.079/04 caracterizou o pagamento em contrato de PPP como “contraprestação” expressar, de uma perspectiva econômica, clara preferência pelo modelo de pagamento por serviço em contraposição ao modelo do subsídio, a Lei de PPP não poderia ter (e não teve) o condão de suprimir a possibilidade da realização de subsídio em concessão comum ou PPP, desde que seguidas as exigências e os condicionamentos para tanto previstas na legislação sobre orçamento e finanças públicas.

Admitir que a União o fizesse, na nossa opinião, seria fazer pouco das prerrogativas financeiras e orçamentárias dos Estados e Municípios. Resulta, portanto, na nossa opinião, clara a possibilidade dos Estados e Municípios subsidiarem as concessões administrativas.

É, entretanto, discutível em que medida pode a União autolimitar, por legislação ordinária, o seu poder de subsidiar concessões administrativas. Em relação a esse ponto há duas questões que precisariam ser respondidas.

A primeira é um problema de competência do instrumento legislativo empregado e a pergunta que emergiria é muito parecida com a que realizamos acima: poderia a União dispor em Lei Ordinária sobre assuntos que a Constituição reservou à Lei Complementar? Particularmente, pode a União criar limites a sua gestão orçamentária por Lei Ordinária?

A nossa resposta a essa pergunta seria positiva. Na verdade, a União não só pode, como, aliás, o faz diariamente, e existem exemplos disso aos borbotões.¹⁶

A segunda pergunta é a seguinte: é viável interpretar-se que a mera omissão da Lei 11.079/04 em prever a aplicabilidade do art. 17, da Lei 8.987/95, às concessões administrativas é suficiente para afastar a aplicabilidade do regime de subsídios previsto na Lei 4.320/64?

A nossa resposta a essa pergunta seria negativa. É que se teria que presumir que houve uma derrogação parcial da aplicabilidade do regime de subsídios às concessões administrativas pelo mero fato de não ter sido mencionado na Lei de PPP a aplicabilidade do art. 17 da Lei 8.987/95 a tais contratos. O artigo 17 da Lei 8.987/95, todavia, é um dispositivo sobre isonomia nas licitações e não sobre subsídios. Ele exige que as propostas dos participantes da licitação de concessão só prevejam subsídios necessários à sua viabilização que estejam previstos em lei. Não há nesse dispositivo qualquer preocupação em disciplinar a concessão

¹⁶ Um exemplo constante da própria Lei de PPP é a previsão de limite de despesas da União com PPP de 1% da sua Receita Corrente Líquida. Esse limite é uma autoimposição da União de limite por Lei Ordinária, em matéria que, a rigor, deveria ser tratada por Lei Complementar.

de subsídios, impedi-los, condicioná-los ou permiti-los. Não por acaso, o art. 17 se encontra no Capítulo V da Lei de Concessões, cujo título é “Da Licitação”. Portanto, não nos parece fazer qualquer sentido que a menção ou não, pela Lei de PPP, à aplicabilidade ou não desse dispositivo às concessões administrativas, implicasse em permitir ou proibir a aplicação do regime de subsídios às concessões administrativas.

Seria, pois, perfeitamente viável, na nossa opinião — sem dúvidas no caso dos Estados e dos Municípios, mas também no caso da União — o subsídio a contrato de concessão administrativa.

Conforme já tínhamos mencionado mais acima, é perfeitamente possível também realizar subsídio em contratos de concessão comum e patrocinada, no âmbito da União, dos Estados e Municípios.

Seria importante que as próximas edições do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, que é aprovado por Portaria do Tesouro Nacional, contemplasse e disciplinasse essa possibilidade.¹⁷

III.1.4.3. A QUESTÃO TRIBUTÁRIA

De uma perspectiva econômica, em uma PPP ou concessão comum, o Poder Público poderá realizar o pagamento pelo investimento realizado pela SPE:

¹⁷ Nota de revisão: na versão preliminar e originária desse estudo havia um item 4.2.1 sobre o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MACASP) que tratava de ajustes conceituais que na opinião dos autores precisavam ser realizados no MACASP. Durante a revisão do estudo para publicação no presente livro, notei que houve erro na elaboração daquele item, pois ele comentava a 2ª edição do MACASP, apesar de estar em vigência na época da publicação do artigo a 4ª edição desse manual. O erro, contudo, não invalidava a maior parte das afirmações que fizemos sobre incorreções conceituais do MACASP em relação ao tema dos pagamentos públicos em PPPs e sua dificuldade de conciliação com a lógica utilizada nas novas normas contábeis aplicadas às SPEs concessionárias de PPPs e concessões comuns. Na reanálise do tema, durante a revisão do presente artigo, resolvi suprimir esse item porque me pareceu que a análise que fazíamos do MACASP era desnecessária para a sustentação dos argumentos centrais desse estudo. Por isso, incluímos apenas menção nesse ponto do estudo da necessidade de prever nas próximas edições do MACASP a possibilidade de subsídio público em concessões e PPPs. Deixei, portanto, para outra oportunidade, a realização de análise sistemática e detalhada dos trechos do MACASP que tratam da contabilização pública das PPPs.

- a) ou sob a forma de contraprestação, caso em que se tratará de um pagamento por serviço disponibilizado ou prestado;
- b) ou sob a forma de subsídio, para usar a linguagem da contabilidade pública, “subvenção” ou “transferência de capital”, caso em que o Poder Concedente ou apenas cobrirá o *deficit* operacional (no caso de subvenção) ou pagará os custos do investimento da SPE (quando for transferência de capital).

Se o Poder Público realizar pagamento à SPE sob a forma de contraprestação (portanto, só após a disponibilização do serviço) estará, nesse caso, não apenas reembolsando custos, mas, também, remunerando o concessionário com a rentabilidade estimada do capital investido. Por isso, incidirá sobre o valor da contraprestação o conjunto de tributos incidentes sobre qualquer prestador de serviços: CSLL, PIS, COFINS, IR e ISS.

Por outro lado, há no mundo tributário algumas figuras que poderiam permitir a desoneração tributária desse pagamento, uma vez que se trata de pagamento do Poder Concedente a SPE para investimento em ativo de propriedade ou reversível para o Poder Concedente.

Há pelo menos 3 figuras que estão em discussão para se obter essa desoneração: a subvenção a investimento, o reembolso de investimento e o pagamento direto a subcontratada. Como não somos especialistas em Direito Tributário, não realizaremos análise detida de cada uma dessas figuras. Limitaremos-nos a mencionar a discussão que estamos a acompanhar enquanto especialistas em estruturação de participação privada em infraestrutura.

Dessas figuras, a mais regulamentada e que parece ser a que mais coaduna com a natureza da operação é a **subvenção a investimentos**¹⁸, cuja correspondente na contabilidade pública é o auxílio a investimento, que é, como já mencionamos, uma forma de transferência de capital.

¹⁸ Sobre os aspectos tributários das subvenções a investimento ver o art. 38, §2º, do Decreto-Lei 1.598/77, o art. 18, da Lei 11.941/09, e os Pareceres Normativos CST — Coordenador do Sistema de Tributação 142/73, 02/78 e 112/78.

O enquadramento do auxílio a investimento como subvenção a investimento afastaria a tributação mencionada acima.¹⁹

Por isso, a aplicação desse regime de subvenção a investimento reduziria substancialmente o custo global do projeto para o Estado ou Município que for, nesse caso, Poder Concedente.

Além de exigências formais e contábeis, a principal exigência substancial para incidência desse regime é que o valor a ser reembolsado pelo Poder Concedente seja menor ou igual ao valor do investimento realizado pela SPE.²⁰

Mesmo quando convencidos da possibilidade de realizar subsídio a investimento, não é incomum que as Procuradorias e departamentos jurídicos de entes estatais, em esforço para conciliar a ideia de subvenção a investimentos (“transferência de capitais” para os efeitos da contabilidade pública) com a exigência do art. 7º da Lei de PPP, de que o pagamento da contraprestação a SPE só seja realizado após disponibilização do serviço, prefiram que o pagamento da subvenção ao investimento só seja realizado pós disponibilização do serviço.

Como, contudo, o regime de subvenção a investimentos, de uma perspectiva tributária, foi talhado para que o pagamento por aquele que subvenciona se fizesse ao longo da (e geralmente concomitantemente a) realização do investimento, o pagamento da subvenção ao investimento no pós-disponibilização do serviço pela SPE, pode aumentar o risco da Receita Federal enquadrar tais receitas da SPE como contraprestação, fazendo, assim, incidir toda a carga tributária que se quer evitar.

¹⁹ Neste sentido, parecer emitido pelo Professor Luis Eduardo Schoueri, em consulta realizada pela CPD — Companhia Paulista de Desenvolvimento, em 27/04/2011. No mesmo sentido, mas enfatizando mais a possibilidade de desoneração do IRPJ e da CSLL do que dos demais tributos, nota técnica emitida pelo Gabinete do Procurador Geral, da Procuradoria do Estado de São Paulo, datada de 11/08/2011, e assinada pelos Procuradores Cristina M. Wagner Mastrubuo e Denis Dela Vedova Gomes.

²⁰ É possível também que se entenda necessário para tanto uma adequação da Portaria Interministerial STN/SOF 163/2001, da qual foi eliminada a previsão da subvenção a investimento supostamente sob entendimento de que o art. 21 da Lei 4.320/64, por ter proibido transferência de capital para investimento em ativos que se incorporem ao patrimônio de empresas privadas, haveria proibido as subvenções a investimento. Contudo, no caso tratado nesse artigo, os ativos a receberem o investimento serão ou ativos de propriedade do ente público, ou ativos reversíveis para o patrimônio público.

Junte-se a isso outro problema de natureza contábil e fiscal que ocorre quando se tenta fazer o pagamento da subvenção ao investimento após a disponibilização do serviço. É que as regras constantes da Lei 11.941/09, que tratam do RTT — Regime Tributário de Transição, limitam a destinação dos recursos da subvenção, o que dificulta e limita as possibilidades de restituição ou ressarcimento dos investimentos já realizados com recursos próprios dos acionistas e de financiadores.

Vale a pena passar a vista sobre o tratamento contábil e fiscal da subvenção na Lei nº 11.941/09:

Art. 18. Para fins de aplicação do disposto nos arts. 15 a 17 desta Lei às subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e às doações, feitas pelo Poder Público, a que se refere o art. 38 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, a pessoa jurídica deverá

I — reconhecer o valor da doação ou subvenção em conta do resultado pelo regime de competência, inclusive com observância das determinações constantes das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, no uso da competência conferida pelo § 3o do art. 177 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no caso de companhias abertas e de outras que optem pela sua observância;

II — excluir do Livro de Apuração do Lucro Real o valor decorrente de doações ou subvenções governamentais para investimentos, reconhecido no exercício, para fins de apuração do lucro real;

III — manter em reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a parcela decorrente de doações ou subvenções governamentais, apurada até o limite do lucro líquido do exercício;

IV — adicionar no Livro de Apuração do Lucro Real, para fins de apuração do lucro real, o valor referido no inciso II do caput deste artigo, no momento em que ele tiver destinação diversa daquela referida no inciso III do caput e no § 3o deste artigo.

§ 1º As doações e subvenções de que trata o caput deste artigo serão tributadas caso seja dada destinação diversa da prevista neste artigo, inclusive nas hipóteses de:

I — capitalização do valor e posterior restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitado ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou subvenções governamentais para investimentos;

II — restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da doação ou da subvenção, com posterior capitalização do valor da doação ou da subvenção, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitado ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou de subvenções governamentais para investimentos; ou

III — integração à base de cálculo dos dividendos obrigatórios.

§ 2º O disposto neste artigo terá aplicação vinculada à vigência dos incentivos de que trata o § 2º do art. 38 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não se lhe aplicando o caráter de transitoriedade previsto no § 1º do art. 15 desta Lei.

§ 3º Se, no período base em que ocorrer a exclusão referida no inciso II do caput deste artigo, a pessoa jurídica apurar prejuízo contábil ou lucro líquido contábil inferior à parcela decorrente de doações e subvenções governamentais, e neste caso não puder ser constituída como parcela de lucros nos termos do inciso III do caput deste artigo, esta deverá ocorrer nos exercícios subsequentes.”

Fica evidente que os recursos oriundos da subvenção a investimento só podem ser utilizados para estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos. Na hipótese de o valor da subvenção ser maior que o valor do investimento realizado naquele ano, ele deverá ser mantido em reserva de lucro, e qualquer destinação distinta obriga a sua contabilização na apuração de lucro real, desfigurando a subvenção, e onerando-a com tributos.

Quando a subvenção ocorre após o início da operação do serviço, os investimentos já foram realizados, portanto, para retirar-se da SPE o valor do investimento que foi financiado (o valor da dívida), ter-se-á que dar um “salto lógico” e sustentar que pagar o financiamento (apenas o principal, sem juros) do investimento seria igual a pagar o investimento.

O ressarcimento do investimento realizado com capital próprio dos acionistas ficaria represado, pois todas as formas de restituir ao acionista (redução de capital, restituição, dividendos etc.) podem ser tributadas, conforme estabelece a própria Lei 11.941/09. A conclusão indica que a SPE teria que ficar com esse dinheiro represado, pois, se resolver restituir aos acionistas, perde o benefício fiscal.

Essa interpretação da Lei 11.941/09 indica que, para se aproveitar da desoneração tributária própria do regime da subvenção econômica, o pagamento da subvenção a investimento, quando feito após a disponibilização do serviço, teria que ser em valor igual ou inferior à dívida realizada para consecução do investimento. Supondo que em torno de 30% do investimento seja realizado pela SPE com capital próprio, para que se mantivesse a desoneração tributária do regime da subvenção a investimento, seria necessário que o pagamento dessa subvenção pelo Poder Concedente só abrangesse 70% do investimento, o que significa que em relação aos restantes 30% se verificaria toda ineficiência tributária e financeira do pagamento do investimento sob a forma de contraprestação.

Nesse contexto, uma opção que já foi cogitada foi a de estruturar o montante do investimento a ser bancado com capital próprio como dívida da SPE com os acionistas. O grande problema dessa solução é que ela impacta negativamente os indicadores contábeis e financeiros da SPE (a SPE ficaria 100% alavancada), a ponto de colocar em risco a própria obtenção de financiamento no BNDES em outras agências de fomento, em bancos privados ou no mercado.

Diante da situação descrita acima, parece-nos que, para obter a desoneração tributária própria do regime da subvenção econômica, é muito mais simples e seguro que a subvenção seja realizada *pari passu* com a realização do investimento pela SPE.

Por outro lado, achamos importante assinalar que, mesmo que a subvenção seja paga após a disponibilização do serviço, isso não deveria impedir a incidência do regime de desoneração tributária próprio das subvenções econômicas desde que o valor da subvenção seja igual ou inferior àquele do investimento realizado.

III.1.4.4. O CARREGAMENTO DO CUSTO FINANCEIRO DO INVESTIMENTO E O MOMENTO DO PAGAMENTO

Outro tema relevante para escolha do modelo de contratação para implantação e operação do projeto é o do momento do pagamento, seja da contraprestação, seja da subvenção a investimento.

É que se houver dilação temporal entre a realização do investimento pela SPE e o momento de recepção dos recursos do Estado/Município — seja a título de contraprestação, seja a título de subvenção a investimentos — isso gerará um custo financeiro para a SPE, eis que o capital despendido pela SPE terá que ser remunerado a valores atrativos para o risco envolvido no investimento pelo prazo em que ocorrer essa dilação. Quanto mais longo, portanto, o período entre a realização do investimento e o seu pagamento, maior será o custo financeiro envolvido nessa operação.

Se o pagamento do serviço a SPE se fizer sob a forma de contraprestação/tarifa, esse custo financeiro (que da perspectiva do investidor da SPE é a taxa de retorno do capital nela investido), será repassado para o preço do serviço e arcado, portanto, ou pelo usuário por meio da tarifa, ou pelo Poder Concedente por meio de contraprestação.

Se, contudo, o Poder Concedente (Estado ou Município) resolver realizar o pagamento sob a forma de subvenção a investimento — e se quiser se beneficiar do regime de desoneração tributária a ela aplicável — esse pagamento não poderá cobrir o retorno do investidor, já que a caracterização da subvenção a investimentos, para incidência dos efeitos tributários, requer o pagamento apenas dos custos do concessionário (sem pagamento de uma margem ou de uma taxa de retorno sobre esse valor ao concessionário).

Por isso, caso o Poder Concedente resolva realizar dilação entre o momento do investimento realizado pela SPE e o momento do pagamento da subvenção ao investimento, o valor pago — para que se preserve a possibilidade de aplicação do regime de desoneração tributária — deve ser no máximo o valor do custo do investimento para a SPE. A margem da SPE (composta nesse caso pela sua taxa de retorno do investimento) não poderá ser reembolsada como subvenção pelo Município ou Estado.²¹

III.1.4.5. A UTILIZAÇÃO DAS DEBÊNTURES PARA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DO PODER CONCEDENTE PARA A SPE

Com o objetivo de minimizar custos financeiros e de realizar subvenção econômica apenas após a disponibilização do serviço (em um esforço para cumprir o art. 7º, da Lei de PPP), alguns financistas e juristas propuseram a emissão de debêntures pela SPE, a serem adquiridas pelo Poder Concedente, em valores iguais ou inferiores ao do investimento a ser realizado para a prestação dos serviços.

Nessa modelagem, a transferência de recursos do Poder Concedente para a SPE para a realização do investimento ocorreria por meio da aquisição pelo Poder Concedente das debêntures emitidas pela SPE.

Após a entrada em operação do serviço, o auxílio a investimento se tornaria devido pelo Poder Concedente a SPE. E o contrato de concessão e os documentos relativos à emissão das debêntures autorizariam que, nessa ocasião, a SPE compensasse o crédito contra o Poder Concedente decorrente do auxílio a investimento, com a dívida que ela possui também com o Poder Concedente por decorrência da aquisição das debêntures pelo Poder Concedente.

Dessa forma, essa modelagem atingiria um duplo objetivo: (a) disponibilizar recursos a SPE ao longo da realização do investimento, evitando assim os custos financeiros da dilação entre o investimento e

²¹ Se houver a dilação temporal, e se essa margem não for reembolsada pelo Poder Concedente para preservar a desoneração tributária, então, certamente, essa margem será paga pelo usuário no preço da tarifa, ou pelo Poder Concedente no preço da contraprestação.

o pagamento da subvenção a investimentos; (b) realizar a subvenção a investimento apenas após a disponibilização dos serviços — sob o entendimento, a nosso ver equivocado, que o art. 7º, da Lei de PPP, impediria o pagamento da subvenção antes da disponibilização do serviço.²²

Essa modelagem é uma inovação cujos desdobramentos em vista da legislação administrativa, tributária e societária vai requerer esforço de aprofundamento, que já está sendo feito tanto na iniciativa privada, quanto nos órgãos públicos envolvidos com os programas de PPP e concessões.

A sua razão de existência, contudo, é o entendimento de que não é viável pagar a subvenção a investimento antes da disponibilização do serviço, por conta do disposto no art. 7º, da Lei de PPP, do veto ao art. 24, da Lei 8.987/95, e do teor do art. 17, da Lei 8.987/95. Como já mencionamos acima, cremos que esse entendimento é fruto do equívoco de se achar que a Lei de PPP e a Lei de Concessões, que são Leis Ordinárias, poderiam alterar o regime dos subsídios previsto na Lei 4.320/64, que foi recepcionada, pela Constituição Federal, como Lei Complementar.

Superando-se esse entendimento equivocado, pelos argumentos que já expomos acima, cremos que a tendência é que prevaleça modelagens mais simples, baseadas na possibilidade de pagamento pelo Poder Concedente a SPE da subvenção a investimento ao longo da realização do investimento pela SPE.

²² Uma variante que está sendo discutida em alguns projetos é a realização de debênture perpétua, que só seria quitada ao término do projeto, mediante compensação com a indenização devida pelo Poder Concedente pelos investimentos não amortizados da SPE. Essa modelagem tem também diversos desafios. Em primeiro lugar, seria preciso prever mecanismo para amortização do custo financeiro da debênture ao longo do contrato. Além disso, será preciso prever critério de indenização pelo investimento não amortizado da SPE que tenha alguma correspondência com o valor das debêntures perpétuas. Por fim, esse modelo traz alguns desafios da perspectiva tributária, que precisariam ser analisados com mais vagar. Mario Engler Pinto Junior talvez tenha sido o primeiro a cogitar esse modelo. Agradecemos a ele a discussão, que realizamos quando este artigo estava em elaboração, sobre as virtudes e dificuldades desse modelo. .

III.1.4.6. A PROIBIÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO DE SUBSÍDIO A SERVIÇO CONCEDIDO À INICIATIVA PRIVADA

No Estado de São Paulo, há uma proibição na Constituição Estadual para a realização de subsídio a serviços concedidos à iniciativa privada (art. 119, Parágrafo Único).

Uma questão que emerge da redação desse dispositivo é saber em que medida as transferências de capital devem ser entendidas, nesse caso, como “subsídio a serviços concedidos” uma vez que se trata, como já dissemos acima, de **investimento em ativo de titularidade do Poder Público**, ou gravado de cláusula de reversão.

De qualquer modo, pendente ainda, até onde sabemos, de ser realizada uma discussão mais profunda do assunto, nos parece que não faz sentido considerar como “subsídio a serviços concedidos” a subvenção a investimento em ativo de titularidade do Poder Público ou que reverterá para ele ao final do contrato.

III.1.4.7. O PAC MOBILIDADE E A SUA INFLUÊNCIA NA TOMADA DE DECISÃO SOBRE OS MODELOS DE CONTRATO

O Governo Federal destinou por meio do, assim chamado, PAC Mobilidade, recursos para realização de transferências para Estados e Municípios para a implantação de projetos de mobilidade urbana, particularmente para aqueles que não poderiam ser concluídos no prazo para a Copa, e, por isso, não entraram no PAC Copa.

Vários dos grandes projetos a serem implantados dependem dessas transferências de recursos federais, e, por isso, a posição dos órgãos federais sobre a forma de transferência desses recursos terá influência crucial na decisão dos modelos a serem utilizados.

Essa questão também não está ainda equacionada, mas é especialmente delicada quando a implantação dos empreendimentos a serem subsidiados demanda volume de recursos que geralmente ultrapassam a capacidade de investimento dos municípios, majorando a percepção de risco relativa ao projeto.

É fundamental para a viabilidade dos projetos que essa percepção de risco adicional decorrente da necessidade de recursos da União para implantação de projetos que são estaduais e municipais seja mitigada com o emprego das melhores práticas na modelagem, como, por exemplo, o estabelecimento de estrutura adequada de garantias, a realização de estimativa de demanda conforme as melhores técnicas disponíveis, o dimensionamento dos investimentos e custos operacionais de forma realista, e estipulação de prêmio (rentabilidade de referência) compatível com o risco do projeto como um todo e realização repartição de riscos adequada nos respectivos contratos de PPP.

III.1.5. O SUBSÍDIO A CONCESSÕES E PPPS E OS CONTROLES DE NATUREZA FISCAL SOBRE A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS

Uma questão que não tem sido ainda objeto de discussão no contexto de projetos semelhantes ao descrito acima, mas que certamente será levantada em algum momento, é a da compatibilidade entre o subsídio a concessões e PPPs e os controles fiscais previstos na LRF para a celebração de novos contratos, e na Lei de PPP, para celebração de contratos de PPP.

A resposta para eventual questionamento sobre esse tema requer a realização de descrição, ainda que sumária, da lógica dos controles fiscais sobre contratos como os de PPPs e concessões, que faremos nas próximas linhas.

Em primeiro lugar, é importante notar que o entendimento consensual era de que os controles fiscais existentes para a celebração de novos contratos por entidades governamentais não se aplicavam a contratos de concessão comum. É que, como os contratos de concessão comum não geram em tese despesas ou outros compromissos de pagamento para os entes governamentais (eis que são custeados com cobrança de tarifa ao usuário), esses contratos não são, em regra, submetidos a controles fiscais.

Já os contratos de PPP, como envolvem, em regra, a assunção pelo Poder Público de compromissos de pagamento, são submetidos aos controles previstos na LRF.

Evidentemente que, ao tratarmos do tema de subsídio a investimento, a questão da incidência dos controles fiscais emerge não apenas para os contratos de PPP, mas também para os contratos de concessão comum.

A LRF estabelece dois tipos de controles para realização dos contratos em geral. O primeiro é o controle sobre a criação de novas despesas, que é realizado pelos artigos 15 a 17, da LRF. Trata-se do sistema de controle chamado na experiência internacional de “*pay as you go*”, que basicamente significa que só poderá ser criada uma nova despesa se ou for diminuída uma despesa existente, ou for criada uma nova receita.²³

O segundo sistema é o de controle sobre a dívida, estipulado nos artigos 32 e seguintes da LRF. Esse sistema aplica-se a todas as operações geradoras de dívida, inclusive as aquisições de bens a prazo.

Esses dois mecanismos de controle incidem, ou deveriam incidir, sobre a contratação de PPPs, porque nos contratos de PPP há, em regra, ao mesmo tempo, a criação de uma despesa com a prestação de serviços (submetida, portanto, aos arts. 15 a 17, da LRF), e o pagamento pelo investimento em um ativo público ou que será revertido para o Poder Público (o que seria em tese objeto dos controles constantes do art. 32 e seguintes da LRF, que trata das operações de crédito realizadas por entes governamentais).

Como era inviável à Lei de PPP disciplinar como os mecanismos acima incidiriam sobre as PPPs, a Lei de PPP, de um lado, estabeleceu a competência da STN — Secretaria do Tesouro Nacional para reger a contabilização das PPPs (o que foi feito pela Portaria 614, de 2006) e estabeleceu limite para despesas com PPPs dos entes estatais, no caso de Estados e Municípios, em 3% da sua RCL — Receita Corrente Líquida, e, no caso da União, em 1% da RCL.

²³ Estamos deixando de lado, porque alheio ao tema deste trabalho, a discussão sobre a efetividade desses sistemas de controle.

Nesse contexto, na nossa opinião, sobre a criação de compromissos de pagamento de subsídio (subvenção ou transferência de capital) por ente governamental em PPP ou em concessão comum — se a pretensão é que esse subsídio seja pago a SPE concomitantemente à realização do investimento — incidirão apenas os controles tradicionais sobre fluxo de pagamentos previstos na LRF (arts. 15 a 17), nos mesmos moldes que incidiriam caso a União, Estado ou Município viesse a contratar a realização direta do investimento, por meio, por exemplo, de um contrato de obra.

No processo para a realização de PPPs, essa análise faz parte do próprio processo de contratação, conforme art. 10, inc. I, alínea “b”, da Lei de PPP. No caso, contudo, das concessões comuns, seria necessário aplicar diretamente os arts. 15 e 16, da LRF, eis que, como, em regra, as concessões comuns não geram compromissos financeiros para o Poder Concedente, não há regras específicas sobre o assunto na Lei de Concessões.

Quando, todavia, o pagamento da subvenção ao investimento se fizer após a disponibilização do serviço, a depender do tempo dessa dilação entre a realização do investimento e o seu pagamento, corre-se o risco de que se entenda que se trata, para os efeitos da LRF, de operação de crédito entre o Poder Concedente e a SPE, o que implicaria em necessidade de se seguir o procedimento previsto no art. 32 e seguintes da LRF, assim como cômputo do seu valor no limite de endividamento do ente governamental. Essa análise, para o caso das PPPs, será feita à luz da Portaria STN 614/06, que criou critérios específicos para definir em que casos os pagamentos em PPPs serão considerados como dívida. Questão espinhosa, que deixamos por ora fora da nossa investigação, é saber se o subsídio caracterizaria ou não receita da SPE para efeito da referida Portaria.

Por fim, cremos ser absolutamente claro que os subsídios pagos pelo Poder Concedente em contratos de PPP não devem ser consideradas no cômputo das despesas para aferição do limite do valor de 3% em face da RCL. É que o artigo 28 da Lei de PPP que trata desse assunto dispõe que:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e 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 3% (três por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009) (grifos nossos)

Como se pode notar, o dispositivo estabelece que o limite de 3% sobre a RCL aplica-se às despesas de caráter continuado derivadas das PPPs. As subvenções a investimento são despesas de capital para a implantação, reabilitação, ou melhoria de um ativo de natureza pública. Por isso, são despesas pontuais, de natureza diversa das despesas de caráter continuado, que são essencialmente despesas correntes.

III.1.6. CONCLUSÕES

Diante desse quadro, ciente de que o tema comporta ainda mais estudos, e considerando que o mundo ideal para os Estados e Municípios que se encontram nessa situação seria conseguir realizar o investimento para implantação e operação do projeto em um só contrato de PPP ou concessão comum, no qual fosse viabilizada a realização de subsídio, sob a forma de transferência de capital, a ser pago concomitantemente ao andamento da obra (de modo a não gerar custos financeiros desnecessários) e sob o regime de desoneração tributária da subvenção a investimentos (de modo a reduzir o custo tributário do empreendimento), cremos já ser possível alinhar o seguinte:

- a) a separação dos investimentos em obra e em material rodante e sistemas em contratos de obra pública ou de fornecimento e instalação dos equipamentos a serem licitados e assinados pelo

Poder Público separadamente dos contratos de concessão ou PPP para operação do transporte e manutenção da infraestrutura e do material rodante/sistemas exige que o Poder Público elabore ou contrate a elaboração de projeto básico das obras e do material rodante e sistemas a serem fornecidos. E essa obrigação de obtenção dos projetos básicos, pode implicar em atraso de mais de um ano para o início da licitação da obra ou fornecimento, o que significa, em muitos casos, inviabilizar a utilização dessa opção de modelagem contratual. Por outro lado, em projetos submetidos ao RDC — Regime Diferenciado de Contratação seria viável realizar uma contratação integrada da obra e da concessão, utilizando para início da licitação do contrato de obra apenas o seu anteprojeto, que é algo que, algumas vezes, o poder público já dispõe, ou é capaz de elaborar internamente, em prazos compatíveis com a urgência na disponibilização dos serviços em vista da Copa e da Olimpíada;²⁴

- b) que seria viável realizar uma única licitação para a celebração de dois contratos, um para construção da obra e outro para contratação, concessão da operação do serviço e fornecimento do material rodante. Esses contratos poderiam ser assinados pelo vencedor de uma única licitação. Quando esses contratos envolverem projetos submetidos ao RDC será viável fazer contratação integrada da obra, juntamente com contratação da concessão. Isso significa que a licitação (única para os dois contratos) poderá iniciar com estudos em grau de detalhamento de anteprojeto tanto para a obra quanto para a concessão;
- c) que o veto ao art. 24 da Lei 8.987/95, a existência do art. 17 da Lei 8.987/95, o advento do art. 7º da Lei 11.079/04 — e o fato do *caput* do art. 3º, da Lei de PPP, não ter mencionado a aplicabilidade do art. 17, da Lei 8.987/95, às concessões adminis-

²⁴ Cf.: RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N.; PINTO Jr., M. E. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 16-67.

trativas — não afastaram, nem invalidaram a possibilidade de realização de subsídios pelo Poder Concedente a SPEs concessionárias (em contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa) nos setores de infraestrutura, pois a possibilidade de realização de subsídios a concessões e PPPs continuam regrados pela Lei 4.320/64, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como Lei Complementar, e, por isso, não pode ser alterada por Leis Ordinárias (como é o caso da Lei de PPP e da Lei de Concessões);

- d) que a conclusão “c)” acima é ainda mais forte para o caso de subsídios a concessões e PPPs que sejam contratadas por Estados e Municípios, pois, em vista do disposto no art. 163, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece que matéria de finanças públicas deve ser tratada por Lei Complementar, seria ignorar o Princípio Federativo e solapar a liberdade orçamentária dos Estados e Municípios supor que a União pode, por Lei Ordinária, dispor sobre matéria de finanças públicas e limitar, assim, a possibilidade dos Estados e Municípios destinarem, quando acharem cabível, subsídios para viabilizar concessões ou PPPs. Essas limitações às prerrogativas orçamentárias dos Estados e Municípios só poderiam ser criadas pela União, conforme o art. 163, inciso I, da Constituição Federal, por Lei Complementar;
- e) que seria importante ajustar o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público para disciplinar claramente a possibilidade de transferências de capital de entes governamentais a SPEs signatárias de contratos de concessão comum, administrativa e patrocinada;
- f) que existem benefícios tributários extremamente relevantes em caracterizar a transferência de capital como subvenção a investimentos, de maneira a evitar a carga tributária incidente sobre o pagamento sob a forma de contraprestação de serviços;
- g) que há uma regulação tributária específica sobre a subvenção a investimento, cuja questão substancial mais relevante para obtenção da desoneração tributária é que o valor a ser pago a tí-

tulo de subvenção seja igual ou menor que o valor do investimento realizado pela SPE;

- h) que a dilação entre a realização do investimento pela SPE e o pagamento da subvenção a investimento ou contraprestação gera um custo financeiro (taxa de retorno da SPE), que em última análise será arcado ou pelo Poder Público (como contraprestação, já que esse custo não pode em tese ser objeto de subvenção a investimento para efeito tributário), ou pelo usuário do serviço, e que o ideal é que essa dilação seja eliminada;
- i) que o Governo Federal terá influência crucial nessa discussão por meio da definição dos condicionamentos para a transferência dos recursos do PAC Mobilidade para Estados e Municípios;
- j) que, do ponto de vista fiscal, o valor do subsídio a ser realizado deverá ser submetido aos controles ordinários constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. No caso, contudo, de subsídio em contrato de PPP, parece-nos certo que o valor do subsídio não deve ser computado para efeito do cálculo do limite de despesas continuadas com PPP, de 3% da RCL.

III.2.

Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro

Gabriel Galípolo³

Lucas Navarro Prado⁴

¹ Gostaríamos de registrar o nosso agradecimento a Mario Engler Pinto Jr. e a Tacio Lacerda Gama, com quem tivemos oportunidade de discutir diversos temas tratados nessa nota. A responsabilidade por quaisquer equívocos é obviamente apenas dos autores.

² Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 17/8/2012, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/nota-mp-575-12-versao-publicada>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

³ Professor de Economia da PUC-SP e Sócio da Galipolo Associados.

⁴ Advogado especialista nos setores de infraestrutura e sócio do Navarro Prado Advogados.

III.2.1. INTRODUÇÃO

A publicação recente da MP 575/12 levantou uma série de dúvidas no meio jurídico e financeiro envolvido em projetos de infraestrutura sobre os seus objetivos e efeitos.

Como acompanhamos a discussão do texto dessa MP e publicamos inclusive no período que a antecedeu artigos sobre esse tema⁵, achamos por bem — a par de redigirmos um trabalho mais profundo sobre esse assunto que vamos publicar em breve — publicar logo a presente nota para dar a público nossas reflexões na esperança de esclarecer alguns dos pontos mais controversos sobre o tema e fomentar o debate de outros.

Em vista da novidade da MP, corremos voluntariamente o risco de, no futuro próximo, mudarmos os nossos entendimentos em vista de análises mais aprofundadas.

III.2.2. DESCRIÇÃO DO PROBLEMA

Os pagamentos da Administração Pública sob a forma de contraprestação pública (isto é, após a disponibilização do serviço) às SPEs sig-

⁵ Entre outros, Mauricio Portugal Ribeiro & Gabriel Galípolo, “Subsídio a Investimento em Concessões e PPPs”, publicado em 23/04/2012, no <http://www.slideshare.net/portugal-ribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>.

natárias de contratos de PPP, por investimentos relevantes realizados no princípio do projeto, criavam algumas ineficiências tributárias e financeiras.

Ineficiência financeira porque a dilatação entre os investimentos iniciais feitos pela SPE e o pagamento da contraprestação pública gerava a necessidade de remunerar esse intervalo temporal (nesse caso, com a rentabilidade equivalente a TIR de projeto), sendo que, muitas vezes, o Poder Público já tinha disponibilidade de caixa para pagar por tais investimentos desde a época da contratação da PPP.

Antes da MP, para reduzir a ineficiência financeira, e por conta do art. 7º da Lei de PPP, que vedava (e continua a vedar) o pagamento de *contraprestações públicas* antes da fruição dos serviços (i.e., antes da execução do investimento que precede a disponibilização dos serviços), diversos projetos de PPP passaram a prever pagamentos de contraprestações públicas elevadas nos primeiros anos de concessões ou até mesmo imediatamente após a disponibilização dos serviços, ainda que parcialmente. Ou seja, ao invés de se diluir os pagamentos ao longo da fruição dos serviços disponibilizados ou prestados ao longo da concessão, a modelagem econômico-financeira indicava que melhores resultados seriam alcançados por meio da concentração de pagamentos logo após, ou pouco tempo depois, da conclusão do investimento, ainda que parcialmente.

Da perspectiva do parceiro privado, significava a antecipação do *pay back* do negócio, reduzindo-se o risco e diminuindo a necessidade de financiamento. Sob o ponto de vista do Poder Público, tratava-se de minimizar o comprometimento de recursos com o pagamento de contraprestações públicas, que, na soma total nominal, passava a ser um valor bastante inferior, embora concentrado no curto prazo.

Essa estratégia de antecipação do pagamento das contraprestações públicas, no entanto, gerava (ou ao menos criava um risco de interpretação pela fiscalização tributária nesse sentido⁶):

⁶ Já se pensou em, ao invés de ativar os investimentos, procedendo-se à sua depreciação pelas regras fiscais aplicáveis a esse instituto, tratar os investimentos como despesa e diferir sua realização para o momento em que se verificasse a receita correspondente; ou, alterna-

- a antecipação da tributação de PIS e COFINS (e de ISS, quando não houvesse isenção municipal), dado que a base de cálculo desses tributos é justamente o faturamento pelos serviços prestados; e,
- uma ineficiência tributária relevante no pagamento de IRPJ e CSLL, dado que as depreciações fiscais dos ativos apenas ocorreriam no médio e longo prazo, considerando as regras fiscais aplicáveis. No caso de obras civis, por exemplo, que costumam representar a maior parte dos investimentos em projetos de infraestrutura, essa depreciação se dá na proporção de 4% ao ano. Com o acúmulo de receita nos primeiros anos ou imediatamente após a conclusão do investimento, o lucro líquido desses exercícios fiscais se mostrava sobremaneira elevado, impondo pagamentos também elevados nesse período a título de IRPJ e CSLL.

Essas consequências tributárias — decorrentes da concentração do pagamento de contraprestações públicas nos primeiros anos ou logo após a conclusão do investimento — acabavam por eliminar parte dos ganhos financeiros pretendidos com essa concentração de pagamentos logo após a conclusão do investimento.

Além disso, verifica-se (e isso continua a acontecer mesmo após a MP 575/12) que o investimento em bens reversíveis pelo parceiro privado acaba incorrendo em uma ineficiência tributária adicional, que independe da distribuição das contraprestações públicas ao longo do tempo: trata-se do fato de que comumente o investimento não é executado pela Sociedade de Propósito Específico — SPE constituída como concessionária da PPP, mas, isto sim, por uma construtora subcontratada. Tanto a SPE quanto a construtora pagam PIS e COFINS sobre os valores destinados à execução do investimento e, eventualmente, também po-

tivamente, diferir o reconhecimento da receita de modo que acompanhe a realização da depreciação. Isso em nome da prevalência do princípio da tributação em regime de competência. Todavia, o risco de entendimento divergente por parte das autoridades de fiscalização acabava por afastar, na prática, a aplicação concreta dessas interpretações tributariamente mais benéficas.

derão sofrer impacto de ISS. Logo, o investimento em si tende a custar mais caro. Isso não se mostra um problema para a União, dado que os pagamentos de PIS e COFINS, em princípio, retornam aos cofres públicos federais. Porém, para Estados e Municípios, implica, indiretamente, transferência de renda para a União.

Diante do exposto até aqui, as Ineficiências tributárias relacionadas ao pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP podem ser assim resumidas: (i) havendo concentração de pagamentos nos primeiros anos ou imediatamente após a conclusão dos investimentos, verifica-se a antecipação dos pagamentos a título de PIS, COFINS e ISS (supondo a ausência de isenção) e, embora por meio distinto, também de IRPJ e CSLL, dado que o lucro líquido fica também sobremaneira elevado nesse período, ensejando maior pagamento dos tributos incidentes sobre o resultado; e (ii) independentemente da distribuição de pagamentos de contraprestações públicas ao longo da concessão, a subcontratação da obra pela SPE (até por exigência dos financiadores) tende a ampliar o custo tributário da PPP.

Por isso, o foco dos esforços realizados nos últimos meses que resultaram na emissão da MP 575/12 era exatamente obter alguma desoneração desses tributos.

III.2.3. SOLUÇÕES MAPEADAS ANTES DA MP E ONDE ELAS ESBARRAVAM

Antes da MP, para evitar as ineficiências financeira e tributárias acima mencionadas, diversos Estados e Municípios desenvolveram teses que permitiam o repasse de recursos ao parceiro privado ainda durante o período de execução dos investimentos (superando, dessa forma, a interpretação padrão do art. 7º da Lei de PPP, que supostamente não permitia tal pagamento), ou posteriormente, mas buscando a sua descaracterização como receitas da SPE para fins tributários.

Trata-se das propostas, por exemplo, de introdução de subsídios, caracterizados eventualmente como “subvenções para investimento” ao longo da fase de execução da obra, ou, alternativamente, de tratar a

parcela das contraprestações públicas destinadas aos investimentos como tendo a natureza jurídica de “subvenção para investimento”, ainda que pagas posteriormente à disponibilização ou início da prestação dos serviços.

Já foram sugeridos também o uso do “ressarcimento de investimento”, *pari passu* ou após a conclusão do investimento, ou da aquisição pelo Poder Público de debêntures emitidas pela SPE.

Todas essas estratégias esbarravam em riscos jurídicos relevantes e/ou em outras ineficiências.

III.2.4. O QUE A MP 575/12 SE PROPÔS A RESOLVER?

A parte da MP sobre os aspectos tributários se propôs a resolver o problema da antecipação dos pagamentos de tributos nos casos em houvesse a concentração de pagamentos de contraprestações públicas nos primeiros anos ou imediatamente após a execução do investimento, total ou parcialmente. Paralelamente, permitiu que sejam feitas transferências de recursos, do Poder Público para a SPE, ao longo da fase de investimento, i.e., mesmo antes da disponibilização ou início da prestação dos serviços.

Isso significa que agora é possível eliminar parte relevante da **ineficiência financeira** acima mencionada, transferindo ou pagando valores relevantes à SPE no período de investimento ou logo após sua conclusão, sem gerar os efeitos tributários negativos (pois a incidência dos tributos se dará apenas quando da “realização dos custos dos bens reversíveis, inclusive por depreciação”).

As alterações provocadas pela MP 575 no âmbito fiscal têm, nesse sentido, consequências financeiras, pois ao permitirem (i) a concentração de transferências de recursos ou pagamentos ao longo da fase de construção ou logo após sua conclusão e (ii) que o recolhimento dos tributos seja feito apenas por ocasião da “realização dos custos dos bens” (vamos explicar melhor essa expressão abaixo), o que ocorre apenas ao longo da concessão, **geram impacto financeiro positivo no fluxo de caixa.**

III.2.5. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS E A OPERACIONALIDADE DA MP

III.2.5.1. A EXPRESSÃO “APORTE DE RECURSOS”

A MP usa expressão genérica que engloba tanto os pagamentos realizados antes da disponibilização dos serviços (subsídios, subvenções, auxílios a investimentos, ou reembolso de investimentos) quanto pagamentos realizados após a disponibilização dos serviços a título de contraprestação.

A intenção disso é permitir que o benefício tributário que a MP estabelece possa ser utilizado independentemente de a que título o pagamento tenha sido definido no contrato.

A caracterização de qualquer parcela do pagamento como “aporte de recursos” requer, contudo, o cumprimento de dois requisitos:

- (a) o primeiro é um requisito formal, do qual tratamos em item abaixo: a aprovação por lei;⁷
- (b) o segundo é um requisito material: a destinação do recurso recebido pela SPE para investimento ou para pagamento de investimento em bens reversíveis.

O primeiro requisito é meramente formal, de maneira que, obtida a autorização legislativa, o tema não dá margem para grande discussão.

O segundo requisito, todavia, vai requerer esforço do Poder Concedente de definição no caso base, utilizado para modelagem do projeto pelo Governo, de quanto da contraprestação (e em que cronograma) está voltada para pagamento de investimento realizado em bens reversíveis. Será preciso também ter regras de como isso será aplicado à modelagem final do projeto apresentada, como parte da proposta, do proponente vencedor da licitação.

⁷ Nota de revisão: no processo de conversão da MP 575/12 na Lei 12.766/12, esse requisito se manteve apenas para o aporte de recurso em PPPs cujo contrato tenha sido celebrado antes de 8 de agosto de 2012, isto é, antes da emissão da MP 575/12.

A conveniência de caracterização da contraprestação como “aporte de recursos”, para obtenção dos benefícios tributários previstos na MP 575/12, deve ser ponderada caso a caso pelo Poder Concedente a vista dos benefícios potenciais (que serão provavelmente benefícios financeiros) que a aplicação do mecanismo previsto na MP pode gerar.

Cremos que, na prática, o que fará sentido será caracterizar contraprestações como aporte de recursos nos casos em que os pagamentos de montantes mais altos da contraprestação estejam concentrados nos primeiros anos de operação do projeto (isto é, em prazo mais curto que o da depreciação dos bens reversíveis objeto dos investimentos da SPE).⁸

III.2.5.2. A EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

A autorização legislativa (do Poder Concedente) é exigida para acesso ao benefício tributário. Portanto, mesmo que o pagamento do aporte de recursos seja feito sob a forma de contraprestação, para que o benefício tributário seja aplicável, será necessária a autorização legislativa.

O nosso entendimento é que os projetos podem ser licitados sem essa autorização legislativa, que deve ser obtida antes da assinatura do contrato. Nesse caso, evidentemente o contrato deverá reger como será realizado a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso o benefício tributário seja obtido após a licitação.

III.2.5.3. A PROIBIÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO

A MP estabelece que os pagamentos antes da disponibilização do serviço devem ser realizados de forma proporcional ao investimento.

Uma vez que não há exigência de sincronicidade entre o pagamento e o investimento, o objetivo desse dispositivo parece ser apenas evitar a antecipação de pagamentos (pagamentos antes da realização dos investimentos).

⁸ Nota de revisão: a minha reflexão sobre o tema evoluiu para diferenciar claramente aporte de recursos de contraprestação pública. Ambos são espécies do gênero “pagamento público”. Mas o aporte de recursos está submetido a um regime específico de emprego dos recursos pela SPE e tributário. O aporte de recursos pode ocorrer antes ou após o início da operação do projeto. A contraprestação só pode ocorrer após o início da operação do projeto.

III.2.5.4. REALIZAÇÃO DOS BENS

O §4º, do art. 7º diz que:

§ 4º A parcela excluída nos termos do § 3º deverá ser computada na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, na proporção em que o custo para a construção ou aquisição de bens a que se refere o § 2º for realizado, inclusive mediante depreciação ou extinção da concessão, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995.

Esse é o dispositivo que mais dúvidas tem gerado na interpretação da MP. Alguns estão achando que se trata de mero erro, ou que a MP “tirou com uma mão o que deu com outra”.

Contudo, esse é exatamente o dispositivo que criou a equivalência tributária pretendida pela MP entre um pagamento de “aporte de recursos” no período de investimento do projeto, ou a realização do pagamento diluído ao longo da operação do projeto.

Esse dispositivo exige que seja incluído na base de cálculo dos tributos o valor equivalente ao “aporte de recursos” na proporção em que os custos de investimento forem “realizados”.

O reconhecimento da tributação proporcional à realização do custo — que pode ser feita, por exemplo, por depreciação — é exatamente o que permite que os tributos sejam pagos *pari passu* ao reconhecimento dos custos, gerando, assim, o efeito de neutralidade tributária que já mencionamos acima.

III.2.6. COMO FICA DA PERSPECTIVA CONTÁBIL?

Não é nova a percepção de que a manutenção das regras fiscais em face das mudanças de regras contábeis ocorridas nos últimos anos cria a necessidade de tratar separadamente os aspectos tributários dos aspec-

tos exclusivamente contábeis. Até que a Receita Federal termine o processo de transição das regras fiscais, diversas empresas estão fazendo e aprovando dois balanços e demonstrações financeiras, um para efeito fiscal e outro para efeito meramente contábil.

Nesse contexto, o que se pode dizer é que a MP manteve essa separação entre os aspectos fiscais e os contábeis. Seu impacto não atinge as regulamentações contábeis para as SPEs concessionárias de PPPs.

Isso quer dizer que, por um lado, os investimentos da SPE para construção, melhoria ou fornecimento de equipamentos necessários à prestação do serviço devem ser ativados em seu balanço “societário” como ativo intangível ou financeiro, uma vez que tais investimentos são feitos na expectativa das receitas a serem geradas para a SPE pela exploração do projeto. A divisão, portanto, da remuneração do concessionário em ativos financeiro e intangível se dá em função da divisão entre as receitas tarifárias (que dependem da utilização dos usuários) e a remuneração à qual o concessionário tem o direito contratual incondicional de receber pelos investimentos realizados, representados pelas contraprestações e, após a MP, também pelos aportes de recursos. Essa remuneração, do ponto de vista contábil, implica em amortização do ativo financeiro mencionado acima.

III.3.

A portaria 262/13, do Ministério das Cidades, repasse de recursos para PPPs de mobilidade urbana e risco dos projetos atrasarem^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Nota de revisão: este estudo se baseou no temor de que a lógica de análise e aprovação pela União dos projetos prevista na Portaria 262/13 atrasasse os projetos de mobilidade urbana a serem implantados como PPP utilizando recursos da União. A passagem do tempo mostrou que o principal motivo dos atrasos dos projetos não foi a Portaria, mas sim as dificuldades dos Estados e Municípios de contratarem, desenvolverem e aprovarem os estudos de viabilidade dessas infraestruturas e, especialmente, a sua dificuldade de tomar decisões sobre o resultado desses estudos. Veja-se o caso, por exemplo, das PPPs de Metrô de Curitiba e de Porto Alegre, que sofreram atrasos relevantes decorrentes das dificuldades dos Governos Municipais de tomarem decisões sobre os projetos. A estrutura da Portaria também levou a atrasos, mas eles não impediram os projetos de saírem quando os Estados e Municípios tomaram a decisão de colocá-los em licitação e realizar a contratação, como foi o caso do VLT do Município do Rio de Janeiro e do Metrô da Cidade de Salvador, contratado pelo Estado da Bahia.

Até o momento, contudo, da revisão final do presente livro não tive notícia de ter sido realizado sequer o primeiro desembolso de aporte público pago pela União em PPP de mobilidade urbana integrante do PAC mobilidade.

Toda a ineficiência prenunciada pelo presente estudo sobre a reanálise pelo Governo Federal dos estudos de viabilidade e minutas de contrato e edital aprovados pelos Estados e Municípios está ocorrendo na prática.

Tem sido comum, por exemplo, a União, nessas análises exigir que os projetos de mobilidade urbana estaduais e municipais se conformem ao modo de pensar padrão na União sobre estruturação de projetos de concessão e PPP sob pena desses projetos não receberem os recursos do PAC Mobilidade.

Por exemplo, em relação aos projetos que foram à aprovação da União após a emissão da Portaria, tem sido comum a União exigir que o contrato preveja o reequilíbrio por fluxo de caixa marginal, que conste a previsão de fator X, e que a taxa de retorno utilizada como referência nos estudos de viabilidade seja compatível com aquelas estipuladas em projetos federais. Essas exigências, além de, na minha opinião, em muitos casos tecnicamente descabidas (força-se os Estados e Municípios a cometerem alguns dos erros que a União tem cometido em seus projetos, e que aponto em estudos constantes deste livro) criam ineficiência no processo de implantação e aprovação dos projetos.

² Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 22/7/2013, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/portaria-262-e-os-repasses-para-pp-ps-de-mobilidade-urbana-v4-env>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

III.3.1. INTRODUÇÃO

Em 7 de junho de 2013, o Ministério das Cidades emitiu a Portaria 262/13, que trata dos repasses de recursos do OGU — Orçamento Geral da União para projetos de mobilidade urbana do PAC — Programa de Aceleração do Crescimento a serem implantados e operados por meio de contratos de PPP — Parceria Público-Privada.

Esses recursos já estavam prometidos há muito, e a definição da sua alocação para cada um dos projetos foi objeto da Portaria 185, de 4 de abril de 2012, do Ministério das Cidades, que selecionou 32 projetos de mobilidade urbana (linhas de metrô, VLT, monotrilho etc.), com valor de investimento total estimado, somando-se todos os projetos, de aproximadamente R\$ 30 bilhões, sendo que a transferência de recursos da União para viabilizar esses projetos seria na ordem de R\$ 21 bilhões.

Tabela 1 — Valor do investimento dos projetos de mobilidade urbana do PAC2 — Mobilidade — Grandes Cidades e valor dos recursos a serem disponibilizados pela União

(em R\$ milhões)

Valor de Investimento	Recursos da União	
	OGU	FIN
29739	10268	11164

O restante dos recursos necessários para a viabilização desses projetos seria oriundo ou dos Estados/Municípios responsáveis pela

implantação dos projetos, ou da cobrança de tarifas aos usuários do serviço.³

Na época em que foi emitida a Portaria 185/12 (aquela que definiu a alocação dos recursos para cada projeto), os repasses do Ministério das Cidades para obras de Estados e Municípios eram regidos pela Portaria 40, de 31 de janeiro de 2011⁴, que aprovou o Manual de Instruções para Contratação e Execução dos Programas e Ações do Ministério das Cidades inseridos na segunda fase do Programa de Aceleração do Crescimento — PAC 2.

Exatamente porque era focada nos repasses de recursos da União para obras de Estados e Municípios, a Portaria 40/11 estabelecia sistemática de repasses incompatível com a implantação de projetos por meio de contratos de PPP.⁵

Após processo de convencimento realizado por Estados e Municípios — que já estavam desenvolvendo vários dos projetos de mobilidade urbana para contratação sob a forma de PPP — o Ministério das Cidades decidiu que emitiria outro normativo para viabilização dos repasses para os projetos de PPP.

Por isso, em 24 de julho de 2012, o Ministério das Cidades emitiu a Portaria 331/12, que anunciava, no seu artigo 1º, § 3º, que haveria um normativo específico para repasses para PPPs de mobilidade urbana.

³ Notem que, para os projetos a serem implantados sob a forma de PPP, o valor dos pagamentos do Estado ou Município e dos usuários seria possivelmente muito superior à diferença entre o total de recursos disponibilizados pela União e o valor total do investimento. É que ao diluir o pagamento ao concessionário em, por exemplo, 30 anos, além do custo do investimento, o pagamento do Estado/Município e usuários deverá fazer face aos custos operacionais do projeto, tributos, encargos e à remuneração do concessionário.

⁴ Revogada e substituída posteriormente pela Portaria 164, de 2013.

⁵ Entre outros, a Portaria 40/11 exigia que, para assinatura do Termo de Compromisso, houvesse projeto básico das obras, “termo de dominialidade” das áreas a serem utilizadas para a implantação do projeto e licença prévia ambiental. Em projetos a serem implantados por meio de contratos de PPP, muitas vezes a elaboração do projeto básico, as licenças ambientais e as desapropriações e desocupações são responsabilidade do parceiro privado. Por isso, na sistemática da Portaria 40/11 seria inviável ter o Termo de Compromisso, que assegura os recursos para repasse da União para o Estado ou Município assinado antes da contratação da PPP. E isso criava uma insegurança relevante, pois os projetos teriam que ser licitados sem a assinatura do Termo Compromisso, isto é, sem a garantia de que os recursos indispensáveis à sua implantação estariam disponíveis para pagamento ao parceiro privado.

Já antes da emissão da Portaria 331/12, e, sobretudo, após a sua emissão, participei, na condição de especialista em PPPs, de diversas reuniões, seminários e oficinas, inclusive um seminário promovido pela Caixa Econômica Federal, em 18 de outubro de 2012, com a participação do Ministério das Cidades e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no qual ministrei duas palestras, uma sobre projetos de PPP de mobilidade urbana e outra sobre os requisitos que deveria cumprir a já esperada portaria sobre repasses para PPPs. A apresentação em PowerPoint que usei nesse seminário está publicada, desde o dia 22 de outubro de 2012, no seguinte link: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/ppp-de-mobilidade-urbana-mp-575-e-portaria-do-ministerio-das-cidades-sobre-repasses-do-pac>

Contratado como consultor em diversos projetos de PPP de mobilidade urbana de Estados e Municípios, fui instado duas vezes a redigir minutas dessa portaria e o fiz, minutas essas que, até onde sei, chegaram ao conhecimento do Ministério das Cidades, por meio dos Governos Estaduais e/ou Municipais.

Outras tantas vezes, elaborei pequenos textos para explicar aos mais diversos agentes públicos e privados o que era necessário estar contido nessa portaria para viabilizar as PPPs de mobilidade urbana. Fiz também em diversos fóruns exposição sobre a relevância dessa portaria e o que tinha que estar contido nela.⁶

Nas discussões que tive sobre a estrutura dessa Portaria, alguns argumentaram que, para realizar a Portaria com a estrutura que eu propunha, seria necessário alterar a Lei do PAC (Lei 11.578, de 26 de novembro de 2007) e estabelecer claramente que os repasses de recursos do OGU para PPPs não precisariam seguir a exigência constante da LDO — Lei das Diretrizes Orçamentárias de que os orçamentos das obras custeadas com dinheiro da União tenham que ser realizados utilizando como referência o SICRO e/ou o SINAPI.⁷

⁶ Cf.: exposição feita sobre o tema na FGV, em março de 2013, cuja apresentação está publicada no seguinte link: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/aula-fgv-mobilidade-lei-12766-e-portaria-de-repasse-versao-preliminar>

⁷ Nota de revisão: essa exigência foi excluída da LDO de 2014. Vide estudo sobre esse tema no item VII.4 a seguir.

O meu entendimento era que essas alterações legais não eram necessárias. Mas sempre disse a meus interlocutores que se o Governo, ou se os órgãos de controle da União, nomeadamente CGU — Controladoria Geral da União e TCU — Tribunal de Contas da União, por terem uma interpretação mais conservadora, entendiam que tais alterações legais eram necessárias, por que o Governo não as fez, ou pelo menos não as propôs?

Grandes projetos de mobilidade urbana são tão importantes que justificam, inclusive, realizar essas alterações por Medida Provisória. E acho que, até as manifestações de rua recentes, estava claro que o Governo, se quisesse, não teria grandes dificuldades em aprovar medidas desse tipo no Congresso. Com as manifestações de rua, talvez se torne ainda mais fácil aprovar essas alterações.

Para afastar a exigência da LDO de precificação dos estudos de viabilidade utilizando SICRO e/ou SINAPI, a Lei 12.766/12 inseriu o §4º, no art. 10, da Lei de PPP (Lei 11.079/04), que estabeleceu expressamente que o orçamento dos investimentos de PPP poderiam não seguir SICRO e/ou SINAPI, de maneira que uma das questões acima apontadas estaria superada.⁸

Emitida quase um ano depois do seu anúncio, a Portaria 262/13 (que, de agora em diante, chamarei apenas de “Portaria”) tem uma estrutura coerente com as regras tradicionais do PAC, mas inadequada para o cronograma necessário para a implantação dos projetos de mobilidade dos Estados e Municípios. A seguir, pretendo sugerir as linhas mestras do que me parece uma estrutura adequada para uma portaria a ser emitida nesse momento.

Além disso, há outras dificuldades que decorrem de posições adotadas pela Portaria que eu pretendo apontar, com objetivo de contribuir para a sua mudança.

⁸ Nota de revisão: esse tema está tratado em detalhes na no item VII.3.

III.3.2. O ATRASO NA EMISSÃO DA PORTARIA TORNOU NECESSÁRIA MUDANÇA NA SUA ESTRUTURA

Ao longo do ano passado, todos nós, envolvidos com a modelagem de projetos estaduais e municipais de mobilidade urbana, trabalhamos com a premissa da emissão, ainda no ano passado, da Portaria.⁹

Se emitida no ano passado¹⁰, talvez a Portaria pudesse viabilizar ainda neste ano¹¹ a contratação dos projetos estaduais seguindo as regras tradicionais do PAC, que implicam em análise e aprovação pela União (neste caso, representada pelo Ministério das Cidades) dos estudos de viabilidade (técnica, econômico-financeira e jurídica), minutas de edital e contratos elaborados pelos Estados e Municípios.

Essa estrutura tradicional de repasses da União para Estados e Municípios é **calcada na desconfiança de que se não forem devidamente controlados, Estados e Municípios usarão os recursos repassados pela União para outros fins**, diversos daqueles para os quais os recebeu. Por isso que, na sistemática tradicional de repasses do PAC, a União (a) analisa e aprova previamente os projetos de engenharia das obras; (b) estabelece diretrizes para a contratação dessas obras; (c) libera os recursos apenas em conta vinculada para pagamento da empresa contratada para a realização da obra após a verificação pela Caixa Econômica Federal da medição da obra realizada ou do cumprimento da etapa prevista no contrato.

Essa mesma lógica foi utilizada na Portaria, mudando apenas o que era necessário para compatibilizar essa lógica com a das PPPs.

Como, contudo, a emissão da Portaria se deu no meio de 2013, na minha opinião, ela praticamente inviabilizou que projetos estruturados pelos Estados sejam contratados ainda nos atuais mandatos dos Governadores. Isso significa que esses projetos ficariam, no melhor dos mundos, para serem licitados em 2015 ou 2016.

⁹ Nota de revisão: a Portaria foi emitida em 2013. Eu me referia ao trabalho de modelagem dos projetos de PPP de mobilidade urbana ao longo de 2012.

¹⁰ Nota de revisão: refiro-me aqui ao ano de 2012.

¹¹ Nota de revisão: 2013.

É que não há tempo para que seja realizada a análise e validação pelo Ministério das Cidades dos estudos de viabilidade, editais e contratos em tempo de se fazer o processo de contratação antes de 2014, que é ano eleitoral para os Estados. Como assinalo com mais vagar nos itens abaixo, se o processo de contratação de PPPs de mobilidade urbana estaduais não for realizado no ano de 2013, o mais provável é que a contratação desses projetos seja empurrada para 2015 em diante, a depender do que ocorrer nas próximas eleições estaduais.

Para a Portaria ser efetiva e viabilizar a contratação dos projetos, ela deveria ter adotado uma estrutura diferente da tradicional do PAC. Seria preciso repassar os recursos para os Estados e Municípios sem análise dos estudos de viabilidade, editais e contratos dos projetos, porque não há tempo para essas análises.

Para proteger a União contra a possibilidade de Estados e Municípios resolverem usar os recursos do OGU para fins diversos da implantação dos projetos de mobilidade urbana, a União poderia exigir contragarantias dos Estados e Municípios, que seriam executadas apenas se os projetos não forem executados nos prazos cabíveis.

O cronograma de implantação desses projetos a constar dos termos de compromisso para repasse poderia ser proposto pelos Estados e Municípios e aprovados pela União. A preocupação central da União, nesse caso, seria adotar cronogramas que tornassem as administrações atuais estaduais e municipais comprometidas com a implantação dos projetos sob pena de execução das contragarantias.

O problema é que alguns entendem que para aprovação de uma portaria com a estrutura que estou propondo, seria indispensável a emissão de uma medida provisória que criasse uma nova lógica de repasses de recurso da União diversa da lógica tradicional do PAC.

Se adotada a premissa de que é necessária a medida provisória, esta deveria ser enviada para o Congresso o quanto antes — e paralelamente ao seu envio, e utilizando da sua eficácia jurídica imediata como medida provisória, dever-se-ia iniciar e praticar os atos necessários à realização dos repasses.

Isso parece algo drástico quando comparado ao que o Governo planejou até aqui. Mas me parece a única forma de viabilizar a efetiva implantação dos projetos de PPP de mobilidade urbana com a urgência cabível, até mesmo para dar resposta aos clamores das ruas.

Manter a Portaria como está, isto é, supondo que o Ministério das Cidades analisará e aprovará os estudos de viabilidade, editais e contratos de cada PPP de mobilidade do PAC — Mobilidade — Grandes Cidades implica, na minha opinião, em alto risco dos projetos estaduais (que representam mais da metade dos projetos inseridos no programa) ficarem para 2015 em diante, o que seria lamentável.

A seguir analiso a Portaria com o objetivo, sobretudo, de evidenciar o risco de atraso dos projetos que a sua atual estrutura acarreta.

III.3.3. O ATRASO NA EMISSÃO DA PORTARIA E O ATRASO NOS PROJETOS ESTADUAIS QUE PODEM FICAR AGORA SÓ PARA 2015/16

A Portaria condicionou o início das licitações dos projetos de mobilidade urbana a serem implantados e operados por PPPs à assinatura dos termos de compromisso que disciplinam os repasses entre a União, os Estados e os Municípios.

Além disso, a Portaria condicionou a assinatura dos termos de compromisso à aprovação dos estudos de viabilidade dos projetos, editais e contratos pelo Ministério das Cidades. Portanto, até que o Ministério das Cidades aprove os estudos de viabilidade e demais documentos, as licitações dos projetos de mobilidade terão que ficar paradas, terão que esperar...

Note-se que diversos desses projetos já têm estudos de viabilidade prontos e editais e contratos de concessão que já foram à consulta pública. Veja-se o exemplo da Linha 03, do Metrô do Rio¹², cujos estudos de viabilidade estão prontos, mas não foram à consulta pública, e os

¹² Nota de revisão: a Linha 03 do Metrô do Rio até o presente não foi à licitação.

casos do VLT de Goiânia¹³ e do Metrô de Curitiba,¹⁴ cujos editais e contratos também já foram à consulta pública.

A reanálise e mudança pelo Ministério das Cidades dos estudos de viabilidade, editais e contratos implicaria em atrasos relevantes em projetos que estão prontos para sair. Será que essas alterações, uma vez realizadas, vão requerer novas consultas e audiências públicas antes de dar seguimento à contratação das PPPs? Ou as alterações solicitadas pelo Ministério das Cidades serão frugais e, por isso, será viável publicar as versões finais dos editais diretamente, sem nova consulta pública?¹⁵

Além disso, há o caso do Metrô de Salvador que está em licitação. Não está claro o que fará o Ministério das Cidades nesse caso... será que, por ocasião da aprovação do respectivo Termo de Compromisso para repasse, o Ministério das Cidades vai estabelecer condições para o repasse que implicam em necessidade de alterar projetos já licitados, induzindo os Estados/Municípios a mudar as condições de competição e violar o princípio da vinculação ao edital? Espero que não.¹⁶

Há um sinal alvissareiro, contudo, em relação aos projetos já licitados que vem da rapidez com que foi aprovado o Termo de Compromisso relativo ao VLT do Rio, cujo contrato de PPP entre o Município e os vencedores da licitação já estava assinado na data em que foi publicada a Portaria. Mas será que isso será repetido em relação aos projetos que estão ainda por iniciar a licitação?

Enfim, creio que há reais riscos da Portaria levar ao adiamento de diversos projetos de mobilidade.

¹³ Nota de revisão: o contrato de PPP do VLT de Goiânia foi assinado e está aguardando cumprimento das condições de eficácia para início de sua execução, inclusive condições de eficácia relacionadas à disponibilidade dos recursos do PAC para pagamento do aporte.

¹⁴ Nota de revisão: o metrô de Curitiba continua aguardando definições pelo Município relativas à sua modelagem.

¹⁵ Nota de revisão: as alterações solicitadas não são frugais. Em regra, exige-se adequação dos editais e contratos estaduais e municipais ao padrão dos editais federais, com adoção, por exemplo, do fluxo de caixa marginal para todos os eventos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Mas o entendimento nos Estados e Municípios, na minha opinião correto, é que mesmo essas alterações não exigem a realização de nova consulta pública.

¹⁶ Nota de revisão: a melhor informação que consegui sobre isso é que não foram exigidas até aqui alterações em licitações já realizadas. O contrato da PPP do Metrô de Salvador foi assinado e está em execução.

No caso dos projetos estaduais e do Distrito Federal, esse risco de atraso é ainda maior. E note-se que dos 32 projetos incluídos no PAC2 — Mobilidade — Grandes Cidades, 17 são estaduais ou do Distrito Federal. Isso representa mais de 50% do programa.

Como licitações de PPPs e concessões sempre levantam alguma controvérsia do ponto de vista político, são raros os agentes políticos que têm a coragem de colocar uma licitação de PPP ou concessão na rua em ano eleitoral. E 2014 é ano eleitoral para Estados e União.

Além disso, mesmo que se iniciem licitações de projetos estaduais em 2014, elas ocorrerão em ambiente político-institucional minado, propício para a sua interrupção ou seu adiamento, por denúncias na imprensa, ao Ministério Público e outros órgãos de controle. Por isso, é provável que, se as licitações dos projetos de PPP de mobilidade urbana estaduais não forem colocadas na rua nesse segundo semestre de 2013, elas terminarão adiadas, possivelmente, no melhor dos mundos, para 2015.¹⁷

Existe ainda a possibilidade das licitações dessas PPPs serem iniciadas em 2014, a contratação não ser concluída antes da eleição e o eventual novo Governo simplesmente cancelar a licitação no princípio de 2015. Veja-se o caso das PPPs colocadas em licitação no último ano de mandato (2010) de Yeda Crusius no Rio Grande do Sul — a PPP do Complexo Prisional de Canoas e da rodovia ERS 010 — cujos processos licitatórios não chegaram ao fim no seu mandato e que foram cancelados, em 2011, logo após a posse de Tarso Genro, como Governador.

III.3.4. A PORTARIA EXIGIU QUE OS ESTUDOS DE VIABILIDADE E OUTROS DOCUMENTOS DOS PROJETOS SEJAM ENVIADOS AO MINISTÉRIO DAS CIDADES, MAS NÃO DISSE O QUE O MINISTÉRIO EXIGIRÁ EM RELAÇÃO A ESSES ESTUDOS

A Portaria enunciou que o Ministério das Cidades terá que aprovar os estudos de viabilidade dos projetos de mobilidade para os quais haverá

¹⁷ Nota de revisão: essa possibilidade não está ainda excluída. Existem alguns projetos, como a Linha 03 do Metrô do Estado do Rio de Janeiro, que tudo indica que irá a licitação exatamente durante o período eleitoral.

repassa de recursos, mas não estabeleceu quais exigências terão que ser obedecidas pelos estudos de viabilidade e editais e contratos para obtenção dessa aprovação.

Não me surpreenderia que, nos próximos meses, o Ministério das Cidades emita outro ato normativo estipulando, por exemplo:

- (i) o valor da taxa de retorno “oficial” que o estudo de viabilidade terá que prever para ser aprovado (seria ingênuo achar que essas taxas não terão os vícios das taxas de rentabilidade calculadas atualmente pelo Tesouro Nacional para as concessões federais);
- (ii) o critério de precificação dos investimentos (exigindo que os estudos de engenharia sejam precificados seguindo SICRO/SINAPI)¹⁸; e,
- (iii) o texto padrão das cláusulas dos editais e contratos sobre equilíbrio econômico-financeiro ou outros temas, atualmente caros para a forma padronizada de pensamento no Governo Federal sobre concessões (a fórmula vem sendo repetida, com mudanças pontuais nas concessões de rodovias, aeroportos, ferrovias e eventualmente será também nos arrendamentos e concessões de Portos).

Essa indefinição e, portanto, também incerteza sobre o que, de fato, o Ministério das Cidades exigirá para aprovar os estudos, na minha opinião, tem o potencial de se tornar mais uma fonte possível de atrasos e de discussões infundáveis.

As últimas vezes que perguntei a agentes públicos federais a razão por que a União teria que “reaprovar” (perdoem-me o neologismo) os estudos de viabilidade feitos pelos Estados e Municípios, ao fim e ao cabo, o argumento era que os órgãos de controle, nomeadamente a CGU

¹⁸Na minha opinião, não se aplica ao repasse para PPPs a exigência que os estudos sigam SICRO/SINAPI, prevista nas LDOs da União dos últimos anos. Na minha opinião, a exigência constante da LDO alcança apenas o caso de investimentos realizados por meio de contratos de obra pública.

e o TCU, não deixariam que os repasses fossem feitos sem que os projetos fossem “reaprovados” pela União.

Para mim, esse argumento pode fazer algum sentido quando vindo de um agente público subalterno. Mas não faz nenhum sentido quando vindo de um Ministro responsável por viabilizar os projetos de mobilidade urbana.

É que CGU e TCU cumprem leis. No limite, se não houver outra forma de discipliná-los, que se envie uma Medida Provisória para o Congresso mudando as leis, mudando, por exemplo, a Lei do PAC, para permitir que os repasses sejam feitos sem necessidade de “reaprovação” desses estudos no âmbito da União.

Note-se que os repasses da União para Estados e Municípios eram feitos no passado muito mais facilmente e com muito mais simplicidade. Foi a legislação do PAC que inaugurou o conjunto de exigências que existem atualmente para esses repasses. Isso juntamente com a exigência que vinha desde a LDO de 2003 de se utilizar SICRO e/ou SINAPI para precificar as obras a serem realizadas com repasses da União deu os contornos do que é hoje a atividade de realização de repasses da União para projetos do PAC.

Em vista da relevância do problema do transporte urbano no Brasil, poderia o Governo ter modificado a Lei do PAC para viabilizar os repasses deixando para os Estados e Municípios a aprovação desses estudos e dos editais e contratos de PPP dos respectivos projetos. Isso seria, de fato, privilegiar o princípio da cooperação entre entes estatais na implantação desses projetos.¹⁹

III.3.5. QUEM FARÁ A ANÁLISE DOS ESTUDOS PARA O MINISTÉRIO DAS CIDADES?

Apesar do Ministério das Cidades ter tomado para si a incumbência de reanalisar e aprovar os estudos de viabilidade realizados por Estados e

¹⁹ A Portaria diz basear-se nesse princípio (§3º, do art 1º). Na minha opinião, esse princípio seria verdadeiramente privilegiado se a aprovação dos estudos de viabilidade, dos editais e contratos de PPP fosse realizada pelo ente responsável pela sua contratação.

Municípios, a Portaria não estabeleceu quem exatamente analisará esses estudos.

Não é segredo para ninguém que o Ministério das Cidades não tem atualmente corpo técnico treinado para analisar estudos de viabilidade de projetos de PPP e concessão de mobilidade urbana. Aliás, a falta dessa expertise no Ministério das Cidades é exatamente uma das justificativas para o atraso na emissão da Portaria.²⁰

Criar e treinar corpo técnico para analisar esses estudos de viabilidade, mesmo que com a ajuda do corpo técnico da Unidade de PPP do Ministério do Planejamento²¹, vai demorar algum tempo. E isso, na minha percepção, caminha no sentido de se configurar como mais uma fonte de atraso dos projetos: estes ficarão parados aguardando a análise e aprovação dos seus respectivos estudos de viabilidade pelo Ministério das Cidades.

Sobre quem analisará os estudos de viabilidade, a Portaria diz o seguinte:

§ 4º Para a aprovação de que trata o § 1º deste artigo (aprovação do Termo de Compromisso entre Estados ou Municípios e União, Termo de Compromisso esse cuja assinatura é condição do repasse), o Ministério das Cidades deverá apreciar o EVTE e verificar a aderência das minutas do edital e do contrato ao EVTE e às condições estabelecidas nesta Portaria.

§ 5º Para os fins do disposto no parágrafo anterior, o Ministério das Cidades poderá celebrar convênios, acordos de cooperação técnica, contratos ou quaisquer outras avenças, com pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou internacionais, de direito público ou privado, observado o disposto na legislação aplicável.

²⁰ Nota de revisão: na prática, quem está realizando a análise desses estudos é a equipe da Unidade de PPP e da SEPAC, do Ministério do Planejamento.

²¹ Apesar da equipe da Unidade de PPP ser bem formada, por razões políticas, não houve ainda PPP no Governo Federal que saísse do papel, com exceção do Datacenter montado pelo Banco do Brasil e pela Caixa, cuja modelagem ocorreu independente da Unidade de PPP.

A Portaria, portanto, deu a entender que o Ministério das Cidades contratará ou fará convênios ou termos de cooperação técnica com terceiros para analisar os estudos de viabilidade dos projetos.

Um convênio ou um termo de cooperação desses no âmbito da União demora, no melhor dos mundos, 4 meses para ser assinado. Uma contratação de empresa para realizar análise desses estudos, se for mediante licitação, demora, em regra, mais de 6 meses. Se for contratação por inexigibilidade ou dispensa de licitação, demorará também em torno de 3-4 meses pelo menos, se o membro da AGU — Advocacia Geral da União encarregado de dar o parecer sobre a dispensa/inexigibilidade estiver completamente convencido da legitimidade da dispensa ou da inexigibilidade.

Parece-me enfim difícil que os projetos sejam aprovados antes do ano que vem.²² E, em relação aos projetos estaduais, creio haver risco que eles sejam lançados agora para, no melhor dos mundos, 2015 e 2016.

III.3.6. E OS RECURSOS DE FINANCIAMENTO DO BANCO DO BRASIL E DO BNDES?

O PAC 2 — Mobilidade — Grandes Cidades selecionou projetos estaduais e municipais para receber recursos da União tanto por repasse do OGU quanto sob a forma de financiamento pelo BNDES e Banco do Brasil.

A Portaria tratou apenas das condições para repasse dos recursos do OGU. Nada foi dito nela sobre as condições para recebimento dos demais recursos.

Como é inviável dar seguimento ao processo de implantação dos projetos sem certeza do equacionamento do recebimento de todos os recursos, é possível que os projetos continuem aguardando clareza sobre as regras a respeito dos demais recursos a serem destinados aos projetos.

²² Nota de revisão: 2014.

III.3.7. O REPASSE DE DINHEIRO DO OGU NÃO CRIA QUALQUER RESPONSABILIDADE PARA A UNIÃO: QUEM PAGARÁ PELOS REEQUILÍBRIOS POR ATRASO NO PAGAMENTO?

A Portaria diz que os repasses de recursos do OGU não criam qualquer responsabilidade para a União (art. 1º, §4º).

Na minha opinião, isso cria problemas de uma perspectiva técnica e política.

De uma perspectiva técnica, a minha preocupação é com o atraso nos pagamentos a serem feitos pela União ao concessionário.

Atrasos no pagamento resultam geralmente em queda de rentabilidade do projeto para o concessionário. A depender de sua dimensão, podem ter consequências graves, como a interrupção das obras (com custos, eventualmente, de desmobilização e depois de remobilização), atraso na disponibilização do serviço e, portanto, do início da percepção das receitas do concessionário. Tudo isso, em regra, impacta negativamente a rentabilidade do projeto para o concessionário.

Uma questão relevante na modelagem dos projetos é quem assume esse risco. Não faz sentido que o risco seja do concessionário, porque diz respeito a atrasos consequentes da burocracia da União ou dos Estados e Municípios.

Como a Portaria estipulou que a União não cobrirá esse risco, este será necessariamente do Estado ou Município. E aí a questão é se o orçamento do Estado e do Município tem condição de suportar esse risco. Em outras palavras, a questão é — caso a União atrase o repasse por qualquer motivo não imputável ao concessionário — se o orçamento ou se a estrutura de garantia para a PPP montada pelo Estado ou Município terá condição de cobrir (ainda que temporariamente) o valor do repasse. Em muitos casos, o Estado ou Município simplesmente não terá condição de cobrir o atraso da União.

Isso resultará em interrupção de obras e na necessidade de reequilibrar o contrato de PPP, o que tornará o projeto como um todo mais caro para o usuário e para o Poder Público. Na minha opinião, seria mais razoável que a União arcasse com as consequências do seu atraso, o que

geraria incentivo para que os pagamentos não fossem interrompidos ou atrasados por questões de menor relevância.

Da perspectiva política, me parece que a Portaria, por meio do já aludido art. 1º, §4º e de outros dispositivos, criou um sistema de incentivos equivocados. É que se a União não tem qualquer responsabilidade, nem assume riscos em relação aos projetos, qual o sentido, nesse contexto, dela ter que aprovar os estudos de viabilidade, editais e contratos dos projetos?

O natural seria que os estudos de viabilidade, editais e contratos fossem aprovados apenas pelo órgão contratante (Estado, Distrito Federal ou Município) até mesmo para gerar o incentivo adequado: se contratar bem, seguindo as cautelas devidas, o Chefe do Poder Executivo do órgão contratante terá os louros políticos de ter tirado o projeto do papel. Se contratar mal, e se o projeto não se viabilizar, ele terá que arcar com o seu insucesso. Nesse contexto, não me parece fazer sentido que a União (que não assume qualquer responsabilidade ou risco no projeto) aprove os estudos, edital e contrato do respectivo projeto.

III.3.8. À GUIA DE CONCLUSÃO

Creio que há grande risco que os grandes projetos de mobilidade urbana tão importantes para melhoria das condições de vida das populações das grandes cidades e, agora também relevantes para responder aos protestos e manifestações de rua, terminem atrasados por consequência da própria engenharia institucional montada para a realização dos repasses.

Como já mencionei acima, a única forma de viabilizar que os projetos estaduais sejam contratados e se tornem legados dos atuais Governos Federal e Estaduais é viabilizar os repasses sem a reanálise e “reaprovação” pela União dos estudos de viabilidade, editais e contratos elaborados pelos Estados e Municípios.

Projetos selecionados para receber recursos do PAC 2 — mobilidade — grandes cidades, conforme Portaria 185/12, do Ministério das Cidades

UF	Proponente	Município Beneficiário	Intervenção	Carta-Consulta	OGU VALOR REPASSE	FIN VALOR EMPRÉSTIMO	TOTAL INVESTIMENTO
BA	Governo Estadual	Salvador	Sistema Integrado de Transporte Metropolitano RMS	000139.02.73/2011-96	1.000	600	3.000
CE	Governo Estadual	Fortaleza	Implantação da Linha Leste do Metrô de Fortaleza	000137.02.73/2011-70	1.000	1.000	3.033
CE	Prefeitura	Fortaleza	Programa de Transporte Urbano de Fortaleza	000128.02.73/2011-89	100	200	369
DF	Distrito Federal	Brasília	Sistema de Passageiros Eixo Sul - Corredor Gama - Valparaíso	000095.02.73/2011-68	800	1.079	2.211
			Sistema de Passageiros Eixo Oeste	000107.02.73/2011-72			
			Expansão e Modernização do Metrô do DF	000093.02.73/2011-41			
MG	Governo Estadual/ Prefeitura	Belo Horizonte	Implantação de Terminais Metropolitanos de Integração Rede de Metrô da RMBH	000143.02.73/2011-36	1.000	1.013	3.102
			Complexo de Lagoinha	000112.02.73/2011-21			
PE	Governo Estadual	Recife	II Perimetral - Via Metropolitana Norte IV Perimetral - Binário Cajueiro Seco	000117.02.73/2011-71	726	657	1.819
			Corredores de Transporte Público Fluvial	000115.02.73/2011-55			
			Sistema de Transporte Rápido por Ônibus para a RMR	000099.02.73/2011-09			
PE	Prefeitura	Recife	Implantação de Corredores Exclusivos de Ônibus no Recife - II Perimetral, III Perimetral e Radial Sul	000135.02.73/2011-53	274	389	821
PR	Governo/ Prefeitura	Curitiba	Linha Azul do Metrô de Curitiba - 1ª Etapa	000086.02.73/2011-77	1.000	750	2.253
RJ	Prefeitura	Rio de Janeiro	Implantação da VLT - Área Central e Portuária BRT Transbrasil	000096.02.73/2011-76	532	1.097	2.464
			Metrô Linha 3 - São Gonçalo - Niterói	000098.02.74/2011-37			
RJ	Governo Estadual	Rio de Janeiro		000121.02.73/2011-11	500	774	1.734
RS	Governo Estadual/ Prefeitura	Porto Alegre	Sistema de Transporte Integrado Metropolitano Metrô de Porto Alegre (MetrôPoa) - 1ª Fase	000150.02.74/2011-55	1.000	1.049	2.817
				000087.02.73/2011-85			
SP	Governo Estadual	São Paulo	Linha São Bernardo do Campo / São Paulo - Fase 1	000104.02.73/2011-48	400	1.276	2.863
SP	Prefeitura	São Paulo	Corredor Capão Redondo Campo Limpo Vila Sonia Corredor de Ônibus Inajar de Souza	000129.02.73/2011-97	304	0	334
				000123.02.74/2011-82			

UF	Proponente	Município Beneficiário	Intervenção	Carta-Consulta	OGU VALOR REPASSE	FIN VALOR EMPRESTIMO	TOTAL INVESTIMENTO
AM	Governo Estadual	Manaus	Implantação Ligação viária Av. Timbiras - AM010 - AV. TORRES	000084.02.73/2011-51	177	42	228
GO	Governo Estadual	Goiânia	Metró Leve Eixo Anhanguera	000144.0274/2011-99	108	108	1.371
GO	Prefeitura	Goiânia	BRT Norte Sul	000140.02.74/2011-56	70	140	237
MA	Prefeitura	São Luis	Novo Anel Viário de São Luis (Trecho 1)	000089.02.73/2011-00	56	113	430
MA	Governo Estadual	São Luis	Implantação da Avenida Metropolitana de São Luis	000081.02.73/2011-26	144	144	588
PA	Governo Estadual	Belém	BRT trecho BR316 - Via Metropolitana - Av. João Paulo II - Prolongamente Av. João Paulo II	000090.02.73/2011-17	80	104	215
PA	Prefeitura	Belém	BRT Almirante Barroso e Augusto Montenegro e Centro de Belém e Icoaraci	000155.02.73/2011-51	100	314	498
SP	Prefeitura	Campinas	Plano de Mobilidade Urbana	000125.02.73/2011-54	98	197	340
SP	Prefeitura	Guarulhos	Programa de Mobilidade Urbana de Guarulhos	000161.02.73/2011-18	83	165	308

UF	Proponente	Município Beneficiário	Intervenção	Carta-Consulta	OGU VALOR REPASSE	FIN VALOR EMPRESTIMO	TOTAL INVESTIMENTO
AL	Governo Estadual	Maceió	Implantação do Corredor VLT Aeroporto-Maceió - 1º Trecho	000156.02.73/2011-60	133	133	280
MS	Prefeitura	Campo Grande	Reestruturação do Sistema Integrado de Transporte Modernização do Sistema Integrado de Transporte	000130.02.73/2011-11 000124.02.75/2011-35	56	113	180
PB	Governo Estadual	João Pessoa	VLT Metropolitano de J. Pessoa, Corredor e Viaduto	000120.02.73/2011-11	73	53	168
PB	Prefeitura	João Pessoa	Rede Integrada e Corredores de Transporte Público	000148.02.73/2011-87	95	59	188
PI	Governo Estadual	Teresina	Melhoria e ampliação do transporte ferroviário	000109.02.73/2011-99	23	100	130
PI	Prefeitura	Teresina	Implantação P Diretor de Transp e Mob Urb 1ª Etapa	000134.02.73/2011-45	30	70	104
RJ	Prefeitura	Nova Iguaçu	Sistema Sobre Trilhos Aeromovel Nova Era - Valverde Sistema Sobre Trilhos Aeromovel Centro - Nova Era	000149.02.73/2011-95 000146.02.73/2011-61	84	168	279
RN	Governo Estadual	Natal	Revitalização da linha Ribeira-Extremoz	000092.02.73/2011-33	74	56	136
RN	Prefeitura	Natal	Projeto de Reestruturação de Corredores de transporte	000133.02.74/2011-81	66	35	104
SP	Prefeitura	São Bernardo do Campo	Ligação Leste-Oeste	000154.02.73/2011-43	82	165	332

IV. Garantias de pagamento público em PPPs

IV.1.

Garantias de pagamento público em contratos de PPP: Como estruturar um sistema ideal?¹

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Este estudo foi publicado em versão preliminar em 17/03/2014, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/quais-as-garantias-ideais-para-pp-ps-formatado-final-vf-publicado-em-180214>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

IV.1.1. INTRODUÇÃO

Desde a aprovação da Lei de PPP (Lei Federal 11.079/04) União, Estados e Municípios que se interessaram por implantar projetos de infraestrutura por meio de PPP estruturaram diversas formas de garantia de pagamento de PPP.

Não há, contudo, até o presente, um conjunto de princípios para orientar agentes públicos que desejem estruturar garantias de pagamento de boa qualidade para os seus programas e projetos de PPP.

O presente artigo tem por objetivo descrever as características de sistema de garantia de pagamento de PPP ideal, mas ainda assim possível de ser implantado na realidade da União e de diversos Estados e Municípios.

Regulei a qualidade do sistema de garantia abaixo descrito pelo que, na minha experiência pregressa como financiador de concessões e PPPs², me parecia aceitável como garantia suficiente para financiar projeto PPP, com base em seu risco, isto é, sem exigir dos acionistas do parceiro privado garantias corporativas ou fianças bancárias para cobrir o risco de pagamento ao concessionário pela Administração Pública.³

² Fui responsável no Citibank Brasil em 2007 e 2008 pelo relacionamento com empresas nos setores de infraestrutura e nessa condição tive oportunidade de discutir com colegas, com clientes e com agentes públicos as características de sistema de garantias de pagamento adequado para contratos de PPP.

³ Após elaborar o conjunto de princípios descrito no presente trabalho, tive oportunidade de discuti-los com executivos da área financeira de empresas de infraestrutura vinculadas ao SINICON — Sindicato Nacional da Indústria da Construção e com executivos da área de financiamento de projetos do BNDES, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal.

Note-se que o fato do sistema de garantias ser tal que permita aos financiadores não exigirem garantias corporativas ou fiança bancária dos acionistas da concessionária tem por efeito baratear o custo financeiro do projeto para o acionista (ao definir a remuneração esperada do capital próprio, o acionista considera como fator relevante se terá que dar garantias de financiamento utilizando o seu balanço adicionalmente às garantias emergentes do próprio projeto). Supondo que a licitação da PPP será bem estruturada e competitiva, essa menor remuneração do capital próprio do acionista da concessionária será repassado para o preço a ser pago pelos usuários e/ou pela Administração Pública, resultando em melhor relação qualidade/custo para o usuário e a Administração Pública.

Ao iniciar o trabalho de desenvolvimento dos princípios a seguir enumerados, percebi que eles poderiam ser descritos com mais detalhes e mais aderência à realidade se eu pudesse pré-definir que tipo de bens de alta qualidade União, Estados e Municípios poderiam utilizar para estruturar um sistema de garantia de pagamento. Supus, por isso, para desenvolvimento dos princípios abaixo, que será utilizada como garantia a cessão de recebíveis, que é um tipo de ativo que a União e os vários Estados e Municípios dispõem muitas vezes em qualidade e quantidade suficiente para garantir os seus programas de PPP.

Como os princípios descritos abaixo se referem à montagem de um sistema de garantias de alta qualidade, é possível que alguns Estados e Municípios não sejam capazes, pelos mais diversos motivos, de cumprí-los à risca. Adaptações pontuais em vista de circunstâncias e limitações reais sempre serão necessárias para dar realidade a um modelo ideal de sistema de garantia.

Note que, como a montagem de estrutura de garantias de pagamentos de PPP pode levar meses — exigindo, em regra, inclusive, aprovação de lei na esfera governamental da Administração Pública concedente — é possível que Governos queiram iniciar a licitação de PPP antes de estar aprovado, constituído e em operação o sistema de garantia de pagamento a ser utilizado para as suas PPPs. Nesse caso, os princípios a seguir enumerados podem, com adaptações pontuais, ser inseridos

como anexo do edital de licitação de projetos de PPP, na forma, por exemplo, de condicionantes da eficácia do contrato de PPP ou de condições a serem cumpridas para a emissão da ordem de serviço do início da implantação do projeto. Isso permitiria que o Governo pudesse levar a cabo a licitação e a assinatura do contrato de PPP, mesmo sem ter ainda as garantias estruturadas e em operação. Evidentemente, que essa utilização dos princípios abaixo exigiria a inclusão no contrato de PPP de regras claras sobre as consequências de eventualmente o Governo não conseguir estruturar as garantias conforme estabelecido nos princípios incluídos no edital de licitação.

Antes, contudo, de enunciar os princípios, pretendo explicar por que é necessária (a) a outorga de garantias de pagamento pela Administração Pública ao parceiro privado; (b) quando é possível realizar PPPs prescindindo de garantias de pagamento público; (c) por que, apesar do “grau de investimento”, a União precisou e precisa ainda outorgar garantia de pagamento em suas eventuais PPPs; e (d) o erro dos Estados e Municípios que copiaram o sistema de garantias previsto na Lei de PPP Federal.

IV.1.2. POR QUE É PRECISO GARANTIAS DE PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PPPS?

Contratos de PPP exigem do parceiro privado o investimento em infraestrutura que, geralmente, é amortizado por meio da percepção pelo parceiro privado de tarifas dos usuários e de pagamento público da Administração Pública.

Como os entes da nossa Administração Pública, nas diversas esferas de governo, geralmente têm classificação de qualidade de crédito (*rating*) baixa⁴, é preciso que os contratos de PPP outorguem garantias de pagamento ao concessionário para que ele tenha certeza de que, se realizar os investimentos adequadamente e prestar o serviço conforme previsto

⁴ A exceção tem sido a União e alguns poucos Estados e Municípios nos últimos anos.

no contrato, receberá o pagamento devido por esse serviço nos valores e nos prazos previstos no contrato de PPP.

A iniciativa privada trata como um risco a incerteza sobre o recebimento de pagamento contratualmente estipulado por investimentos realizados e serviços prestados. Quanto maior a percepção de risco da iniciativa privada em relação à capacidade da Administração Pública de cumprir as obrigações de pagamento assumidas em contrato de PPP, maior o preço que o parceiro privado ofertará na licitação do contrato de PPP.

Além disso, a partir de dado nível de risco de não recebimento dos pagamentos, é provável que diversos entes privados sequer tenham interesse em ser contratados para a realização do investimento, o que, na prática, resulta em licitações vazias.

O mesmo raciocínio se aplica se a Administração Pública montar um sistema de garantias de pagamento de baixa qualidade. A incerteza sobre o recebimento do pagamento (que é condição para a amortização do investimento do parceiro privado) levará o parceiro privado a “precificar” esse risco, isto é, cobrar uma remuneração mais alta por conta do risco de não pagamento, decorrente das vulnerabilidades do sistema de garantia de pagamentos aplicável àquele projeto de PPP, ou simplesmente não participar da licitação para aquele projeto de PPP.

Nesse contexto, a melhoria da qualidade do crédito dos pagamentos públicos em PPPs pode ser uma condição para o sucesso da licitação e tende, em qualquer caso, a contribuir para aumento da competição na licitação do contrato de PPP, o que — supondo-se uma licitação bem estruturada — resultará em uma proposta vencedora que representará melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública.⁵

⁵ Apesar de ser claro que a melhoria da qualidade de crédito do pagamento público por meio da implantação de sistema de garantias é quase sempre indispensável para viabilizar os projetos de PPP (sem ela não haveria investidor sério disposto a contratar a PPP) e, apesar dela contribuir para aumentar a competição na licitação, com tendência, portanto, de diminuir o preço pago pela Administração Pública e/ou pelos usuários para a prestação de serviços, seria importante, em tese, sopesar o custo e o benefício de cada tipo de garantia que um ente estatal possa outorgar à iniciativa privada em contrato de PPP. Na prática, contudo, apesar de não ser difícil criar metodologia para medir o custo para a Administração Pública de outorgar cada tipo de garantia é extremamente difícil medir qual exatamente os diferen-

IV.1.3. QUANDO É POSSÍVEL PRESCINDIR DE GARANTIAS NA ESTRUTURAÇÃO DE PPPS?

Algumas situações específicas permitem que se prescindam de garantias de pagamento em PPPs.

A primeira delas é o caso do ente estatal que tenha boa classificação de crédito. No caso do Brasil, contudo, ainda que o ente estatal tenha boa classificação de crédito (pouquíssimos a tem), o estabelecimento pela Constituição Federal (art.100) do sistema precatorial de execução das obrigações contra os entes governamentais e as tentativas de criar regimes especiais de pagamento⁶ que permitem à Administração Pública utilizar mecanismos para protelar ou não pagar integralmente as suas obrigações judicialmente reconhecidas abalam a credibilidade do sistema de execução de obrigações contra entes submetidos para esse fim ao regime público.

Nesse contexto, mesmo entes governamentais que mantenham suas contas em dia e que consigam obter boa classificação de crédito pelas agências de *rating* (que se focam em regra na capacidade do ente analisado de adimplemento de obrigações no curto prazo), teriam a percepção de risco de crédito de longo prazo (os contratos de PPP geralmente tem prazo superior a 10 anos) afetada pela existência do próprio sistema precatorial e dos riscos associados à criação dos regimes especiais de pagamento.⁷

tes benefícios decorrentes de cada um dos tipos de garantia que um dado ente estatal possa outorgar ao parceiro privado.

⁶ A Constituição Federal de 1988 concedeu 8 anos para pagamento da dívida judicial existente pelos entes governamentais. A seguir, no ano 2000 (ou seja, 12 anos depois da instituição do regime especial de pagamento já previsto na Constituição de 1988), a Emenda Constitucional 30 permitiu outro parcelamento dos pagamentos dos precatórios, esse abrangendo as ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999. A última tentativa de criar regimes especiais de pagamento foi a prevista na Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, já declarada em vários aspectos inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷ Importante notar que os regimes especiais, quando usados com parcimônia e em situação excepcional, podem ser instrumentos interessantes para viabilizar o saneamento de dívidas passadas criando uma situação que permita o pagamento adequado pelos entes públicos no futuro. A criação, contudo, quase que periódica de regimes excepcionais afeta a própria credibilidade do sistema de pagamentos. Os descumprimentos no pagamento das obrigações

Daí que mesmo entes estatais que possuam atualmente boa classificação de crédito dificilmente conseguiriam convencer empresas da iniciativa privada a realizar investimentos e ter exposição de capital de longo prazo a pagamentos a serem realizados por esses entes públicos sem garantias de boa qualidade.

Em relação, contudo, a entes estatais não submetidos ao regime dos precatórios, já houve entre nós um exemplo de celebração de PPP sem garantia de pagamento. Isso ocorreu no caso da PPP do Datacenter, em que os contratantes são o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. Como Banco do Brasil e Caixa estão submetidos à regulação bancária e não poderiam sem consequências graves para a sua atividade deixar de realizar pagamentos devidos em contratos de longo prazo, a PPP do Datacenter foi realizada sem garantias de pagamento.

Outra possibilidade de realizar PPPs sem garantias seria no caso de projetos que não gerem exposição de capital ou que gerem baixa exposição de capital dos parceiros privados aos entes públicos. Por exemplo, os projetos em que os pagamentos públicos são realizados pela entrega de obras e serviços e em que os valores desses pagamentos cobrem todos os desembolsos do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de equipamentos. Isso tem ocorrido nas PPPs realizadas para revitalização de áreas urbanas, como parte de operações consorciadas urbanas. O melhor exemplo disso é a PPP do Porto Maravilha, do Município do Rio de Janeiro. Outras PPPs com características semelhantes estão sendo gestadas para o Município de Niterói e o Município de Belo Horizonte.

Há também diversas PPPs celebradas por Municípios para disposição de resíduos sólidos que foram celebradas sem garantia de pagamento. Isso porque, até o surgimento das obrigações de tratamento de resíduos sólidos a se tornarem efetivas em agosto de 2014⁸, os projetos de PPP

reconhecidas judicialmente contra entes públicos passam a se fazer na esperança de que se crie um novo regime especial que dará conta dos pagamentos não realizados.

⁸ O artigo 54 da Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, estabelece que: “A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei”.

para disposição de resíduos sólidos em aterro sanitário, nos casos em que o Município contratante ficava responsável por fornecer o terreno para a implantação do aterro, eram projetos em que o investimento inicial do parceiro privado era baixo e os demais investimentos ao longo de sua vida eram modulares, isto é, se realizavam *pari passu* com os pagamentos recebidos pela disposição de resíduos.

IV.1.4. POR QUE, APESAR DA CLASSIFICAÇÃO DOS TÍTULOS FEDERAIS COMO “GRAU DE INVESTIMENTO”, A UNIÃO PRECISOU CRIAR ESTRUTURA PARA GARANTIR OS SEUS PAGAMENTOS EM PPPS?

Porque existe na União uma diferença expressiva entre as regras incidentes sobre o pagamento da sua dívida mobiliária e as regras incidentes sobre o pagamento da sua dívida contratual, na qual se enquadram as obrigações de pagamento assumidas em contrato de PPP.

O grau de investimento foi conferido aos títulos públicos federais brasileiros pelas agências de *rating* levando em consideração as regras incidentes e o sistema de pagamentos da dívida mobiliária da União, cujo pagamento é inclusive garantido pelo Banco Central do Brasil.⁹

A dívida contratual da União — cuja execução em caso de inadimplemento está submetida ao sistema de precatórios por conta do art. 100, da Constituição Federal —, até onde consegui verificar, nunca foi objeto de avaliação das agências de *rating* e, caso fosse, certamente não obteria grau de investimento, mesmo nos períodos de bonança econômica do país.

Por essa razão, apesar do grau de investimento dos títulos públicos emitidos pelo Tesouro Nacional, é ainda necessária a estruturação de sistema de garantias de pagamento para realizar projetos de PPP no âmbito da União.

⁹ Cf.: art. 2º, do Decreto-lei nº 2.376, de 25 de novembro de 1987, assim estabelece: “O Banco Central do Brasil garantirá o pagamento, nos respectivos vencimentos, do principal e acessórios dos títulos do Tesouro Nacional”.

O mesmo raciocínio se aplica aos entes governamentais subnacionais que, nos últimos anos, fizeram *rating* da sua dívida mobiliária, como, por exemplo, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro. Mesmo que o *rating* da sua dívida mobiliária seja alto, ainda assim serão necessárias garantias de pagamento em vista da baixa classificação de crédito da sua dívida contratual pelas razões acima mencionadas.

Aliás, no caso dos entes subnacionais brasileiros, em virtude dos acordos para renegociação das suas dívidas assinados com a União na década de 1990, eles só poderão emitir títulos públicos após a quitação das suas dívidas com a União. Nesse contexto, o *rating* da dívida mobiliária dos Estados e Municípios brasileiros é apenas um exercício teórico, já que esses entes estão proibidos de emitir títulos.

IV.1.5. A CÓPIA E O ERRO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS QUE COPIARAM A ESTRUTURA MONTADA PELA UNIÃO PARA GARANTIA DAS PPPS

A Lei de PPP federal previu a criação do FGP — Fundo Garantidor de PPP, que seria o mecanismo para garantir os pagamentos públicos das PPPs celebradas pela União.¹⁰

Após a aprovação da Lei Federal de PPP, diversos Estados e Municípios se apressaram em copiar a Lei Federal de PPP e criaram fundos garantidores à imagem do federal, cujo funcionamento dependia da qualidade dos bens a serem aportados nesses fundos, mas sem estabelecer regras adequadas para a utilização de recebíveis (receitas futuras) desses Estados ou Municípios para garantia de PPPs.

Como, contudo, os Estados e Municípios geralmente não possuem bens de boa qualidade para esse fim — a não ser recebíveis — o resultado é que esses fundos garantidores estaduais e municipais simplesmente

¹⁰ O FGP foi estruturado e entrou em operação, apesar de nunca ter outorgado uma garantia, pois a União até o presente não celebrou contrato de PPP.

te não eram capazes de cumprir o seu objetivo. Exatamente por isso muitos desses fundos garantidores sequer foram criados, apesar da autorização legal para tanto.

Por isso que todos os Estados e Municípios que resolveram de fato implantar programas de PPP tiveram que desenvolver sistemas próprios de garantias, diferentes daqueles copiados da União, e geralmente baseados em cessão de recebíveis — que é o tipo de patrimônio que muitos Estados e Municípios, particularmente os grandes e médios, dispõem, na quantidade e qualidade necessárias para implantar os seus programas de PPP.

Vale a pena olhar o exemplo dos Estados de Minas Gerais e da Bahia. Tanto Minas Gerais quanto a Bahia previram em lei estruturas de garantia semelhante à federal. Mas além de terem copiado a estrutura federal, cometeram erros na cópia.

O FGP — Fundo Garantidor de PPP federal é uma entidade de natureza privada, separada da União. Tanto o Estado de Minas Gerais quanto o da Bahia criaram fundos garantidores que, na verdade, não passavam de fundos contábeis previstos no orçamento desses Estados. Esses fundos não se caracterizam como entidades separadas do ente governamental. Por isso, a execução de obrigações contra eles seria rigorosamente a execução de obrigações contra os Estados em cujos orçamentos esses fundos estão previstos. A consequência disso é que a garantia eventualmente outorgada por esses fundos garantidores não teria qualquer efeito para melhoria da classificação de crédito do Estado.

No caso do Estado de Minas Gerais, esse fundo garantidor foi criado pela Lei Estadual nº 14.869, de 16 de dezembro de 2003. Essa lei dizia claramente no seu artigo 1º:

Art. 1º Fica criado o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, entidade contábil sem personalidade jurídica, com o objetivo de dar sustentação financeira ao Programa de Parcerias Público-Privadas.

No caso do Estado da Bahia, a Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, também dizia claramente que o fundo garantidor era um fundo contábil, sem personalidade jurídica:

Art. 17 — Fica criado o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia — FAGE Bahia, entidade contábil sem personalidade jurídica, com o objetivo de viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas, conferindo-lhe sustentação financeira.

Portanto, esses Estados além de copiarem a estrutura do FGP federal — que, como já se disse acima, não é adequada para a utilização do tipo de patrimônio que os Estados possuem — copiaram mal, cometendo erros que, a rigor, inviabilizariam o próprio funcionamento do fundo como estrutura de garantia de pagamento.

Quando os Estados da Bahia e de Minas Gerais resolveram tirar projetos do papel tiveram que montar outras estruturas de garantia.

O Estado de Minas Gerais utilizou a CODEMIG — Companhia de Desenvolvimento Econômico do Estado de Minas Gerais como garantidora dos pagamentos das PPP (vide Cláusula 38, do Contrato de Concessão Patrocinada para Exploração da MG 050).

Já o Estado da Bahia criou, por meio da Lei 11.477, de 1º de julho de 2009, um sistema de pagamento e garantia de PPPs, em cuja estruturação estive envolvido, destinado especificamente a utilizar receitas provenientes do FPE — Fundo de Participação dos Estados.

A ideia no caso desse sistema de garantia do Estado da Bahia é que a alta qualidade da classificação de crédito do sistema de pagamento montado evitasse a necessidade de garantias de pagamento.

IV.1.6. O QUE EM TEORIA SIGNIFICA QUALIDADE DE UMA GARANTIA?

No presente segmento deste trabalho, pretendo fazer uma reflexão mais acadêmica sobre quais os parâmetros para mensurar a qualidade de uma garantia de pagamento em uma PPP. Para isso, seguirei marginando

exposição elaborada e realizada por Mario Engler Pinto Junior sobre garantias de pagamento em contratos de PPP.¹¹

Pode-se afirmar que a qualidade de uma garantia é função da relação entre a qualidade dos ativos, a quantidade desses ativos e a facilidade de acesso pelo parceiro privado a esses ativos.

Colocando de maneira mais analítica é possível afirmar que os seguintes itens são levados em consideração para avaliar a qualidade de uma garantia:

- a) Liquidez dos ativos no momento de honrar a garantia — possibilidade de avaliar e converter em numerário os ativos dados em garantia.
- b) Variação de valor dos ativos no tempo (volatilidade) — quanto menor a volatilidade dos ativos dados em garantia, maior a qualidade da garantia.
- c) Volume de ativos vs. volume de garantia prestada (índices de cobertura da garantia) — quanto mais alto for o índice de cobertura (calculado como valor dos ativos sobre o valor das obrigações garantidas) mais alta é a qualidade da garantia; em casos de volatilidade moderada do valor dos ativos, é possível, por exemplo, compensar a volatilidade dos ativos com índices de cobertura que cubram a variação máxima esperada dos ativos.
- d) Baixa correlação no valor dos ativos (possibilidade reduzida de eventos que afetam todos os ativos ao mesmo tempo) — quanto menos correlacionado é o valor dos ativos integrantes da garantia, maior a qualidade da garantia.
- e) Baixa correlação no valor dos passivos (possibilidade reduzida de todas as garantias serem chamadas simultaneamente) — o grande problema das garantias de pagamento público em PPP é que a sua função central é proteção do parceiro privado contra o risco de não pagamento do ente governamental, inclusive por

¹¹ Apresentação realizada na condição de Diretor-Presidente da CPP — Companhia Paulista de Parceria Público-Privada, na Reunião Anual do BID — Banco Interamericano de Desenvolvimento, realizada em Belo Horizonte — MG, em 2006. Sobre essa reunião anual, vide <http://www.iadb.org/am/2006/>.

razões políticas. Ora, se houver decisão política de não pagamento de PPPs (por exemplo, por ser o Chefe do Poder Executivo contrário a contratos que transfirmam a operação de ativos públicos para a iniciativa privada), essa decisão impactará ao mesmo tempo todos os contratos celebrados por esse ente estatal. Daí que há, em regra, alta correlação entre os eventos de acionamento das garantias de contratos de PPPs de um dado ente estatal. Essa circunstância dificulta imaginar uma estrutura de garantia que possa ser alavancada (o valor da garantido ser maior que o valor dos ativos garantidores).

- f) Facilidade no acionamento das garantias (definição de eventos claros de inadimplência e de eventuais agentes gestores da garantia) — o ideal é que a execução da garantia se faça extrajudicialmente e de forma automática, sem necessitar de atos volitivos das partes do contrato de PPP. Tratarei desse tema no item IV.1.7.4 abaixo.
- g) Facilidade de acesso aos ativos (agentes fiduciários, contas segregadas, ativos identificados) — o ideal é que o agente fiduciário constituído pelas partes seja completamente independente delas (não faz sentido que banco sob controle governamental seja agente fiduciário do ente governamental que o controla) e tenha todos os poderes para executar a garantia de modo a satisfazer o credor do pagamento público.

IV.1.7. OS PRINCÍPIOS PARA MONTAGEM DE ESTRUTURA DE GARANTIA DE PAGAMENTO DE PPPS¹²

O sistema de garantias a ser montado deve abranger a vinculação e a alienação ou cessão fiduciária, pela Administração Pública Direta ou

¹² Redigi de forma sistemática esses princípios pela primeira vez em atividade de consultoria ao SINICON — Sindicato da Indústria da Construção Pesada, relativa à sugestão de estrutura para os contratos de concessão de ferrovias do PIL — Programa de Investimento em Logística. Eles foram a seguir debatidos e aperfeiçoados em reuniões sucessivas com: (a) a direção do SINICON e com os integrantes das áreas financeiras das empresas filiadas ao SINICON, interessadas nas novas concessões de ferrovias do governo federal; e (b) integrantes das áreas de financiamento de projetos do BNDES, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal.

Indireta, de recebíveis com histórico de solvabilidade, valores e solidez jurídica adequados para dar a certeza à concessionária da satisfação dos seus créditos contra a Administração Pública, ao longo de todo o contrato de PPP e a constituição de uma reserva de liquidez para esse sistema de garantia, para dar cabo das situações mais urgentes de descumprimento de contrato.

IV.1.7.1. ABRANGÊNCIA DAS GARANTIAS

Deverão ser garantidos quaisquer pagamentos devidos pela Administração Pública concedente à concessionária, em virtude do contrato de PPP, tanto no período pré-operacional (aporte público), quanto ao longo da operação (contraprestação pública).

Em projetos com grandes obras de implantação em que os custos com fatores críticos como desapropriação/desocupação, condicionantes ambientais e interferências sejam total ou parcialmente arcados pelo parceiro privado, mas reembolsados ou indenizados pela Administração Pública, o sistema garantias deverá cobrir os pagamentos em virtude de eventuais reequilíbrios do contrato, indenizações ou reembolso do Poder Concedente à concessionária para cobertura dos custos de responsabilidade da Administração Pública.

É extremamente importante que o sistema de garantias cubra o valor da indenização por investimentos não amortizados, em caso de extinção do contrato por qualquer motivo. Note-se que a obrigação de reversão à Administração Pública de todos os bens necessários à prestação dos serviços (prevista no art. 35, § 1º da Lei 8.987/95) — mesmo os bens cujos investimentos realizados para a sua aquisição ou construção não estão amortizados ao término do contrato — tem o efeito prático de uma expropriação, que, por isso, conforme garantido por lei (art. 36, da Lei 8.987/95), precisa ser indenizada ao parceiro privado. O problema é que, conforme já tratei em mais detalhes em outro estudo¹³, há

¹³ Cf.: Ribeiro, Mauricio Portugal & Da Matta, Paulo Vitor Torres. “Financiamento de Concessões e PPPs: sugestões sobre como lidar com os riscos de encampação e rescisão”, publicado em 23/02/2014, na internet e disponível no link: <http://pt.slideshare.net/portugal-ribeiro/risco-politico-em-financiamento-de-concessoes-final>.

uma série de incertezas em torno dessas indenizações decorrentes de deficiências da nossa legislação e do modo como a nossa doutrina e os contratos trataram desse tema. Por isso, é muito importante que o sistema de garantias abranja o pagamento dessas indenizações, de maneira a dar segurança ao parceiro privado que, em caso de extinção antecipada do contrato — particularmente nas hipóteses de rescisão (extinção antecipada do contrato por descumprimento pela Administração Pública) ou de encampação (extinção antecipada do contrato por motivos políticos) — o parceiro privado, de fato, receberá o pagamento pelos investimentos não amortizados.

IV.1.7.2. SOLVABILIDADE DOS CRÉDITOS

A solvabilidade dos créditos da concessionária contra a Administração Pública deverá ser assegurada pela vinculação e cessão fiduciária de um conjunto de recebíveis com *rating* pelo menos igual ao *rating* soberano em moeda local, conforme estabelecido pelas agências de risco Moody's, Standard & Poors ou Fitch, respectivamente, e, se houver divergências entre elas, será considerado o *rating* daquela que fizer a pior avaliação dos recebíveis.

A vinculação ao *rating* soberano torna o fluxo de recebíveis teoricamente “livre de risco” para padrões locais, uma vez que a capacidade de pagamento do Tesouro Federal é derivada da capacidade de pagamento de todos os contribuintes do país, e, dessa forma, em tese, é o menor risco de crédito possível em moeda local.

IV.1.7.3. VALORES DOS RECEBÍVEIS E CRONOGRAMA DE SUA REALIZAÇÃO

O valor presente dos recebíveis a serem utilizados para garantia deve cobrir pelo menos o valor presente líquido das obrigações financeiras devidas pela Administração Pública concedente à concessionária ao longo de todo o contrato de PPP, utilizando como taxa para cálculo do valor presente líquido dos fluxos (das receitas e do pagamento) a SELIC.

O ideal é que haja sincronicidade entre os recebíveis a serem utilizados como garantia e as obrigações de pagamento da Administração Pública, de maneira que, caso a Administração Pública resolva sistematicamente inadimplir seus pagamentos, o concessionário possa receber os pagamentos devidos nas datas pactuadas por meio da realização do fluxo de recebíveis.

IV.1.7.4. SOLIDEZ JURÍDICA DO SISTEMA DE GARANTIAS

A solidez jurídica será assegurada pelo seguinte:

- (a) pela escolha de recebíveis que possam ser cedidos fiduciariamente em garantia à concessionária;
- (b) pela aprovação das autorizações legais necessárias à vinculação das receitas e cessão fiduciária;
- (c) pela montagem de estrutura contratual que dê poderes irrevogáveis e irretratáveis a agente fiduciário para proceder automaticamente à execução extrajudicial das garantias e pagamento à concessionária, em caso de inadimplência da Administração Pública concedente em relação a qualquer das suas obrigações de pagamento assumidas no contrato de PPP.

É indispensável que esse agente fiduciário seja uma instituição financeira, de primeira linha, não controlada direta ou indiretamente por quaisquer entes da Administração Pública.

IV.1.7.5. RESERVA DE LIQUIDEZ

O sistema de garantias deverá contemplar uma reserva de liquidez a ser constituída em numerário no valor de pelo menos 6 (seis) meses do valor do pagamento público devido à concessionária no período de operação do projeto.

O valor dessa reserva de liquidez deve ser definido de acordo com as características específicas do projeto. Em alguns casos, pode ser justificável reserva de liquidez maior do que a mencionada acima.

Os recursos que se constituírem em reserva de liquidez devem estar cedidos fiduciariamente para o concessionário e a administração das contas nas quais eles fiquem depositados deve ser realizada pelo agente fiduciário já mencionado, de acordo com as instruções, para tanto, constantes dos contratos de administração de contas e cessão de recebíveis.

Os valores em numerário deverão ser mantidos em aplicações com perfil conservador e liquidez imediata, a serem previstas nos contratos relativos à garantia.

IV.1.7.6. PRAZO PARA CONSTITUIÇÃO E OPERACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIAS E APROVAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIAS

Como para realizar a vinculação e cessão fiduciária de receitas da Administração Pública geralmente é preciso autorização legislativa, e, como autorizações legislativas muitas vezes demoram para serem obtidas, caso não seja viável a estruturação das garantias antes do início da licitação de um dado projeto de PPP, a operacionalização das garantias deve ser condição para a eficácia desse contrato de PPP.

Isso significa que, desde que estabelecido em anexo ao edital claramente os princípios para a montagem da garantia, a licitação pode ser realizada e o contrato de PPP assinado antes da estruturação das garantias.

Para isso, será preciso condicionar a eficácia do contrato ao cumprimento pela estrutura de garantias a ser montada dos princípios previstos em anexo do edital. Esse tipo de sistemática — estipulação no contrato de princípios para montagem futura de garantia como condição de sua eficácia — foi utilizado, por exemplo, no projeto de PPP do VLT do Município do Rio de Janeiro.¹⁴

Caso a opção do Governo seja por publicar edital de licitação de projeto de PPP que preveja um conjunto de princípios para a montagem de garantias que será realizada após a assinatura do contrato de PPP,

¹⁴ Os princípios, contudo, que integraram aquele edital eram bem diferentes dos que descrevo no presente trabalho.

será preciso prever no contrato o mecanismo para aprovação das garantias a serem montadas.

Isso é indispensável porque sendo a montagem das garantias uma atividade complexa — que envolve autorizações legais e geralmente a estruturação de diversos contratos complexos — é preciso haver um mecanismo para certificar que o sistema de garantias montado pela Administração Pública de fato cumpre o conjunto de princípios previsto no edital.

Como já mencionei na introdução a este artigo, o sistema de garantias de pagamento aqui descrito foi regulado para ser suficiente para os financiadores da concessionária não exigirem dos acionistas da concessionária garantias para cobrir o risco de não pagamento pela Administração Pública ao concessionário.

Como o objetivo é evitar que os financiadores da concessionária exijam dos acionistas da concessionária a outorga de garantias para cobertura do risco de pagamento da Administração Pública, parece-me que a melhor solução é prever no contrato de PPP que a Administração Pública concedente submeterá aos financiadores da concessionária o conjunto de contratos e demais instrumentos necessários ao cumprimento dos princípios relativos ao sistema de garantias previsto em anexo ao contrato de PPP. O financiador poderá aprovar esses contratos ou sugerir alterações para que eles cumpram com os princípios previstos em anexo ao contrato de PPP.

IV.1.7.7. SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS

O contrato de PPP e todos os contratos de garantia deverão estabelecer que as divergências entre a Administração Pública e a concessionária relativas a tudo o que afeta o sistema de garantias dos pagamentos públicos serão dirimidas necessariamente por arbitragem, seguindo, para tanto, as regras de câmara de arbitragem isenta a ser estabelecida no contrato de PPP e nos contratos de garantia.

IV.2.

Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai?¹

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 9/9/2012, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/novo-fundo-garantidor-de-ppps-federal>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

IV.2.1. INTRODUÇÃO

No dia 30/08/2012, foi convertida em Lei Federal 12.712/12 a Medida Provisória 564/12 que, a par de autorizar a União a participar com aporte no limite de R\$ 11 bilhões (art. 32) em fundo garantidor, autorizou a criação da ABGF — Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A., empresa pública que tem por objetivo desempenhar atividades securitárias e gerir, administrar e representar os fundos garantidores da União (art. 37). A Lei 12.712/12 estabelece ainda que a ABGF criará, administrará, será a gestora e representará o fundo mencionado.

A Exposição de Motivos da MP 564/12 já informava que a intenção da União é criar, entre outros, o assim chamado Fundo Garantidor de Projetos de Infraestrutura de Grande Vulto — FGIE, cujo objetivo declarado é complementar ou suplementar o mercado segurador e ressegurador, oferecendo capacidade adicional para assunção de riscos não absorvidos, parcial ou integralmente, pelo mercado securitário (art. 33, §4º).²

A Lei 12.712/12 permite que o FGIE conceda garantias* contra risco de crédito,** de performance,*** de descumprimentos de obrigações contratuais ou de engenharia,**** nos seguintes casos (art. 33, §2º):

- (i) projetos de infraestrutura constantes do Programa de Aceleração do Crescimento — PAC — ou de programas estratégicos definidos em ato do Poder Executivo;

² Cf.: item 57, da Exposição de Motivos da MP 564/12.

- (ii) projetos de financiamento à construção naval;
- (iii) operações de crédito para o setor de aviação civil;
- (iv) projetos resultantes de parcerias público-privadas na forma da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (“Lei de PPP”);
- (v) outros programas estratégicos ligados a operações de infraestrutura definidos por ato do Poder Executivo.

Além disso, a Lei 12.712/12 autoriza o FGIE a emitir garantias para cobertura de:

- (vi) riscos diretamente relacionados à realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e Copa do Mundo FIFA 2014 e demais eventos conexos; e,
- (vii) riscos diretamente relacionados à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e demais eventos conexos.

Em relação aos setores de infraestrutura, a intenção do Governo parece ter sido unificar em uma só entidade (o FGIE) o patrimônio necessário à concessão de garantias, antes dispersos em 3 fundos garantidores, o FGP — Fundo Garantidor de PPP, o FGEE — Fundo de Garantia dos Empreendimentos de Energia³ e o FGCN — Fundo Garantidor da Construção Naval, e expandir esse escopo permitindo quaisquer outras garantias para cobertura de riscos relacionados aos grandes eventos que ocorrerão entre 2013 e 2016 no Brasil.⁴

Por sua vez, a autorização legal para criar a ABFG não apenas viabilizará o surgimento de empresa estatal para administrar, gerir e re-

³ Criado pela MP 450/08, depois convertida na Lei 11.943/09, o FGEE tem por objetivo prestar garantias proporcionais à participação, direta ou indireta, de empresa estatal do setor elétrico, em sociedades de propósito específico, constituídas para empreendimentos de exploração da produção ou transmissão de energia elétrica, no Brasil e no exterior, constantes do Programa de Aceleração do Crescimento — PAC, ou referentes a programas estratégicos, eleitos por ato do Poder Executivo, aos financiamentos concedidos por instituição financeira. Não encontrei, contudo, qualquer informação na internet sobre o funcionamento desse fundo, ou sobre garantias que ele tenha realizado, de maneira que sequer foi possível ter certeza se ele de fato está funcionando, ou se, como o FGP, nunca emitiu uma garantia.

⁴ Cf.: item 58 e seguintes, da Exposição de Motivos da MP 564/12.

presentar os fundos garantidores da União (art. 38, inc. II) já existentes e a serem criados (inclusive o FGIE), mas também materializou a possibilidade do Governo Federal desempenhar atividade securitária em diversos mercados (art. 38, inc. I).

IV.2.2. FGIE: QUAIS GARANTIAS, PARA QUEM E PARA QUÊ?

A autorização legal para a constituição do FGIE é suficientemente ampla para deixar uma série de incertezas sobre como será exatamente o seu funcionamento.

A Exposição de Motivos da MP 564/12 dá algumas pistas do que o Governo pretende fazer. Mas, evidentemente, os reais limites da atuação do FGIE são aqueles definidos na sua lei de criação, que são:

- (a) limites relativos aos tipos de risco que o FGIE poderá cobrir: risco de crédito, risco de engenharia, risco de não cumprimento de contrato, e quaisquer riscos relativos à Copa do Mundo de Futebol, à Olimpíada e aos demais eventos conexos a ocorrerem no Brasil entre 2013 e 2016;
- (b) limites relativos aos tipos de projetos a receberem as garantias: no que importa aos setores de infraestrutura, projetos do PAC, programas estratégicos definidos por ato do poder executivo, projetos resultantes de contratos de PPP.

Como se pode notar o espectro de projetos que podem receber essas garantias é extremamente amplo.

A lei não deixa claro também quem será o tomador e quem será o beneficiário dessas garantias, o que agrega ainda mais incerteza ao que se pode esperar do FGIE.

De qualquer modo, se a intenção do Governo fosse apenas dar continuidade à atividade garantidora permitida aos fundos já existentes relacionados aos setores de infraestrutura (FGP e FGEE), a atividade do FGIE se cingiria a prover:

- I. garantias a parceiros privados pelo risco de não pagamento (risco de crédito, para usar a linguagem da Lei 12.712/12) das obrigações pecuniárias dos entes públicos contratantes;
- II. garantias de cumprimento de contrato em favor do Poder Concedente, em nome das empresas do grupo Eletrobrás, na condição de acionistas de SPEs — Sociedades de Propósito Específico concessionárias de serviços públicos ou para exploração de bens públicos.

De qualquer modo, considerando o modo como a Lei 12.712/12 está escrita, há claramente espaço para o FGIE outorgar diversas outras garantias em circunstâncias as mais diversas desde que se trate de projetos de PPP, projetos do PAC, ou outros projetos a serem definidos em ato do poder executivo.

Se considerarmos que o PAC é apenas um rótulo aplicável não apenas a projetos do Governo Federal, mas também a projetos dos Governos Estaduais e Municipais que recebem algum apoio da União, e que o FGIE tem autorização para garantir PPPs estaduais e do Distrito Federal, basicamente o FGIE poderá atuar em todos os projetos de infraestrutura que estão ocorrendo no país, nos mais diversos setores.

Some-se a isso a possibilidade de emitir garantias cobrindo quaisquer riscos relativos à Copa das Confederações, à Copa do Mundo, à Olimpíada e à Paraolimpíada.

Portanto, a letra da Lei dá margem a que o FGIE atue em um espectro tão amplo de projetos, de tantas formas e em tantas circunstâncias que é difícil saber qual será exatamente o seu perfil.

IV.2.3. GARANTIAS FEDERAIS PARA AS PPPS ESTADUAIS

A Lei 12.712/12 permitiu que o FGIE emitisse garantias em favor dos parceiros privados em contratos de PPP celebrados por Estados e Distrito Federal.

A demanda para que a União, particularmente por meio do FGP, garantisse obrigações de pagamento de Estados e Municípios, em seus respectivos contratos de PPP, tem sido lugar comum da agenda de infraestrutura do país.

A origem dessa demanda é, por um lado, o diagnóstico correto de que vários entes subnacionais têm dificuldade em obter as garantias necessárias à viabilização dos seus respectivos Programa de PPP.

Por outro lado, ínsita nessa demanda está a suposição de que o mecanismo existente para garantias de pagamento de PPPs no âmbito da União (o FGP) é efetivo. Essa suposição está, todavia, equivocada.

Até o momento, o FGP não foi utilizado. Não emitiu sequer uma garantia, de maneira que não há clareza sobre o real valor que o mercado dará às suas garantias.

Em estudo anterior escrito em 2007 em coautoria com Lucas Prado, tratamos desse tema e expomos os diversos pontos fortes e fraquezas do FGP.⁵ A opção pelo desenho de fundo garantidor não me parecia desde a origem a mais sólida. Sem a menor dúvida, teria sido melhor, ao invés disso, constituir uma empresa pública, voltada para a atividade securitária de pagamentos públicos em projetos de infraestrutura. Digo isso porque, tradicionalmente, no nosso direito, os fundos são condomínios, entidades sem personalidade jurídica. Condomínios entre entes públicos da Administração Direta é copropriedade de bens públicos, que, portanto, não podem ser objeto de direitos de garantia, nem estão sujeitos ao regime ordinário de excussão.

A tese, contudo, que levou à criação dos fundos garantidores de PPP — o Federal, e depois, por imitação, os Estaduais e Municipais — era que, apesar de serem fundos, eles seriam sujeitos de direito e responderiam pelas suas obrigações e deveres com o seu patrimônio próprio, separado do patrimônio dos seus quotistas.⁶ Acreditava-se que, assim,

⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP — fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007 (reimpresso em 2010).

⁶ Houve alguns Estados e Municípios que, por imperícia, realizaram imitação imperfeita e terminaram por criar fundos contábeis — ou fundos especiais para usar a linguagem da Lei 4.320/64 — que, como se sabe, são rubricas orçamentárias com alguns efeitos diferenciados, por exemplo, carregar o saldo de um exercício para outro.

estava-se a criar, por lei, uma nova forma de pessoa jurídica, que não se confundia com a personalidade jurídica dos seus quotistas.

De fato, essa tese parece estar prosperando. Mas ela nunca foi testada, ela ainda não foi desafiada perante os tribunais.

Por outro lado, em relação às empresas públicas, ninguém tem dúvida que elas respondem com o seu patrimônio por direitos e obrigações e que esse patrimônio está sujeito à excussão pelo regime ordinário privado.

Junte-se a isso o fato de que foi inserida, na tramitação da Lei de PPP na Câmara dos Deputados, disposição que exigia que a administração e gestão do FGP fosse feita por instituição financeira controlada pela União.⁷ Isso criou um conflito de interesses difícil de remediar: o administrador e gestor do FGP, além de gerir o seu patrimônio e tomar decisões de emissão de garantias, deveria cumprir obrigações de pagamento em PPPs, quando a União, ou as entidades da sua Administração Indireta, por razões políticas, orçamentárias ou simplesmente procedimentais não quisesse ou não pudesse cumprir com essas obrigações. Na ocorrência do evento gravoso (não pagamento), o gestor do FGP — nesse caso o Banco do Brasil, também controlado pela União — seria o ente a executar a ordem de pagamento contra a vontade (ou possibilidade) da própria União.

É verdade que se tentou gerenciar esse conflito de interesse de uma maneira algo heterodoxa. Registrou-se o fundo na CVM — até onde sei, não havia qualquer exigência da CVM a justificar esse registro, salvo a intenção de dar um ar ao FGP de mecanismo de mercado, supostamente infenso à vontade política da União, direta ou indiretamente (via Banco do Brasil).

Perceba-se, ademais, que, da sua origem até o presente, o FGP diminuiu: de um patrimônio originário de quase R\$ 3,5 bilhões para menos de R\$ 300 milhões.⁸ Isso porque boa parte das quotas da União foram resgatadas para realização de investimento no FGEE.

⁷ Art. 17, da Lei de PPP.

⁸ Nota de Revisão: a verificação do valor depositado no FGP foi realizada quando da redação do presente estudo e não foi novamente checada quando da sua publicação no presente livro.

E, em 2010, a Lei de PPP foi modificada para prever a possibilidade do FGP se alavancar.⁹ Os limites prudenciais de alavancagem atuais são apenas regulamentares e podem ser facilmente alterados. E isso torna as garantias pessoais (corporativas), como, por exemplo, a fiança dada pelo FGP extremamente insegura: pode-se enfraquecer a solvabilidade dessas garantias pelo mero aumento da alavancagem do FGP. E essa lógica parece ter migrado para o FGIE. Tudo indica que a ABFG estabelecerá ao longo da operação do FGIE quais os seus limites prudenciais de alavancagem, o que tornará as garantias corporativas do FGIE tão inseguras quanto as do FGP.¹⁰ A esperança de utilização adequada do FGIE deve se focar nas garantias reais desse fundo, particularmente em vista da qualidade dos ativos que devem ser aportados nele.

Adicione-se a tudo isso o fato da União simplesmente não ter assinado qualquer contrato de PPP. O único contrato de PPP assinado na esfera federal é o do Datacenter do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, de maneira que, até o presente, o FGP não foi utilizado e, por isso, não se sabe como exatamente seria (será?) o seu desempenho como garantidor.¹¹

Nesse contexto, a mera criação do FGIE e da possibilidade dele dar garantias para as PPPs Estaduais ou do Distrito Federal não deveria despertar entusiasmo, pois a história recente prova que, em matéria de PPPs, há um abismo entre o que o Governo Federal aprova no legislativo e o que põe em prática.

Se não foi viável à União fazer PPPs até aqui e, portanto, não se usou o FGP, fica a pergunta sobre se a União se movimentará para emitir garantias para Estados e para o Distrito Federal.

⁹ Essa modificação foi realizada pela MP 513/10, convertida depois na Lei 12.409/11. Essa norma modificou o art. 18 da Lei de PPP, que dizia o seguinte: “Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP”.

A nova redação, contudo, permitiu a alavancagem do FGP: “Art. 18. O estatuto e o regulamento do FGP devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo”.

¹⁰ Cf.: item 56, da Exposição de Motivos da MP 564/12.

¹¹ A PPP do DataCenter não utilizou garantias do FGP, particularmente porque o perfil de crédito do Banco do Brasil e da Caixa tornam desnecessária qualquer garantia adicional.

Note-se, por fim, que a emissão de garantias pela União para PPPs de Estados demandará alinhamento do cronograma da emissão da garantia pelo FGIE, com o cronograma do desenvolvimento e licitação do projeto Estadual ou do Distrito Federal, o que, na prática, pode se mostrar um desafio relevante.

Além disso, a Lei 12.712/12 condicionou a emissão de garantias pelo FGIE em PPPs de Estados e Distrito Federal à emissão de contragarantia do Estado ou Distrito Federal em favor do FGIE e cumprimento pelo Estado ou Distrito Federal dos seus limites para contratação de operação de crédito, definidos pelo Senado Federal (art. 33, §8º).

IV.2.4. O QUE ACONTECERÁ COM O FGP?

Como o FGP não deu até o presente qualquer garantia, o seu destino é uma questão meramente burocrática, sem impacto por ora na realidade dos projetos de PPP.

A Exposição de Motivos da MP 564/12 aponta que o FGIE será constituído com recursos atualmente aportados nos FGP, FGEE e no FGCN. Isso significa que ou as quotas desses fundos serão aportados no FGIE, caso em que o FGIE se tornaria o controlador desses fundos; ou a União resgatará suas quotas no FGP, FGEE e no FGCN e usará os recursos recebidos para realizar aporte no FGIE. Portanto, ou o FGP será extinto, ou ele passará a ser controlado pelo FGIE.

Se o FGP não for extinto, como a ABGF será gestora, administradora e responsável pela representação do FGIE, e considerando que a ABGF tem autorização legal para assumir a gestão, administração e representação de outros fundos federais, e como o fundamento da criação da ABGF é criar escala e especialização na gestão dos fundos garantidores federais¹², é razoável imaginar que o regulamento do FGP será alterado para que a sua gestão, administração e representação, que atualmente são feitas pelo Banco do Brasil, passem a ser feitas pelo ABGF.

¹² Vide item 56 e seguintes, da Exposição de Motivos da MP 564/12.

* Apesar disso não ser geralmente notada pelos entes públicos no Brasil contratantes de PPPs e concessões, há uma diferença substancial entre garantias outorgadas sob forma de seguro e garantias realizadas, por exemplo, sob a forma de fiança bancária. No caso do uso de seguro, a lógica subjacente à garantia não é diferente das dos demais seguros: será necessário demonstrar que o sinistro causou prejuízo ao segurado, e a indenização será proporcional ao prejuízo causado. Por isso, em caso de seguro-garantia, será necessário a apuração do valor do sinistro para pagamento da indenização.

Já no caso da fiança bancária, a garantia pode funcionar como uma garantia à primeira demanda. Não há necessariamente a vinculação (que é intrínseca à noção de seguro) entre o prejuízo causado pelo evento gravoso e a indenização. Por isso, a depender de quais sejam os termos da fiança, é viável que o pagamento se dê à primeira demanda e com valor pré-estabelecido, independentemente do exato dimensionamento do prejuízo.

Observe-se que a doutrina do Direito Administrativo interpretou que a escolha entre as formas, previstas no art. 56, da Lei 8.666/93, de outorga pelo participante da licitação em favor da Administração Pública de garantia de proposta e da garantia de cumprimento de contrato é direito do participante da licitação. E, dessa forma, equiparou seguro-garantia, fiança bancária, caução em dinheiro e em títulos públicos, como se fossem iguais, como se fossem perfeitos substitutos uns dos outros, o que simplesmente não é realidade. Percebendo a peculiaridade de cada uma das formas de outorga de garantias, e ciente das dificuldades que envolvem a análise de cada uma delas, já me posicionei em estudo passado (Maurício Portugal Ribeiro, **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011) pela possibilidade da Administração Pública escolher, no edital de licitação, quais as formas das garantias que admite receber em cada licitação, em cada contrato.

** Já me manifestei várias vezes, inclusive em conjunto com Lucas Navarro Prado, no nosso Comentários à Lei de PPP, dizendo da conveniência e constitucionalidade da criação pelas entidades governamentais de empresas estatais ou fundos com objetivo de garantir o risco de não pagamento (em contratos de PPP, ou em outros contratos) da entidade governamental que o criou. Isso é especialmente importante e justificável em face do art. 173 da Constituição Federal porque, atualmente, apesar de haver entes estatais no Brasil que, na sua dívida mobiliária, são classificados como “grau de investimento”, inclusive a União e, por exemplo, o Estado do Rio de Janeiro, nas respectivas dívidas contratuais estes entes, por conta do sistema dos precatórios e do seu comportamento contratual — todos os entes governamentais no Brasil possuem montantes relevantes de dívidas vencidas e não pagas, boa parte dessas dívidas inclusive reconhecidas judicialmente — estão muito longe do grau de investimento.

Se entes com perfil de crédito nesse nível desejam que seus parceiros (nesse caso, os parceiros privados) realizem investimento fiados nos seus pagamentos futuros, sem dúvida que precisarão obter garantias no mercado.

Como a obtenção de garantias contra o não pagamento de contraprestação em PPPs seria bastante custosa (imagine-se o custo de uma fiança bancária para isso) e muitas vezes será difícil a obtenção no mercado de garantia firme (independentemente de renovação) por todo prazo em que o pagamento da contraprestação se realizará (por exemplo, 10, 20 ou 30 anos), e considerando que pelo menos a União, o Estado de São Paulo, e alguns outros Estados e Municípios têm patrimônio muitas vezes subutilizado ou receitas que podem ser dadas em garantia, ou ainda serem utilizadas para realizar sistema de pagamento com classificação de crédito melhor

que a do ente governamental titular dessas receitas, seria indispensável e faria todo sentido a criação de entidade, de natureza privada, para prestar tais garantias, de modo a criar nos seus parceiros a confiança necessária para a realização dos investimentos em infraestrutura, por meio de contratos de PPP.

*** Nos setores de infraestrutura são utilizados em regras seguros-garantia de completude da obra e do fornecimento de equipamentos (para cobrir o risco de não cumprimento da obrigação de implantação da infraestrutura) e seguro-garantia de performance (para garantir o risco do tomador não atingir os indicadores de desempenho contratualmente definidos. Ambos esses seguros são espécies do seguro contra o não cumprimento das obrigações contratuais.

**** Não ficou claro da leitura dos documentos em torno da MP 564/12 e da Lei a qual ela deu origem a razão por que o Governo Federal pretende realizar garantias de risco de engenharia. A informação que temos é que o seguro de riscos de engenharia (geralmente chamado de “All Risks” de Engenharia) encontra-se disponível no mercado, sendo bastante comum a sua utilização tanto em obras de médio quanto de grande porte. Não conseguimos apurar se houve alguma dificuldade na obtenção de seguros desse tipo para as grandes obras de engenharia de usinas hidrelétricas recentemente iniciadas no Brasil.

- v. Contabilidade Pública e controle fiscal das PPPs

v.1.

Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e o seu controle fiscal^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Este artigo é dedicado a Mario Engler Pinto Jr., que em conversa despreocupada sobre controle fiscal de PPPs conseguiu formular todas as perguntas relevantes para a redação deste texto.

² Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 1º/2/2013, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-12766-e-o-controle-fiscal-das-pp-ps-final-env>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

V.1.1. INTRODUÇÃO

As alterações na Lei Federal 11.079/04 (“Lei de PPP”) realizadas pela Medida Provisória 575, de 7 de agosto de 2012, (“MP 575/12”), convertida, em 30 de dezembro de 2012, na Lei 12.766/12 foram produto de diversas discussões havidas nos últimos meses para resolver problemas muito específicos que surgiram com enorme frequência nos projetos de PPP que, sobretudo, Estados e Municípios pretendem contratar nos próximos meses, com ou sem recursos da União.

Como consultor contratado nesses projetos, pelo Poder Concedente ou pela iniciativa privada, tive oportunidade de participar com outros colegas³ da própria formulação desses problemas. Publicamos artigos⁴ sobre o tema e tivemos a oportunidade de discuti-los com agentes públicos e da iniciativa privada nos mais diversos fóruns, incluindo os agentes públicos do Governo Federal que, depois, formularam o próprio

³ Entre outros, Gabriel Galipolo, Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Jr.

⁴ Cf.: entre outros, Mauricio Portugal Ribeiro, Gabriel Galipolo e Lucas Navarro Prado, “Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas”, publicado em 17/8/2012 no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/nota-mp-575-12-versao-publicada>. Publicado também com título e formatação levemente diferente no <http://www.conjur.com.br/2012-ago-22/mp-dar-eficiencia-tributaria-financeira-projetos-infraestrutura>, entre outros websites da internet; Mauricio Portugal Ribeiro & Gabriel Galipolo, “Subsídio a Investimento em Concessões e PPPs”, publicado, em 23/4/2012, no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>; e, Mauricio Portugal Ribeiro, “Aspectos Relevantes do Subsídio a Investimento”, publicado em 23/3/2012, no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/aspectos-relevantes-do-subsidio-a-concessoes-e-ppps>.

texto da MP 575/12, e aqueles que, de outra forma, participaram do seu processo legislativo.⁵

Nessa condição, cremos ser importante dar a público o conhecimento acumulado sobre o tema, reportando o que estava por trás das disposições veiculadas na MP 575/12 e contribuindo para a interpretação e aplicação escoreta desses dispositivos.

Para isso, já anunciei que pretendo publicar uma série de 3 ou 4 estudos sobre o assunto, alguns em coautoria, outros, individualmente.

Esse é o segundo estudo dessa série. O primeiro deles foi publicado no dia 12/1/2013 sobre a inclusão do §4º, no art. 10, da Lei de PPP e a consolidação do nível de detalhamento dos estudos de engenharia de anteprojeto para contratação de PPPs.^{6, 7}

No presente estudo, pretendo centrar atenção na contabilização pelos entes estatais dos aportes públicos e nos controles fiscais incidentes sobre o aporte público, quando realizado antes e após a disponibilização dos serviços, em comparação com os incidentes sobre as contraprestações públicas.

Para tornar a linha de raciocínio a ser exposta o mais direta possível, vou iniciar expondo as minhas conclusões para depois explicar aquelas que parecem mais controversas.

V.1.2. CONCLUSÃO SOBRE A CLASSIFICAÇÃO FISCAL DOS PAGAMENTOS PÚBLICOS E PPPS

A tabela abaixo resume as minhas conclusões sobre a classificação contábil e os controles fiscais incidentes sobre os pagamentos em PPP.

⁵ Cabe aqui um agradecimento especial ao Senador Sergio Souza, a Thallis Murieta, a Rodolpho Tourinho e a Petronio Lerche, com quem tive diversas interações extremamente produtivas ao longo da tramitação da MP 575/12, sempre com o objetivo de encontrar os melhores meios para “destravar” as PPPs — Parcerias Público-Privadas e concessões.

⁶ Cf.: Mauricio Portugal Ribeiro, Gabriel Galipolo e Lucas Navarro Prado, “A lei 12.766 (Resultado da Conversão da Medida Provisória 575/12) e o nível de detalhamento dos estudos de engenharia em ppps”, publicado em 12/1/2013, no seguinte link <http://www.sli-deshare.net/portugalribeiro/a-lei-1276612-e-o-detalhamento-dos-estudos-de-ppp>.

⁷ Nota de revisão: o estudo mencionando no texto consta do item VII.3 do presente livro.

Como referência, incluí, também, na tabela abaixo os pagamentos em outros tipos de contrato (por exemplo, o de obra e o de mera prestação de serviços), sua contabilização e instrumento de controle fiscal aplicável.

	Despesa corrente	Despesa de capital	Dívida	Submetida ao “Pay as you go”, arts. 15 a 17 da LRF	Submetida ao limite de 5%, do art. 28, da Lei de PPP	Submetida ao controle sobre dívida da LRF
Contraprestação, em contratos de PPP	Pode ser	Se for dívida	Pode ser	Sim	Quando não for dívida	Quando for dívida
Aporte antes da disponibilização do serviço, em contratos de PPP	Não	Sim	Em regra, não	Sim	Não	Em regra, não
Aporte após a disponibilização do serviço, em contratos de PPP	Pode ser	Se for dívida	Se for despesa de capital	Sim	Pode ser	Pode ser
Pagamento em contratos de prestação de serviços	Sim	Não	Não	Sim	N/A	Não
Pagamento em contratos de obra pública	Não	Sim	Não	Sim	N/A	Não

V.1.3. A CLASSIFICAÇÃO NA CONTABILIDADE PÚBLICA E CONTROLES FISCAIS SOBRE A CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA

A contraprestação pública em contrato de PPP é pagamento público realizado sempre após a disponibilização dos serviços.

Na contabilidade pública, discute-se se a contraprestação deve ser classificada como despesa corrente ou como despesa de capital. E, quando caracterizada como despesa de capital, discute-se se ela consubstancia ou não dívida. Essas discussões veem a propósito do contrato de PPP

ser, por um lado, um contrato de prestação de serviços (o que apontaria para classificação do pagamento público como despesa corrente), e, doutro lado, um contrato que envolve investimentos pelo parceiro privado em bens, que reverterem depois ao patrimônio público (o que aponta para uma caracterização do pagamento como despesa de capital).

Se o concessionário realiza investimentos em bens reversíveis e só receberá pagamentos por isso ao longo dos anos, essa operação é semelhante a uma compra de bem a prazo, que gera dívida.

Perceba-se que a discussão sobre se a contraprestação consubstancia dívida ou não (e, portanto, também sobre se ela é despesa de capital ou corrente) está conectada com a discussão sobre a consolidação dos contratos de PPP no balanço dos entes públicos. Se o pagamento público for considerado dívida, os bens objeto do contrato de PPP cuja aquisição gera a dívida devem ser consolidados no balanço patrimonial do ente público.

A Portaria STN 614/06 e o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público⁸ (“Manual”) —estabeleceram as regras para contabilização das contraprestações públicas.

O Manual deixou claro que os pagamentos em PPPs são contabilizados em regra como despesas correntes.⁹ No caso das concessões

⁸ Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, Parte III — Procedimentos Contábeis Específicos, Aplicado à União, Estados e Distrito Federal e Municípios, válido para o exercício de 2013, Portaria STN 437/2012, 5ª edição.

⁹ No passado, logo após a criação da Lei de PPP, defendi — em coautoria com Lucas Navarro Prado, no nosso *Comentários à Lei de PPP — Fundamentos Econômico-Jurídicos*, Malheiros Editores, São Paulo, 2007 (reimpresso em 2010) — a posição de que as contraprestações públicas se caracterizavam como despesa corrente dos entes públicos. O meu entendimento era que essa caracterização decorria das contraprestações serem a rigor “pagamento por serviço”, e que, por isso, em princípio, poderiam ser interrompidas se o serviço não fosse prestado adequadamente, mesmo quando tal contraprestação embutisse pagamento para amortização de investimento em bens de capital. A minha posição, nesse sentido, era muito influenciada pela ideia inglesa de “unitary charge” (pagamento único) nos pagamentos de PPP, que levava a um tratamento contábil e fiscal unitário dos pagamentos públicos em contratos de PPP. Contudo, a aprovação das primeiras versões do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, juntamente com o conhecimento prático dos sistemas de pagamento nas PPPs celebradas e modeladas no Brasil nos últimos anos, me fizeram mudar de posição. Essa mudança de posição aparece pela primeira vez muito claramente no seguinte artigo: Mauricio Portugal Ribeiro, “Controles fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios”, publicado em 2/9/2012, no website: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/limite-de-despesas-com-ppp-publicado-vf>. Todavia, a 5ª edição do Manual, aprovada em 2012 e aplicável ao exercício de 2013,

patrocinadas, o Manual estabelece que as contraprestações sejam contabilizadas como subvenções econômicas, previstas no art. 12, §3º, inciso II, da Lei 4.320/64, porque o Manual entende que “[...] na essência a contraprestação do parceiro público é considerada ajuda financeira relacionada ao objeto da parceria.”¹⁰ Já em relação às concessões administrativas, o Manual estabeleceu que as contraprestações devem ser contabilizadas como pagamento por serviço, o que também é uma despesa corrente.

Contudo, excepcionalmente, nos casos em que for atribuído ao setor público riscos relativos à propriedade dos bens, estes serão consolidados no balanço patrimonial do setor público e será reconhecida a respectiva

modificou substancialmente algumas regras que estavam previstas nas suas versões anteriores, inclusive para harmonizá-lo com o previsto na Portaria STN 614/06. Na versão atual do Manual, não me parece haver espaço para discussão que os pagamentos em PPPs serão considerados, em regra, despesas correntes, e só excepcionalmente quando os bens forem consolidados no balanço do ente público, de acordo com os critérios previsto no Manual e na Portaria 614/06, é que a contraprestação será considerada amortização de dívida (que é uma despesa de capital).

¹⁰ Note-se que o Manual deixa claro que essas subvenções não são as subvenções previstas na Resolução CFC nº 1.305/2007, que institui a NBC TG 07, o que permite criar inferências sobre como esse pagamento deve ser contabilizado na SPE — Sociedade de Propósito Específico concessionária do serviço:

“É importante ressaltar que o fato das contraprestações ao parceiro privado assemelharem-se às transações normais da entidade (a exemplo da contraprestação pecuniária em uma concessão patrocinada), tais contraprestações não se caracterizam como subvenções governamentais conforme caracterização dada pela Resolução CFC nº 1.305/2007, que institui a NBC TG 07 — “Subvenção e Assistência Governamentais”:

Subvenção governamental é uma assistência governamental geralmente na forma de contribuição de natureza pecuniária, mas não só restrita a ela, concedida a uma entidade normalmente em troca do cumprimento passado ou futuro de certas condições relacionadas às atividades operacionais da entidade. Não são subvenções governamentais aquelas que não podem ser razoavelmente quantificadas em dinheiro e as transações com o governo que não podem ser distinguidas das transações comerciais normais da entidade. ... A subvenção governamental é também designada por: subsídio, incentivo fiscal, doação, prêmio, etc.

Acerca disso, assim dispõe a lei nº 11.638/2007, que altera e revoga dispositivos da Lei nº 6.404/1976:

Art. 195-A. A assembleia geral poderá, por proposta dos órgãos de administração, destinar para a reserva de incentivos fiscais a parcela do lucro líquido decorrente de doações ou subvenções governamentais para investimentos, que poderá ser excluída da base de cálculo do dividendo obrigatório (inciso I do caput do art. 202 desta Lei).”

Deste modo, não se enquadrando como subvenções governamentais, as contraprestações públicas não podem ser objeto de constituição de reserva de incentivos fiscais por parte do parceiro privado.” (grifos originais)

Cf.: Manual, item 03.02.03 — Contabilização dos Contratos de PPP.

dívida. Nesse caso, a contraprestação passa a ser contabilizada como amortização de dívida (que é uma despesa de capital).

Nesse ponto, tanto o Manual quanto a Portaria STN 614/06 adotaram a lógica utilizada pelo Reino Unido¹¹ e pela Eurostat,¹² que elegeram os riscos de construção, demanda e disponibilidade do serviço como os mais relevantes para sinalizar qual das partes corre os riscos inerentes à propriedade do ativo.

A Portaria STN 614/06 estabelece que, se mais de 40% de qualquer desses riscos for alocado ao ente público¹³, então, o contrato de PPP deverá ser consolidado no balanço patrimonial do ente público (previsão dos bens no ativo patrimonial), com o consequente reconhecimento da respectiva dívida, na parte passiva do balanço.¹⁴

Se nenhum dos mencionados riscos for alocado em mais de 40% para o setor público, então o contrato de PPP é considerado “*off balance sheet*”, isto é, não será consolidado no balanço patrimonial do ente público, e as contraprestações devidas serão consideradas despesa corrente.

Enfatize-se que, usando os critérios da Portaria STN 614/06, (a) ou a totalidade das contraprestações é considerada despesa de capital e dívida, ou (b) a totalidade das contraprestações é considerada despesa corrente (caso em que não haveria dívida). Não há na aludida Portaria

¹¹ O Reino Unido, contudo, está em processo de mudança das regras contábeis para contabilização de PPPs por entes públicos, seguindo as mudanças decorrentes do IFRIC 12. Cf.: HM Treasury — Financial Reporting Advisory Board, Accounting for PPP arrangements including PFI contracts, Dec 10th, 2007. Vide esse e outros documentos disponíveis no seguinte link: http://www.hm-treasury.gov.uk/infrastructure_ppp_budgeting.htm.

¹² European Communities, Long term contracts between government units and nongovernment partners (Public-private partnerships), 2004 edition, disponível no http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-BE-04-004/EN/KS-BE-04-004-EN.PDF

¹³ A regra brasileira é mais rígida do que a da Eurostat e do que a britânica. Contudo, digamos que o seu rigor é flexibilizado por uma aplicação nem sempre atenta à natureza econômica das operações.

¹⁴ As versões anteriores do Manual previam a possibilidade de segmentação da contraprestação pública para que parcela dela fosse contabilizada como despesa de capital (dívida) e parcela dela fosse contabilizada como despesa corrente (pagamento por serviço). No artigo, de minha autoria, “Controles fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios”, publicado em 2/9/2012, no website: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/limite-de-despesas-com-ppp-publicado-vf>, assinala a incompatibilidade entre o Manual e a Portaria STN 614/06. Essa incompatibilidade foi agora resolvida com a nova versão do Manual.

espaço para uma alocação de parcela das contraprestações como despesa corrente e outra parcela como despesa de capital e dívida.

V.1.3.1. QUAIS CONTROLES FISCAIS INCIDEM SOBRE A CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA?

Em relação aos controles fiscais, a contraprestação pública, conforme art. 10, inc. I, “b”, da Lei de PPP, está sujeita ao mecanismo, chamado na experiência internacional de *“pay as you go”*, que é um mecanismo de controle sobre o fluxo de despesas do ente público. Por esse mecanismo, uma nova despesa só pode ser criada se for compensada pela redução de uma despesa existente ou pelo aumento da receita (sendo irrelevante, por exemplo, se a despesa criada/reduzida é de capital ou corrente).¹⁵ Esse mecanismo está previsto nos artigos 15 a 17, da LRF — Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e, especificamente para as contraprestações públicas, no art. 10, inc. I, “b”, da Lei de PPP.

Esse controle na prática tem pouca eficácia, particularmente porque ele nunca foi regulamentado e nunca foram desenvolvidos parâmetros rígidos para controle das reduções de despesas e criação de receitas para criação de novas despesas. Daí que, mesmo no âmbito da União, o cumprimento das obrigações relativas ao sistema do *“pay as you go”* se tornou mera formalidade consubstanciada na declaração do ordenador da despesa de que a despesa criada será compensada pela redução de outras despesas ou aumento de receitas.

Quando a contraprestação se caracterizar como despesa corrente ela estará sujeita ao limite de 5% de despesas com PPP, previsto no art. 28, da Lei de PPP, conforme mencionado em outro trabalho de minha autoria.¹⁶

¹⁵ Apesar desse sistema de controle ser antigo, ele se tornou famoso pelo sucesso do seu emprego no Governo de Bill Clinton nos Estados Unidos, na vigência do Budget Enforcement Act, de 1990.

¹⁶ Cf.: Mauricio Portugal Ribeiro, “Controles fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios”, publicado em 2/9/2012, no website: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/limite-de-despesas-com-ppp-publicado-vf>.

E, quando a contraprestação se caracterizar como dívida, nos termos do Manual e da Portaria STN 614/06, ela estará sujeita ao controle sobre a dívida e endividamento constante dos arts. 29 e seguintes da LRF.

V.1.4. CLASSIFICAÇÃO NA CONTABILIDADE PÚBLICA E CONTROLES FISCAIS SOBRE O APORTE PÚBLICO QUANDO REALIZADO ANTES DA DISPONIBILIZAÇÃO DO SERVIÇO

Como, por lei, o pagamento do aporte está vinculado a investimentos em bens reversíveis, não me parece haver dúvida de que a sua classificação na contabilidade pública deveria ser como despesa de capital, na modalidade de auxílio de investimento, previsto no art. 21, da Lei Federal 4.320/64.

Por outro lado, como, em regra, o pagamento do aporte anterior à disponibilização do serviço será concomitante à realização do investimento pelo parceiro privado, não há que se falar em dívida, pois para caracterizar dívida é preciso haver a dilação entre a disponibilização de um bem para o Poder Público/usuário e o momento em que o Poder Público pagar por esse bem.

Note-se, contudo, que o Manual não tratou ainda da contabilização do aporte de recursos. Há, portanto, incerteza sobre como será o tratamento contábil desse tema. A lógica, contudo, do aporte de recursos permite-nos estabelecer balizas para a sua contabilização, pelo menos até a definição da regra contábil sobre esse tema.

Em relação aos controles fiscais, o aporte anterior à disponibilização do serviço está sujeito apenas ao mecanismo do “*pay as you go*”.

Não se aplicam, ao aporte público realizado antes da disponibilização dos serviços, (a) nem o controle sobre a dívida previsto no art. 29 e seguintes da LRF (porque o aporte geralmente não constitui dívida, uma vez que não há dilação entre a entrega/disponibilização dos bens e o seu pagamento); (b) nem o limite de despesas com PPP de 5%, previsto no

art. 28, da Lei de PPP, porque, como já mencionamos em outro trabalho¹⁷, esse limite incide sobre despesas correntes e não de capital.

V.1.5. CLASSIFICAÇÃO NA CONTABILIDADE PÚBLICA E CONTROLES FISCAIS SOBRE O APORTE PÚBLICO, QUANDO REALIZADO APÓS A DISPONIBILIZAÇÃO DO SERVIÇO

Assim como o aporte realizado antes da disponibilização do serviço, a classificação contábil do aporte realizado após a disponibilização do serviço deveria em tese ser de despesa de capital. Isso porque o aporte público, independentemente do momento do seu pagamento, por lei, está vinculado a investimentos em bens reversíveis, que são, por exceção, despesas de capital.

Note-se, contudo, que, como mencionamos acima, o Manual não tratou ainda da contabilização do aporte de recursos. Há, portanto, particularmente em relação ao aporte pós-disponibilização dos serviços, dúvida sobre qual será o seu tratamento nas futuras versões do Manual.

Perceba-se que, no caso do aporte pós-disponibilização do serviço, há dilação entre o momento da realização do investimento (pelo parceiro privado) e o momento de pagamento pelo Poder Público.

Essa dilação é elemento necessário (mas não suficiente) para caracterização de dívida.

Nesse ponto, duas opções são possíveis: a primeira seria dar ao aporte de recursos realizado após a disponibilização do serviço o mesmo tratamento dado pelo Manual e pela Portaria STN 614/06 às contraprestações públicas, isto é, o aporte realizado após a disponibilização do serviço será considerado dívida quando a distribuição de riscos constante do contrato de PPP, nos termos da Portaria 614/06 e do Manual, implique em reconhecimento no balanço patrimonial do ente público da titularidade dos ativos que foram adquiridos, construídos ou

¹⁷ Mauricio Portugal Ribeiro, “Controles fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios”, publicado em 2/9/2012, no website: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/limite-de-despesas-com-ppp-publicado-vf>.

reformados por meio do contrato de PPP, e da respectiva dívida para a sua aquisição, construção ou reforma, conforme explicação sobre esse tema constante do item V.1.3 acima. Essa seria a opção mais coerente com a sistemática montada até aqui para a contabilização dos pagamentos em PPPs.

A segunda opção seria simplesmente considerar o aporte posterior à disponibilização do serviço como dívida (pois se trata de pagamento a prazo por investimentos já realizados pelo concessionário em bens reversíveis). Essa seria a opção mais conservadora.

Na minha opinião, até que as regras da contabilidade pública sejam adaptadas para definir como se dará a contabilização do aporte realizado após a disponibilização do serviço, o mais lógico seria dar-lhe o mesmo tratamento contábil da contraprestação pública.

Em relação aos controles fiscais, o aporte posterior à disponibilização do serviço, por similaridade às contraprestações públicas, está sujeito ao mecanismo do “*pay as you go*” previsto nos artigos 15 a 17, da LRF.

Como já mencionei acima, no caso da contraprestação pública, o art. 10, I, “b”, da Lei de PPP, expressamente a sujeita ao controle de fluxo do “*pay as you go*” (apesar de não mencionar expressamente os arts. 15 a 17, da LRF). No caso, contudo, do aporte público realizado posteriormente à disponibilização do serviço, não há previsão específica na Lei de PPP sobre a incidência do “*pay as you go*”. Contudo, os textos dos próprios arts. 15 a 17 da LRF são suficientes para se chegar à conclusão de que o aporte posterior à disponibilização dos serviços está sujeito a esse controle.

Note-se, todavia, que, tanto quando os arts. 15 a 17 da LRF são usados para controle da contraprestação pública, quanto quando forem usados para controle do aporte público realizado após disponibilização do serviço, esse controle terminará tendo eficácia limitada.

É que, como já mencionei acima, mesmo no âmbito da União, os arts. 15 a 17 nunca foram adequadamente regulamentados e nunca se desenvolveu propriamente parâmetros rígidos para a sua aplicação. Daí que o seu cumprimento se tornou uma formalidade consubstanciada na declaração do ordenador da despesa de que a criação daquela nova

despesa sob a sua responsabilidade seria compensada pela redução de outras despesas ou aumento de receitas.

Há também dúvidas sobre se incide ou não sobre o aporte público realizado após a disponibilização do serviço o limite de 5% de despesas com PPP, previsto no art. 28, da Lei de PPP. Se adotarmos a posição de que o aporte público, realizado após disponibilização do serviço, é necessariamente uma despesa de capital, então esse controle não incidiria sobre o aporte público (pois o limite de despesas previsto no art. 28 da Lei de PPP incide apenas sobre despesas correntes).¹⁸

Se, contudo, entendermos que o regime contábil aplicável à contraprestação pública é igual ao do aporte, então, em regra o aporte público posterior à disponibilização do serviço seria classificado como despesa corrente, sujeita, portanto, ao limite de 5%, previsto no art. 28, da Lei de PPP, e, excepcionalmente, como dívida, de acordo com os critérios de distribuição de riscos do contrato de PPP, estipulados pela Portaria STN 614/04 e pelo Manual.

Portanto, existem duas possibilidades de se interpretar a incidência dos controles fiscais sobre o aporte público, quando realizado após a disponibilização do serviço, que são as seguintes:

- a) O aporte é classificado simplesmente como despesa de capital e dívida, considerando a sua destinação (pagamento por investimentos) e a dilação temporal entre a realização dos investimentos pelo concessionário e o seu pagamento. Nesse caso, incide o controle sobre a dívida e endividamento constante dos arts. 29 e seguintes da LRF, o controle sobre o fluxo previsto nos arts. 15 a 17 da LRF, e não incide o controle de despesas com PPP de 5%, previsto no art. 28, da Lei de PPP.
- b) O aporte é classificado em regra como despesa corrente e excepcionalmente — apenas quando atender os critérios da Portaria STN 614/06 e do Manual para tanto — ele será considerado

¹⁸ Mauricio Portugal Ribeiro, “Controles fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios”, publicado em 2/9/2012, no website: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/limite-de-despesas-com-ppp-publicado-vf>

dívida. Nesse caso, o controle sobre a dívida e endividamento constante dos arts. 29 e seguintes da LRF só incidirá se o aporte for considerado dívida; incidirá o controle sobre o fluxo previsto nos arts. 15 a 17 da LRF; e incidirá o controle de despesas com PPP de 5%, previsto no art. 28, da Lei de PPP, apenas quando o aporte for considerado despesa corrente.

v.2.

Controles fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios¹

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 2/9/2012, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/limite-de-despesas-com-ppp-publicado-vf>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

A Lei 11.079/04 (“Lei de PPP”) estabelece limite de despesas de caráter continuado com PPPs de 3% da RCL — Receita Corrente Líquida para Estados e Municípios (art. 28), e, de 1% da RCL, no caso da União (art. 22).

Recentemente, todavia, o limite de despesas de caráter continuado com PPP dos Estados, Distrito Federal e Municípios foi aumentado de 3% para 5% da RCL pela Medida Provisória 575/12, ainda em tramitação no Congresso Nacional. *, **

O tema que quero tratar nessa nota é o modo de aferição desse limite e sua relação com as normas sobre a consolidação das PPP no balanço dos entes públicos estabelecidas na Portaria STN 614/06. Por um lado, o artigo 28, da Lei 11.079/04, ao estabelecer limite para “despesas de caráter continuado” com PPPs utilizou claramente categoria que remete à noção de “despesas correntes”. Por outro lado, ao estabelecer as regras sobre consolidação das PPPs no balanço dos entes públicos, a Portaria STN 614/06 utilizou como critério para tanto a distribuição de riscos. Por essa Portaria, se determinados riscos, considerados como os mais relevantes, são atribuídos pelo contrato de PPP ao ente público, então, considera-se que o ativo decorrente do contrato de PPP deve ser registrado no balanço do ente público e que o montante dos pagamentos devidos pelo ente público ao parceiro privado é dívida.

A combinação entre o tratamento dado pela Portaria STN 614/06 e o art. 28, da Lei de PPP, parece-me levar necessariamente ao seguinte efeito: se os **pagamentos públicos em um contrato de PPP são classificados como dívida nos termos da Portaria 614/06**, tais pagamentos não deveriam ser considerados como “despesas de caráter continuado” para efeito do art. 28, da Lei de PPP.

Isso porque, uma vez que se registre a PPP no ativo patrimonial do ente público e que se considere que o montante devido a título de contraprestação em contratos PPPs é dívida para o ente público contratante, o pagamento dessas contraprestações deveria ser classificado, do ponto de vista contábil, como “amortização de dívida”, que é uma despesa de capital, conforme art. 13, da Lei 4.320/64. Isso parece afastar a possibilidade de classificação desse pagamento como “despesas de caráter continuado”, afastando, igualmente, a incidência do artigo 28 da Lei de PPP.

Parece-me também claro que “despesas de caráter continuado” são necessariamente despesas correntes. Do ponto de vista da legislação sobre responsabilidade fiscal, existe a categoria das “despesas obrigatórias de caráter continuado”, definida na LRF — Lei de Responsabilidade Fiscal como “a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios” (art. 17). A LRF dá um tratamento diferenciado à criação dessas despesas, em vista dos riscos que elas trazem para a situação fiscal do ente público. No caso das despesas com PPPs, elas não são “obrigatórias” para efeito do art. 17, pois não derivam diretamente de Lei ou de ato administrativo normativo, mas sim de contrato. As despesas com PPP, contudo, quando **não consideradas** pagamento de dívida, são despesas correntes (pagamento por prestação de serviços). De qualquer modo, resta claro, por um lado, que a expressão “despesas de caráter continuado” constante do art. 28, da Lei de PPP remete necessariamente a despesas correntes, e que, ao classificar os pagamentos em dado contrato de PPP como pagamento de dívida, não faria sentido incluir tais pagamentos naqueles considerados pelo art. 28 da Lei de PPP para definição do limite de despesas correntes com PPPs.²

² No livro *Comentários à Lei de PPP — fundamentos econômico-jurídicos*, expressei, juntamente com Lucas Navarro Prado, o entendimento de que as contraprestações em contratos de PPP são pagamentos por serviço, e que, por isso, deveriam ser classificadas em regra como despesas correntes.

Esse nosso entendimento foi referendado pelo Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, que também classificou, em regra, como despesas correntes os pagamentos em PPP. Naquela época, analisamos a Portaria STN 614/06 e expressamos o entendimento de que, apesar do pagamento em PPP ser uma despesa corrente, a referida Portaria estabelecia critérios para, quando os riscos principais relativos à PPP fossem atribuídos ao setor público, o montante de contraprestações devidas fossem consideradas parte da dívida consolidada.

Atualmente, Estados e Municípios que possuem Programas de PPP estão realizando cálculo do seu limite de despesas de caráter continuado com PPP sem abater desse montante o valor das contraprestações que são consideradas dívidas — porque os respectivos projetos de PPP, pelos critérios da Portaria 614/06, foram consolidados no balanço dos entes públicos contratantes. O efeito disso é uma percepção equivocada de que o limite de pagamentos com PPPs de Estados e Municípios é menor do que o que de fato estabelece o art. 28, da Lei de PPP. E, em um país como o Brasil, com alta demanda por infraestruturas, não podemos nos dar ao luxo de limitar a possibilidade de realização de PPPs por conta de interpretação equivocada de regras fiscais, que limitam, nem sempre de forma racional, a possibilidade de uso da participação privada em infraestrutura.

Caso o texto atual da MP 575/12 seja mantido, uma discussão que certamente virá à tona é a relativa ao enquadramento na contabilidade pública do assim chamado “aporte público”. Esse enquadramento tem evidentemente reflexos importantes para a incidência dos controles fiscais sobre as PPPs.

A se manter a linguagem atual da referida MP, o mais razoável parece ser o enquadramento do “aporte público” como “investimento”, se ele for realizado concomitantemente à realização de obras ou fornecimentos pelo parceiro privado. A decisão de enquadramento fica, contudo, bem mais complexa se há um descolamento temporal entre o momento de realização do investimento pelo parceiro privado e o momento do pagamento pelo ente público.

Contudo, não dissemos claramente que nos casos em que os pagamentos devidos pelo ente público ao parceiro privado forem considerados dívida, a despesa para pagamento dessas contraprestações se torna despesa de capital. Poder-se-ia extrair esse entendimento do que escrevemos naquela época, mas não o afirmamos com todas as letras.

A evolução das regras contábeis e também da minha reflexão sobre o tema me leva a afirmar isso de forma clara na presente nota. É que se considerarmos que o montante devido de contraprestações em um dado contrato de PPP é parte da dívida consolidada, o seu pagamento seria classificado como amortização de dívida, e, portanto, despesa de capital, nos termos do art. 13, da Lei 4.320/64.

No balanço do ente público, esse reconhecimento como dívida das contraprestações devidas implicará em registro de um ativo patrimonial relativo àquela PPP.

Uma interpretação isolada da Portaria STN 614/06 e o modo como a experiência internacional (particularmente do Reino Unido e da Eurostat) trata a contabilização de PPP, se a PPP for consolidada no balanço patrimonial do ente público, todos os pagamentos ao parceiro privado teriam a natureza de amortização de dívida. Isso é um desdobramento, da perspectiva contábil, da ideia de pagamento único (*unitary charge*) pelo serviço prestado nas PPPs. Portanto, a contabilização de pagamentos públicos em PPPs devia ser feita no Brasil até aqui como uma “decisão de tudo ou nada”: ou o montante total do pagamento era classificado como amortização de dívida; ou o montante total do pagamento era visto como despesa corrente.

Contudo, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público abriu a possibilidade de haver PPPs em que se considere parcela do pagamento ao parceiro privado como dívida (despesa de capital) e parcela como pagamento por serviço (despesa corrente). Veja-se, por exemplo, o que está dito na página 42 (alínea “e”, do item 2.3.2.), do aludido Manual:

Considera-se que ocorre assunção de dívida contratual de PPP quando o contrato indicar uma segregação, mesmo que implícita, entre despesas correntes e de capital. Por exemplo, suponha-se um contrato de PPP dispondo que depois de realizados os investimentos, e não sendo disponibilizados os serviços contratados, deverão ser pagas por parte do parceiro público 90% das contraprestações contratadas, independentemente da prestação dos serviços. Isto significa que 90% destas contraprestações correspondem ao pagamento de dívida decorrente de investimentos em PPP e 10% contrapartida dos serviços prestados pelo parceiro privado, devendo este fato ser corretamente refletido na contabilidade.^{3, 4}

³ Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, 4ª edição, Volume III — Procedimentos Contábeis Específicos, aplicado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e válido para o exercício de 2012, objeto da Portaria STN nº 406, de 20 de junho de 2011.

⁴ Nota de Revisão: na versão desse estudo publicada preliminarmente na internet havia um erro, pois foi analisada a 2ª edição do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. O correto seria ter analisado a 4ª edição, que era a então vigente. Na presente publicação corrigimos esse erro.

Essa possibilidade de separar no pagamento público o que é pagamento por serviço e o que é pagamento por aquisição a prazo de bens muda substancialmente a lógica de contabilização das PPPs utilizada até aqui no Brasil. E essa mudança parece-me não ter sido ainda notada por muitos e não ter sido ainda devidamente avaliada pelos especialistas e pelos práticos da contabilidade e do orçamento público. Particularmente, essa mudança traz a necessidade de se criar critérios claros para separar no montante dos pagamentos devidos o que é pagamento por serviço do que é pagamento pela aquisição de bens. E isso levanta uma dúvida em relação à efetividade da própria Portaria 614/06 enquanto critério para consolidação das PPPs no ativo do ente público.

É que se agora, para efeito de contabilização, podemos separar no pagamento público em um dado contrato de PPP o montante que é pagamento por aquisição de bens do montante que é pagamento por prestação de serviços, qual o sentido de usar a distribuição de riscos contratual para saber se a PPP será consolidada ou não no balanço patrimonial do ente público? Se teremos que desenvolver critérios para separar a parcela dos pagamentos devidos em um contrato de PPP que é dívida e a parcela que é mero pagamento por prestação de serviços, não serão esses critérios necessariamente suficientes para definir os montantes a serem registrados no balanço patrimonial do ente público? De qualquer modo, esse é um questionamento “*de lege ferenda*”, isto é, para discussão da mudança futura das normas. Por ora, temos que continuar respeitando a Portaria 614/06 e seguirmos buscando uma conciliação entre ela e o texto do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público.

Em relação à contabilização dos aportes públicos previstos na MP 575/12, isso cria dúvidas especialmente nos casos em que, pelos critérios de distribuição de riscos da Portaria 614/06, em princípio, o projeto de PPP não seria consolidado no balanço público. A questão central é se o pagamento de um montante relevante nos primeiros anos da operação do projeto independentemente ou desproporcionalmente aos serviços a serem prestados levaria ao entendimento de que a parcela desses pagamentos que sejam desproporcionais aos serviços a serem prestados na-

queles anos seria considerada amortização de dívida (que tem como contrapartida a aquisição de bens). Mas a resposta a essa questão no novo contexto criado pelo Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público vai depender dos critérios que forem criados para separar pagamento por serviço de pagamento por aquisição de bens em contratos de PPP.

Enfim, ao cabo dessas notas é possível alinhar o seguinte: que os montantes de pagamentos públicos em contratos de PPP considerados como dívida não devem ser computados no cálculo das despesas de caráter continuado com PPP para efeito do art. 28, da Lei de PPP; que o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público abriu a possibilidade de separar para efeito de contabilização do valor previsto do pagamento público (em qualquer das suas formas, aporte, transferência ou contraprestação etc.), entre montante para pagamento por aquisição a prazo de bens e montante para pagamento por serviço, e que isso criou novo desafio para a definição, para fins da contabilidade pública, de qual parcela será considerada dívida e qual parcela será considerada despesa corrente; que a noção de “aporte público” prevista na MP 575/12 torna mais aguda a necessidade de clareza em relação aos critérios para a separação entre a parcela do pagamento público a ser considerada dívida e aquela a ser considerada despesa corrente.

* Vale a pena lembrar que, no caso da União, não há qualquer sanção para eventual descumprimento do seu limite de despesas com PPP. Já para os Estados, Distrito Federal e Municípios, o descumprimento desse limite, no exercício anterior, ou nos 10 anos seguintes (conforme projeções realizadas seguindo as regras estabelecidas pela STN) é apenado com a proibição da União de realizar transferências voluntárias e de emitir garantias para operações de crédito em favor de Estados, Distrito Federal ou Municípios que estiverem nessa situação.

Essas proibições consubstanciam sanções extremamente duras, pois as transferências voluntárias da União são essenciais para os Estados e Municípios menos abastados, e as garantias para operações de crédito são extremamente relevantes, inclusive para os Estados, Distrito Federal e Municípios mais abastados, que, mesmo para obter recursos no mercado com base na sua própria capacidade de geração de receitas, por conta das regras vigentes de responsabilidade fiscal e dos acordos de renegociação de dívidas assinados com a União na década de 1990, precisam, muitas vezes, de garantias da União.

Já expressei, no passado, em conjunto com Lucas Prado, no nosso livro *Comentários à Lei de PPP — fundamentos econômico-jurídicos*, a opinião de que o estabelecimento, pela União e

por lei ordinária, de limite para despesas com PPPs de Estados, Distrito Federal e Municípios é inconstitucional. É que o art. 163, inciso I, da Constituição Federal fixa que finanças públicas são matéria da competência de lei complementar. Por isso, se a União quiser fixar limite de despesas com PPPs para Estados, Distrito Federal e Municípios terá que fazê-lo por lei complementar. Portanto, ao estabelecer por lei ordinária como sanção para Estados e Municípios que excedam o limite de 5% de despesas com PPPs vedação de realizar transferências voluntárias e garantias em operações de crédito, a União usou um expediente constitucional (que é o uso do seu poder discricionário para outorga de transferências voluntárias e garantias em operações de crédito) para obter uma finalidade inconstitucional que é limitar as despesas de Estados e Municípios com PPPs. Trata-se, na minha opinião, de típico caso de inconstitucionalidade por desvio de finalidade legislativa, no qual um meio constitucional é utilizado para obter uma finalidade inconstitucional.

Até o presente, contudo, essa questão ainda não foi levada ao STF — Supremo Tribunal Federal. Mas é possível que em futuro próximo — com o crescimento do número de contratos de PPP, e com o aumento da fiscalização da STN sobre esse tema (que poderia decorrer, por exemplo, de cenário de restrição fiscal) — essa questão seja levada ao STF.

^{**} Nota de revisão: a tramitação da MP 575/12 foi concluída pela sua conversão na Lei 12.766/12. O aumento do limite de despesas com PPP de Estados e Municípios para 5% passou a integrar a Lei de PPP.

vi. A execução dos contratos de concessão
e PPP

VI.1.

Concessões e PPPs: o que temos a aprender com o falso cumprimento dos contratos?¹

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 14/9/2013, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-temos-a-aprender-com-o-falso-cumprimento-dos-contratos-de-concesso-e-ppp>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

Um dos problemas mais centrais dos contratos de concessão e PPP da atualidade é o falso cumprimento de contratos.

Empresas ganham contratos de concessões por preços magicamente baixos, ocupam os noticiários como vencedores e como portadores de boas notícias a usuários e aos Governos, que supostamente pagarão surpreendentemente menos do que esperavam pelos serviços. Mas, dois anos depois, o suposto sucesso do leilão é desmascarado na incapacidade do concessionário de fazer os investimentos e na péssima qualidade da prestação do serviço ao usuário.

Em relação a esse tema, os 7 lotes de concessão rodoviária, licitados pelo Governo Federal em 2007, são emblemáticos. As tarifas extremamente baixas, resultantes do leilão, foram anunciadas na época como um grande sucesso do Governo.

A promessa, contudo, de investimentos e melhores serviços não foi cumprida. Até o presente, os grandes investimentos, por exemplo, na expansão de capacidade da Rodovia Regis Bittencourt na Região da Serra do Cafezal não foram feitos, e o assunto tem gerado desde então repercussão negativa na mídia e um jogo de empurra da responsabilidade entre concessionário, órgãos ambientais, agência reguladora (a ANTT) e o Governo.

Em meados de 2011, a discussão em torno do descumprimento dos contratos de concessão dos 7 lotes de 2007 levou o TCU a realizar uma auditoria no contrato de concessão relativo às rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR, no trecho entre Florianópolis e Curitiba (processo TC nº 005.534/2011-9). Essa auditoria documentou uma série de descumprimentos dos contratos e levantou suspeitas sobre a leniência e con-

vência de agentes públicos responsáveis pela fiscalização, que, além de não aplicarem as multas devidas, ainda promoveram aumentos indevidos das tarifas.

O processo de fiscalização ainda está em curso, particularmente no que diz respeito à responsabilização dos agentes públicos e, por isso, é preciso cuidado ao falar desse tema para não sermos injustos, condenando publicamente agentes públicos que não tiveram ainda oportunidade de se defender. Há, contudo, desde dezembro de 2012, uma determinação do TCU à ANTT para correção dos erros nos cálculos tarifários e aplicação de multas ao concessionário, inclusive a multa por atraso na realização do investimento na implantação do contorno rodoviário de Florianópolis.

Os casos acima citados são apenas exemplos. O foco desse texto é saber o que podemos aprender com a experiência de falso cumprimento de contratos, particularmente nesse momento em que o Governo Federal brasileiro e diversos governos estaduais pretendem fazer tantos investimentos sob a forma de concessão ou PPP.

O descumprimento de contratos de concessão não é um fenômeno novo no mundo. E os remédios a serem adotados contra esse mal dependem do tipo de descumprimento.

Há descumprimentos que resultam da imprevidência, sem má-fé, dos participantes do leilão. É o fenômeno chamado de “maldição do vencedor”. Ocorre quando participantes do leilão, deslumbrados com alguma circunstância específica ou desinformados sobre os reais custos para implantar e operar um projeto, fazem propostas que depois descobrem ser inviáveis.

Outras vezes — e esse parece ser o caso do Brasil — o descumprimento é evento planejado por empresas que já entram na licitação contando com a leniência ou conivência do órgão fiscalizador e com a lentidão e resistência do governo de decretar a caducidade de contratos de concessão descumpridos (pelo temor de assumir o ônus político do insucesso da concessão).

Nesse contexto, ocorrem os falsos cumprimentos de contrato: o concessionário finge que cumpre o contrato, se negando, contudo, a

realizar os investimentos necessários à prestação do serviço com a qualidade prevista no contrato. Segue auferindo as receitas tarifárias e administrando no varejo as acusações de descumprimento do contrato, usando, muitas vezes, vezos marotos para culpar os órgãos ambientais, o regulador, o governo e o acaso pelos problemas na prestação dos serviços. Isso geralmente acontece em concessões de projetos *brownfield* (isto é, que já estão implantados como rodovias e aeroportos existentes quando da licitação), nos quais é possível iniciar a cobrança de tarifas antes de realizar grandes investimentos.

O pretexto mais utilizado para o descumprimento dos prazos é a falta da licença ambiental. Culpa-se, assim, o “radicalismo dos órgãos ambientais” pelo atraso na realização das obras. Para isso, o ardid já empregado no passado é o concessionário causar o atraso no próprio processo de licenciamento, seja pela não realização dos estudos ambientais requeridos, seja por não trazer ao processo de licenciamento os documentos exigidos.

O que fazer para evitar que isso aconteça novamente nos novos projetos de concessão rodoviária, aeroportuária, ferroviária ou outros?

Para começar, é preciso que as licitações efetivamente cortem os incapazes de prestar o serviço. Isso implica em limitar a competição de preço, para que ela se realize apenas entre empresas capazes de prestar o serviço.

Exigências reais de capacidade financeira e de habilitação técnica devem ser consideradas atentamente. Tem sido comum, em licitações de concessão, se exigir a apresentação pelos participantes da comprovação de patrimônio líquido mínimo, mas sem exigir que os balanços e demonstrações financeiras sejam auditados, o que dá margem ao fácil falseamento do valor do patrimônio líquido. Esse tipo de imperícia tem que ser coibida.

A hipótese de aporte em dinheiro na concessionária, por exemplo, de uma vez ou mais o valor do investimento do primeiro ano (o normal é em torno de 10% desse valor), como condição de assinatura do contrato de concessão — com possibilidade de redução do capital social quando do fechamento do financiamento do longo prazo — deve ser

considerado, mesmo que isso implique em aumento do custo financeiro global do projeto.

A exigência de fechamento do contrato de financiamento ponte para os investimentos antes da assinatura do contrato de concessão também é uma medida que deve ser considerada, pois a obtenção do financiamento demonstra que o vencedor da licitação foi capaz de dar ao financiador as garantias necessárias ou comprovou a sua capacidade de pagamento do empréstimo.

A entrega de garantias de cumprimento de contrato, como condição de sua assinatura, com valores elevados e com exigências específicas em relação aos seus emissores (níveis de *rating* dimensão da empresa, cláusulas especiais etc.) são também algo indispensável para que o vencedor da licitação tenha que ir ao mercado antes da assinatura do contrato de concessão e obter instrumentos que só serão emitidos se ele efetivamente tiver pujança financeira para dar cabo do projeto.

Além disso, empresas que ganharam concessões e não realizaram investimentos e, pelo menos, suas controladoras deveriam ficar impedidas de participar de novas licitações. Isso pode ser feito já nos novos editais, mas, para evitar questionamentos, isso poderia ser reforçado por mudança da lei que permitisse fazê-lo de modo sistemático.

Além de tudo isso, é preciso revisitar algumas questões estruturais para fortalecer as agências reguladoras. Entre outros, é preciso reduzir o prazo de vacância dos cargos de direção superior (e estou considerando também como vacância a nomeação de diretores interinos por Decreto, demissíveis a qualquer tempo, e, que, portanto, não têm como gozar da independência necessária para tomada das decisões); nomear especialistas reputados para compor esses órgãos (acabando tanto com a distribuição meramente política de cargos, quanto com a nomeação de técnicos subservientes).

Ademais, é preciso revisitar, com mudanças legislativas ou até constitucionais, o tema da independência financeira e administrativa das agências, permitindo que elas tenham acesso às taxas de fiscalização que arrecadam independentemente da alocação orçamentária anual, acabando com os cortes orçamentários e garantindo às agências flexi-

bilidade para contratação tanto de agentes públicos concursados quanto do apoio externo que se fizer necessário para a realização da regulação e da fiscalização.

Isso é uma pauta mínima, que parece distante da realidade. Mas, como vários dos temas acima mencionados podem ser definidos nos editais e contratos, há esperança que os próximos editais de concessões sejam portadores de algumas boas notícias. Dessa vez, para os usuários.

VI.2.

Alteração nas regras relativas à intervenção nas concessões no setor elétrico^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Este estudo é dedicado ao meu amigo Isaac Pinto Averbuch.

² Este estudo foi publicado em versão preliminar em 23/6/2013, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/interveno-nas-concesses-do-setor-eltrico-publicado-em-220612013>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

VI.2.1. INTRODUÇÃO

Recentemente, publiquei estudo sobre o problema do falso cumprimento dos contratos de concessão e PPP, no qual defendi o recrudescimento das regras sobre descumprimento de contratos e a necessidade de maior cuidado na definição dos critérios de seleção dos participantes de licitações de concessão e PPP. Naquele artigo, contudo, por falta de tempo, não toquei no tema das intervenções que é a medida disponível à Administração Pública para assumir o controle de concessionárias de serviço público ou signatárias de contrato de concessão administrativa, em situações de urgência, que põem em risco a continuidade dos serviços, os usuários ou o meio ambiente.

Por conta da necessidade prática de intervir nas concessionárias do Grupo Rede — Celtins, Centrais Elétricas do Pará (Celpa), Cemat (Mato Grosso), Enersul (Mato Grosso do Sul), Vale Paranapanema, Caiuá, Companhia Nacional e a Bragantina) — o Governo resolveu alterar as regras sobre intervenção em contratos de concessão do setor elétrico, por meio da Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, recentemente convertida na Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012.

Várias das mudanças realizadas por essa Lei me parecem alvissareiras e talvez fosse o caso de, com alterações pontuais, pensarmos na incorporação dessas novas regras à Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95).

Algumas dessas novas regras vêm ao encontro da solução de problemas e de propostas que formulei no passado e que constaram do livro

de minha autoria, *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, publicado pela Editora Atlas, em 2011.

Nas linhas a seguir, vou descrever uma situação hipotética de intervenção e confrontar os problemas enfrentados em tais situações com as regras existentes sobre o tema na Lei Geral de Concessões. O meu objetivo é evidenciar como essas regras são frágeis e distantes dos problemas reais enfrentados nas intervenções. Depois, vou descrever as novas regras criadas recentemente para intervenções nas empresas do setor elétrico, que têm claramente maior aderência às situações reais de intervenção. Por fim, vou levantar, sem pretensão de tratar profundamente, o problema da aplicabilidade a contratos de concessão ou PPP em curso de novas normas legais sobre o tema da intervenção.

VI.2.2. AS REGRAS LEGAIS SOBRE INTERVENÇÃO NA LEI GERAL DE CONCESSÃO EM CONFRONTO COM A REALIDADE DE UMA INTERVENÇÃO

Pode-se dizer que as regras sobre intervenções constantes da Lei 8.987/95 são frugais: mencionam de forma genérica os contornos externos e o procedimento para declaração de intervenção. Vale a pena transcrever os artigos que tratam diretamente do tema:

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o

serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

Note-se que o artigo 32 trata do conceito de intervenção. O art. 33 trata do procedimento administrativo para declarar a intervenção. E o art. 34 trata da extinção da intervenção.

Ao ler esses artigos, sempre sinto uma sensação de alheamento do texto legal ao enorme problema que é a intervenção.

Em primeiro lugar, os incentivos políticos são sempre para não intervir. Nenhum Governo quer assumir o controle de uma concessão problemática e correr o risco de se ver diretamente responsável pelos insucessos na prestação do serviço público, particularmente, sabendo das dificuldades para mover a máquina pública para dar cabo de uma situação desse tipo.

Por isso, a decisão política de intervenção se dá sempre em um contexto:

- (a) Ou de oportunismo político, em que o Governo da vez, por razões escusas, resolve espoliar o concessionário ou a concessão.
- (b) Ou em que a qualidade do serviço já se deteriorou, e há, de fato, ou já a descontinuidade da prestação do serviço ou ela ocorrerá no curtíssimo prazo.

Felizmente, a experiência do Brasil com intervenções se fez em torno da segunda alternativa acima.

A primeira experiência brasileira com intervenções, após as desestatizações da década de 1990 e já sob a Lei 8.987/95, foi o caso da

CEMAR, a distribuidora de energia do Maranhão, que ocorreu entre 2002-2004.

Descrevi essa experiência no livro de minha autoria já citado acima, sobre melhores práticas em concessões e PPPs. Há, contudo, algo de peculiar nessa experiência que limita o seu aproveitamento para pensar a disciplina das intervenções em geral. É que, no caso da CEMAR, os seus controladores não resistiram à intervenção. Eles já pretendiam abandonar o negócio e quando veio a decisão da intervenção eles a viram como uma ponte para a sua saída da concessionária.

Por óbvio, é de se esperar que, na maioria dos casos de intervenção, o controlador da concessionária resista com todas as suas forças à transferência do controle para o interventor. E, em uma situação dessas, me parece claro que os artigos da Lei 8.987/95 citados acima serão de pouca ajuda para lidar com as consequências da intervenção.

É importante notar, que os contratos de concessão e PPP são em regra muito mal redigidos. A ciência tradicional entre nós de redação de contratos e editais pode ser descrita como mera cópia de documentos passados ou do texto da lei. Por isso, não é realista também esperar que os contratos tratem do tema de maneira adequada. O mais comum é que eles simplesmente repitam, com outras ou com as mesmas palavras, o conteúdo da lei.

Percebendo essa situação — e com o objetivo de resolver o problema, sem mudança de lei, isto é, no âmbito da elaboração da minuta de contrato de concessão ou PPP — quando redigi o meu livro sobre melhores práticas em concessões e PPPs, propus que os editais e contratos de concessão e PPP exigissem a previsão do interventor como um órgão estatutário da concessionária, com plenos poderes para conduzir a concessão, quando da decretação da intervenção. Isso legitimaria o interventor de uma perspectiva societária, e, com isso, reduziria de forma relevante as possibilidades de oposição do controlador da concessionária à intervenção.

Essa sugestão, que eu saiba, nunca foi adotada, na minha opinião, pela sua inovação combinada com, digamos assim, a pouca atenção devotada pelos Poderes Concedentes à elaboração das cláusulas contratuais que tratam de situações futuras de conflito.

Imaginem agora que, no olho do furacão da degradação de uma concessão — por exemplo, de distribuição de energia elétrica, com apagões frequentes causados por subinvestimento na infraestrutura, ou ainda o caso de uma concessão de infraestrutura rodoviária, após o desabamento de uma ponte com vítimas — o Poder Concedente decreta a intervenção e inicie um processo de disputa administrativa e judicial, com o controlador da concessionária, com desdobramentos na mídia. A própria disputa, provavelmente, agravará ainda mais a situação da concessionária, piorando a qualidade da prestação dos serviços e prejudicando os usuários.

Se, na hipótese descrita acima, o Poder Concedente conseguir, no curto prazo, sagrar-se vencedor, ainda que temporariamente, da disputa com o controlador da concessionária, subitamente cairá nas mãos do interventor um conjunto de outros desafios.

E, vamos supor, para efeito de argumentação, que a Administração Pública vai encontrar alguém capacitado, experiente e disposto a assumir a posição de interventor e se tornar da noite para o dia responsável pela situação difícil de uma concessão em processo de degradação, sem necessariamente dispor das ferramentas para resolver o problema, e com não apenas alto risco reputacional — se não der conta do problema, a reputação do interventor como profissional pode restar lesada — mas também a disposição para correr risco de ser responsabilizado civil, administrativa e criminalmente por seus atos enquanto interventor.

Para começar, se a concessionária já não estiver em situação pré-falimentar, o natural é que a decretação da intervenção leve à aceleração de todas as suas dívidas, pois os contratos de financiamento a concessionários possuem regras genéricas que preveem a possibilidade de aceleração da dívida em situações de distúrbio à normalidade da concessão. Isso significa que, após receber o bastão das operações e o controle do caixa da concessionária, o interventor se dará conta que a primeira consequência direta da própria intervenção é a piora das condições econômico-financeiras da própria concessionária, e sua margem de manobra vai depender nesse momento da negociação com os credores — coisa que é difícil realizar na posição de interventor, pois,

em primeiro lugar, ele necessariamente é alguém que está de passagem pela concessão (já que toda a intervenção, em tese, é algo temporário).

Além disso, nesse momento, a obtenção da cooperação dos credores depende da percepção que eles tenham sobre a chance de recuperar o que lhes é devido. Isso envolve não apenas a sua percepção sobre o cenário no qual a concessionária atuará nos anos seguintes, mas também a percepção sobre a seriedade e sobre a capacidade do interventor e do Poder Concedente de adotar as medidas necessárias ao saneamento da concessionária. É muito comum que nesse tipo de situação, os financiadores esperem que o Governo faça algum aporte de recursos na concessionária, para lhe dar um fôlego inicial, necessário à própria estruturação do processo de saneamento, aporte esse que é também um sinal do comprometimento do Governo com o salvamento da concessionária, ainda que isso implique em substituir o seu controlador. Note-se que não há qualquer menção na Lei 8.987/95 à realização de aportes pelo Poder Concedente na concessionária em situação de intervenção.

Se todos os obstáculos descritos acima forem superados, aí caberá ao interventor focar na operação da concessionária e lhe dar sustentabilidade técnico-operacional e financeira. E, note-se que, se houver litígio em torno da intervenção, podem-se passar facilmente vários meses até que o interventor assuma o controle efetivo da concessionária.

Aí, o próximo passo será, então, pensar no término da intervenção, porque a intervenção é sempre um remédio temporário. Paralelamente à intervenção, a Administração Pública deveria apurar o que levou a empresa à situação de risco à continuidade da operação, aos usuários e/ou ao meio ambiente.

Provavelmente, até que se tenha decidido pela intervenção, diversos descumprimentos contratuais ocorreram, e, a essa altura, já estarão abertos e em curso os processos administrativos para aplicação das penalidades. É possível também que, paralelamente ao processo de intervenção, a Administração Pública tenha iniciado um processo de caducidade por descumprimento do contrato pelo concessionário. Esse processo dá margem à ampla defesa e pode demorar, por isso, diversos meses.

Se o interventor conseguir chegar a esse ponto, ele e o Governo estarão diante do desafio de decidir se o Poder Público “reestatiza” a prestação do serviço, se ele transfere a concessionária para um terceiro, se ele relicita a concessão, ou se ele devolve a concessão para o antigo controlador. Nesse tema também, as regras da Lei 8.987/95 são extremamente superficiais e não tocam nas questões mais fundamentais para disciplinar esse momento da intervenção. Não há sequer na Lei 8.987/95 a previsão da transferência de controle gerenciada pelo Poder Concedente em conjunto com o interventor como porta de saída de uma intervenção.

Cada uma das hipóteses acima mencionadas de saída da intervenção implica em diversas consequências que não cabe abordar neste artigo. De qualquer modo, o que resta claro é que as regras constantes da Lei Geral de Concessões pouco ajudarão na implantação de qualquer das hipóteses escolhidas pelo Poder Concedente como saída para a intervenção.

Creio que basta a descrição dos desafios acima para deixar claro como é superficial e alheio à realidade de uma intervenção o texto dos artigos 32 a 34 da Lei de Geral de Concessões. Com efeito, quando a Lei Geral de Concessões foi redigida praticamente não tínhamos senão experiências muito antigas com intervenções, anteriores à década de 1950, pelo que consegui apurar. Por isso, não havia massa crítica sobre quais são as dificuldades reais de realização de uma intervenção. Só muito recentemente é que tivemos que enfrentar problemas concretos, inclusive com concessionárias controladas por acionistas com aparente disposição de resistir à intervenção.

VII.2.3. AS NOVAS REGRAS PARA INTERVENÇÃO EM CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO

As novas regras sobre intervenção em empresas do setor elétrico foram criadas com base na necessidade premente de intervenção nas concessionárias do Grupo Rede.

Algumas dessas concessionárias estavam em estado praticamente pré-falimentar, e outras em situação econômico-financeira ruim, com dívidas relevantes em atraso, inclusive com o Fisco. As regras, portanto, foram feitas para maximizar as chances de sucesso da intervenção que aparentemente já se sabia que seria necessário realizar.

Há nove características das novas regras de intervenção em concessões do setor elétrico que vale a pena ressaltar:

- a) reduziram substancialmente a possibilidade do controlador da concessionária resistir à intervenção, dando plenos poderes ao interventor sobre a administração da companhia e, portanto, também, sobre o seu caixa;
- b) reforçaram o efeito imediato da intervenção — tomada a decisão da intervenção, por Resolução da ANEEL, todos os poderes da administração da concessionária passam imediatamente para o interventor;
- c) permitiram a contratação de empresa para gerir a companhia, a ser remunerada pela própria concessionária sob intervenção;
- d) permitiram o aporte de recursos do Tesouro na empresa, recursos esses que têm que ser restituídos ao Tesouro 90 dias após a entrada do novo controlador — apesar disso, até hoje o Tesouro Nacional não aportou os recursos prometidos nas concessionárias do Grupo Rede;
- e) permitiram explicitamente ao Poder Concedente realizar a transferência do controle da concessionária sob intervenção para terceiros;
- f) tornaram inaplicáveis à concessionária os regimes de falência e recuperação judicial na vigência do contrato de concessão; em outras palavras, até que a ANEEL decreta extinto o contrato de concessão, não poderá ser decretada a falência, nem o regime de recuperação judicial da concessionária;
- g) tornaram possível decretar a intervenção por um ano, renovável por mais um ano;

- h) criaram uma série de obrigações e exigências para os administradores da concessionária sob intervenção, cujo objetivo aparentemente era preparar eventual responsabilização por malversação de recursos e danos à concessionária;
- i) criaram a possibilidade do controlador da concessionária sob intervenção submeter plano de recuperação para a concessionária, que será analisado e aprovado ou rejeitado pela ANEEL.

VI.2.4. ESTENDENDO AS NOVAS REGRAS PARA INTERVENÇÃO EM CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO A OUTRAS CONCESSÕES, PARTICULARMENTE AS DA ANTT

Essas regras, com modificações e acréscimos pontuais de conteúdo e redação poderiam ser inseridas na Lei Geral de Concessões, particularmente nesse momento em que é preciso dar ao Poder Concedente ferramentas para coibir os descumprimentos e o falso cumprimento dos contratos de concessão, como os que parecem estar ocorrendo nas concessões de infraestrutura rodoviária, em específico no caso dos 7 lotes da 2ª rodada e da 1ª etapa da 3ª rodada de concessões rodoviárias federais.

VI.2.5. O PROBLEMA DA APLICABILIDADE IMEDIATA A CONTRATOS EM CURSO DAS NOVAS REGRAS LEGAIS SOBRE INTERVENÇÃO

No nosso sistema jurídico, contratos já assinados na data da entrada em vigor de uma lei são considerados ato jurídico perfeito e, por isso, não estão submetidos à nova lei, mas sim à lei vigente quando da sua assinatura. Olhados dessa perspectiva, os contratos de concessão e PPP já assinados na data das alterações legais sobre o instituto da intervenção seriam imunes a tais mudanças legais.

Por outro lado, é consenso que, em contratos administrativos, o ente governamental contratante tem a prerrogativa de realizar alterações nas

cláusulas regulamentares do contrato para atendimento do interesse público (tendo o concessionário direito apenas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

Além disso, em contratos administrativos, por disposição legal (vide, por exemplo, o art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93) ou por consequência de cláusulas contratuais, o risco de alteração de regras por outros órgãos ou entes governamentais alheios à Administração Pública contratante é, em regra, considerado risco da Administração Pública contratante, dando ensejo à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado. No caso de mudanças nas regras legais sobre intervenção, que, a rigor, dificilmente produzem impacto direto nos custos ou nas receitas do concessionário, poder-se-ia alegar que houve aumento do risco político envolvido na execução do contrato, e que esse aumento de risco deve gerar reequilíbrio por meio, por exemplo, do aumento da rentabilidade do contrato para o investidor.

Note-se que, no mundo do Direito Administrativo brasileiro, há claramente um acentuado desprestígio do contrato administrativo, e é comum a visão de que a Administração Pública pode tudo, desde que previsto em lei e não proibido pelas Constituições Federal, e do respectivo ente governamental (Constituição Estadual ou Lei Orgânica).

Soma-se a esse contexto a possibilidade de se distinguir regras substanciais a respeito da intervenção e regras procedimentais, complementares, que apenas desdobram e disciplinam a ação da Administração Pública. Dessa perspectiva, as regras substanciais, como impactam a esfera jurídica do contratado, não poderiam ser alteradas por lei posterior. Por outro lado, as regras procedimentais a respeito da intervenção, que se referem, por exemplo, ao passo a passo da ação da Administração Pública enquanto interventora, sem impacto, portanto, relevante na esfera jurídica do contratado, poderiam ser modificadas a qualquer tempo no curso do contrato.

Enfim, no meio dessas distinções e argumentos é preciso delimitar quais mudanças nas regras sobre intervenção podem de fato ser feitas por regras legais posteriores à assinatura do contrato. A proteção ao ato jurídico perfeito impede as mudanças das regras sobre intervenção? Ou

a natureza pública da intervenção e a sua conexão com o interesse público tornaria o novo regime aplicável imediatamente aos contratos em curso? Haveria algum tipo de distinção entre a natureza das regras sobre intervenção que podem ser mudadas por lei com efeito imediato sobre os contratos em curso e as regras que não podem ser mudadas por lei posterior à assinatura do contrato?

Todas essas questões requerem investigação mais aprofundada, não cabível nos limites deste estudo. Sobre esses temas, a palavra final mais cedo ou mais tarde será certamente do Judiciário, pois esse é um dos poucos temas acerca das concessões e PPPs que — em vista da resistência a ser eventualmente oposta por controladores de concessionárias que sejam submetidos a processos de intervenção — é de se esperar que chegue ao Judiciário.

VI.3.

Concessões de infraestruturas e a proibição de indenizar concessionário por investimentos não amortizados: Cortar o mal pela raiz ou tapar o sol com a peneira?¹

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Este estudo foi publicado em versão preliminar em 17/5/2014, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/proibicao-de-indenizacao-por-investimentos-nao-amortizados>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

VI.3.1. SUPRIMINDO INDENIZAÇÕES POR INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS: CORTANDO O MAL PELA RAIZ?

Desde a celebração do contrato de concessão da BR 116/324 que os contratos de concessão de rodovias federais passaram a incluir cláusulas estabelecendo que não haverá indenização por investimentos não amortizados ao término desses contratos.* , ** , ***

A intenção dessas cláusulas supressivas de direito à indenização por investimentos não amortizados seria exigir que todos os investimentos realizados pelo concessionário sejam amortizados no prazo do contrato de concessão. Evitar-se-ia, dessa forma, discussões sobre o valor das indenizações por investimentos não amortizados, ao término dos contratos, cortando, portanto, pela raiz, o problema da definição do valor (critério e forma de cálculo) e do momento da indenização por investimentos não amortizados.

A utilização pela EBP — Estruturadora Brasileira de Projetos², pelo BNDES — Banco de Desenvolvimento Econômico e Social e pela parceria entre IFC — International Finance Corporation, BNDES e BID — Banco Interamericano de Desenvolvimento do contrato da BR 116/324 como modelo para a elaboração de diversos contratos de concessão federais e de concessão ou PPP estaduais e municipais tornou padrão a previsão nos contratos de concessão e PPP de cláusula supressiva da indenização por investimentos não amortizados ao término dos contra-

² A EBP é um ente privado, controlado por bancos, entre eles o BNDES. Apesar do BNDES não ter o controle formal da EBP (pois ele não detém mais que 50% das ações), ele controla, por meio de convênio/contrato o conteúdo dos estudos que ela realiza.

tos de concessão.³ A inércia da utilização de um modelo anterior ditava, então, a frequente reutilização da cláusula de supressão de indenização por investimentos não amortizados.

Os problemas havidos recentemente no término dos contratos de geração do setor elétrico⁴, contudo, trouxeram novo fundamento e,

³ O guia de boas práticas na estruturação de concessões e PPPs disponibilizado na internet pela EBP utiliza como modelo cláusulas que suprimem a indenização por investimentos não amortizados. Vejam as cláusulas dadas como exemplo de boas práticas:

“39.2. Extinta a CONCESSÃO, o PODER CONCEDENTE assumirá imediatamente a prestação dos SERVIÇOS, sendo-lhe revertidos gratuitamente todos os BENS REVERSÍVEIS, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos. (...)”

39.7. As intervenções e substituições realizadas com o objetivo de dar concretude ao dever de manutenção dos BENS REVERSÍVEIS pela CONCESSIONÁRIA não gerarão direito à indenização ou compensação em favor da CONCESSIONÁRIA.” (grifei), (Cf.: Wiki de Boas Práticas de Concessões e PPPs disponibilizado na internet pela EBP, página com título “Exemplos — Procedimento e critérios de reversão dos bens”, disponível no link: <http://ebpbrasil.wikispaces.com/Exemplos+-+Procedimento+e+crit%C3%A9rios+de+revers%C3%A3o+dos+bens>)

Note-se, contudo, que no item do Wiki de Boas Práticas que descreve as principais opções em torno das reversão de bens, há menção à possibilidade de previsão de indenização por investimentos não amortizados. (Cf.: <http://ebpbrasil.wikispaces.com/Procedimento+e+crit%C3%A9rios+de+revers%C3%A3o+dos+bens>)

⁴ O Governo Federal enfrentou uma série de dificuldades recentemente com a chegada ao termo dos contratos de concessão de geração do setor elétrico. Para quem acompanha de perto os setores de infraestrutura, essas dificuldades, do ponto de vista técnico, não representavam uma novidade.

Situação semelhante já havia sido enfrentada anos antes no setor de saneamento, onde o término dos antigos contratos de concessão celebrados entre companhias estaduais de saneamento e municípios, como parte do PLANASA — Plano Nacional de Saneamento, de 1971, começou a ocorrer em 2001.

Nos anos seguintes, centenas desses contratos de concessão chegaram ao seu termo e tiveram que ser substituídos ou por contratos de programa entre os municípios e as empresas de saneamento estaduais ou por contratos de concessão submetidos à prévia licitação.

Note-se, que a figura do contrato de programa foi criada no setor de saneamento para permitir a continuação dos arranjos existentes desde o PLANASA entre as companhias estaduais de saneamento e os municípios.

Na prática, o contrato de programa é um contrato de concessão celebrado sem licitação entre o município e a companhia estadual de saneamento, mas que não usa o rótulo de “contrato de concessão” para minimizar o risco de questionamento da sua constitucionalidade em face do artigo 175 da Constituição Federal, que exige que os contratos de concessão sejam celebrados sempre mediante licitação.

Muitos municípios que, ao termo dos contratos de concessão do PLANASA resolveram não celebrar contratos de programa com companhias estaduais, e sim submeter o novo contrato de concessão à licitação, foram acionados judicialmente pelas companhias estaduais de saneamento que pleitearam ou o pagamento prévio e a vista de indenização pelos investimentos não amortizados ou a prorrogação dos contratos de concessão do PLANASA até que os seus investimentos fossem amortizados.

assim, reforçaram o costume de se proibir contratualmente a indenização por investimentos não amortizados. É que essa proibição passou a ser vista como uma solução para evitar que se repita no futuro as dificuldades que o Governo Federal enfrentou na discussão das indenizações por investimentos não amortizados nessas concessões.⁵ A ideia é, como mencionado acima, cortar o mal pela raiz: suprime-se contratualmente o direito à indenização e, assim, supostamente eliminam-se completamente as dificuldades em torno da definição do valor e do pagamento da indenização.

Nos contratos de concessão federal recentemente celebrados de rodovias (refiro-me aos contratos de rodovias federais da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT⁶) e de aeroportos (refiro-me aos contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Brasília, Viracopos, Galeão e Confins) — chamarei esses contratos de agora em diante de “Novos Contratos Federais de Concessão” — manteve-se a pretensão de cortar o mal pela raiz proibindo a indenização aos concessionários por investimentos não amortizados.⁷

Em vários desses casos, as companhias estaduais conseguiram adiar por anos a realização da licitação da nova concessão. Esses embates judiciais contribuíram para formar e consolidar jurisprudência em torno da extinção dos contratos de concessão e em relação à obrigação de indenizar por investimentos não amortizados.

⁵ Não encontrei nenhuma nota técnica ou documento emitido pelas agências reguladoras ou pelos ministérios envolvidos na modelagem dos projetos que vinculasse claramente a utilização dessas cláusulas aos problemas havidos no setor elétrico. Mas, conversando com técnicos envolvidos na modelagem desses projetos, cujas identidades manterei anônimas, a razão dada para a manutenção dessas cláusulas nos contratos recentemente estruturados é evitar a ocorrência dos problemas havidos recentemente ao termo dos contratos de concessão do setor elétrico, com a discussão do valor das indenizações por investimentos não amortizados.

⁶ A 3ª Etapa, Fase III, da ANTT abarca a concessão das rodovias BR-050/GO/MG, BR-163/MT, BR-163/MS e BR-060/153/262/DF/GO/MG.

⁷ Os contratos de concessão dos aeroporto de Guarulhos, Brasília, Viracopos, Galeão e Confins dispõem em seu item 13.12.1 que: “Ao termo da concessão ocorrerá a reversão para a União dos bens vinculados a ela, e esta se dará sem direito a qualquer indenização para o Concessionária”.

Os contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa, Fase III da ANTT estabelecem cláusulas com o seguinte teor:

“A Concessionária não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos vinculados aos Bens da Concessão em decorrência do término do Prazo da Concessão, tendo em vista o que dispõe a subcláusula 4.3.3”; e “4.3.3 Todos os Bens da Concessão ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente depreciados e amortizados pela Concessionária no Prazo da Concessão de acordo com os termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no advento do termo contratual”.

Considerando, contudo, as características específicas dos Novos Contratos Federais de Concessão, é possível que, nos últimos anos desses contratos, seja importante ter a possibilidade de prever indenizações por investimentos não amortizados, como mecanismo para incentivo a investimentos.

No presente estudo — sem entrar especificamente na discussão dos critérios para cálculo das indenizações por investimentos não amortizados — pretendo explicar a lógica dessas indenizações e a sua utilidade nos últimos anos dos contratos de concessão, particularmente no contexto de contratos baseados em obrigações de desempenho e sem a utilização de plano de negócios como instrumento para sua regulação, como o são os Novos Contratos Federais de Concessão.

Depois, pretendo mostrar em quais contextos me parece fazer sentido suprimir a indenização por investimentos não amortizados, deixando claro que os Novos Contratos Federais de Concessão não estão entre aqueles contratos nos quais me parece fazer sentido suprimir essa indenização.

VI.3.2. PARA QUE SERVE A INDENIZAÇÃO POR INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS?

Em contratos de concessão e PPP, o concessionário realiza investimentos em uma infraestrutura para prestação de serviços e recebe remuneração que, em parte, se destina a amortizar esses investimentos⁸ e, em parte, se destina a cobrir os custos operacionais da prestação do serviço.

Quando da extinção (antecipada ou por decurso de prazo) do contrato de concessão, o concessionário é obrigado a transferir a infraestrutura que construiu ou melhorou para a Administração Pública, por meio do processo de reversão dos bens necessários à continuidade da prestação do serviço.

⁸ Cobrindo o custo do investimento mais a remuneração do concessionário, por ter renunciado à liquidez, remuneração essa que geralmente é chamada de taxa interna de retorno.

A reversão dos bens se dá independentemente dos investimentos, que foram realizados para a sua aquisição, construção e implantação, estejam ou não amortizados.

Rigorosamente, o processo de reversão tem a mesma natureza de uma expropriação. Mesmo que as receitas percebidas pelo concessionário com a exploração do objeto do contrato de concessão não tenham sido suficientes para remunerá-lo pela realização das obras ou aquisição dos bens, ele é obrigado a transferi-los ao Poder Concedente.⁹

Mas, ao contrário das expropriações, por exemplo, de imóveis urbanos ou rurais, em que existe metodologia consolidada, normas técnicas específicas para cálculo da indenização (vide NBR nº 14.653) e marco legal absolutamente claro em relação à necessidade de prévia indenização para expropriação (Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941), no caso da indenização por investimentos não amortizados em concessões e PPPs:

- (a) o critério¹⁰ e a forma de cálculo da indenização para tanto ainda é tema novo, com literatura escassa,¹¹ muita incompreensão em torno do tema e tratamento parco nos contratos de concessão e PPP, que muitas vezes sequer definem os critérios para cálculo ou o procedimento para definição do valor da indenização;

⁹ Em qualquer outro negócio entre entes privados de prestação de serviço de longo prazo que exijam investimentos do prestador de serviços em equipamentos ou outros bens para cumprir as suas obrigações, quando da ruptura do contrato, o prestador de serviço tem direito a alienar os bens que adquiriu, ficando com o produto dessa alienação. No caso, contudo, dos contratos de concessão, o concessionário é obrigado a devolver esses bens para o Poder Concedente. Portanto, ele é expropriado desses bens mesmo que ainda não tenha sido pago ainda pela sua aquisição.

¹⁰ Existem vários critérios que podem ser empregados, utilizando como referência desde o valor patrimonial dos bens nos quais foram realizado os investimentos, passando por critérios contábeis, que levam em conta o valor contábil-fiscal registrado dos bens que foram objeto de investimento do concessionário, até critérios financeiros ou contábeis-societários, que levam em conta a expectativa de remuneração do investimento realizado pelo concessionário.

¹¹ O único artigo que me parece até aqui tratar do tema de maneira adequada é: PRADO, Lucas Navarro, Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA FILHO, Gesner Oliveira e Luiz Chrysostomo de. (Org.) *Parcerias Público Privadas: Experiências, Desafios e Propostas*. São Paulo: Editora LTC/GEN, 2013.

- (b) o entendimento mais comum entre os juristas¹² é que o marco legal só exige expressamente indenização prévia para o caso de extinção do contrato por encampação (art. 37, da Lei 8.987/95). Em todos os outros casos, supostamente não haveria disposição legal expressa exigindo a indenização prévia, o que termina abrindo espaço para discussões sobre o momento quando deve ser realizada a indenização;¹³
- (c) há decisões judiciais esparsas definindo que a cobrança pelo concessionário do Poder Concedente de indenização pelos investimentos não amortizados ao termo do contrato, deve ser realizado pelas vias ordinárias,¹⁴ o que, no caso de entes da Administração Direta e Autárquica significa que, em caso de inadimplemento pelo Poder Concedente, será necessário o ajuizamento de ação ordinária, que pode durar mais que cinco anos e submissão do pagamento ao regime precatorial, o que torna o momento do efetivo pagamento dessa indenização bastante incerto e afeta a própria credibilidade do direito à indenização.¹⁵

¹² “O requisito do prévio pagamento da indenização quando da extinção pelo fim do prazo contratual, porém, não está expresso na Lei 8.987/1995. Houve sim o reconhecimento do dever de indenizar o investimento ainda não amortizado. Mas o texto legal, nessa passagem, não foi tão incisivo para indicar o momento de pagar a indenização como o foi na hipótese de encampação.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Pareceres, Volume II. *Direito Administrativo contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 300)

¹³ O meu entendimento, contudo, é que em vista da natureza expropriatória da reversão, a interpretação correta da Lei 8.987/95 é que o concessionário tem o direito à indenização prévia à extinção do contrato por investimentos não amortizados.

¹⁴ Das quais se pode citar decisão exarada pelo STJ que “firmou o entendimento de que, extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público, não estando condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis, que, em sendo devida, deve ser garantida nas vias ordinárias”. (STJ, AREsp nº 144.449/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.09.2012)

¹⁵ No caso do setor elétrico — como existe a obrigatoriedade dos usuários pagarem como parte da tarifa um valor recolhido a título de reserva para reversão, destinado especificamente para o Poder Concedente pagar aos concessionários, no término dos contratos, a indenização por investimentos não amortizados — a incerteza sobre a disponibilidade dos valores para realizar esse pagamento era bem menor.

Contudo, havia incerteza sobre o critério de cálculo dessas indenizações e se os montantes recolhidos a título de reserva de reversão seriam suficientes para pagar todas as indenizações se houvesse término sem renovação de todos os contratos que chegaram ou que estavam para chegar ao seu termo.

Todas essas características tornam o valor e o momento do efetivo pagamento da indenização por investimentos não amortizados, na prática, muito mais incertos que o caso de indenização por expropriação, apesar dessas indenizações terem, rigorosamente, a mesma natureza.

Malgrado as incertezas em torno do seu efetivo pagamento, o direito à indenização por investimentos não amortizados ainda é um instrumento importante para incentivar a realização de investimentos por concessionários ao final dos contratos e seria pertinente que os contratos a regrassem adequadamente ao invés de simplesmente suprimi-la.¹⁶

Para lidar com essas incertezas em relação à efetividade do direito à indenização, o ideal seria que os contratos previssessem:

- (a) regra clara sobre o critério, parâmetros e forma de cálculo da indenização;
- (b) se não conseguir prever regra clara sobre isso, estabelecer procedimento sobre como será calculada a indenização, a ser aplicado em tempo de se ter estabelecido o valor da indenização para pagamento por ocasião da extinção do contrato;
- (c) regra estabelecendo a obrigação de pagamento prévio da indenização para extinção do contrato, e, caso a indenização não seja paga, a conversão automática do valor da indenização em prazo adicional do contrato, podendo, contudo, o Poder Concedente realizar nova licitação para novo contrato de concessão da infraestrutura, desde que a extinção do contrato em curso e a assinatura do novo contrato de concessão fiquem condicionados ao pagamento da indenização por investimentos não amortizados ao concessionário.

A Lei 12.783/2012 elegeu o critério econômico (valor de reposição dos bens) para calcular o valor das indenizações por investimentos não amortizados ao termo dos contratos de geração e distribuição. Por razões que não tenho condições de especificar no presente trabalho, esse critério, nesse caso, me parece inadequado.

¹⁶ Para análise das incertezas em torno do pagamento de indenizações por investimentos não amortizados em contratos de concessões e PPP, vide o artigo Ribeiro, Mauricio Portugal & Da Matta, Paulo Vitor Torres, “Financiamento de concessões e PPPs: sugestões sobre como lidar com o risco de encampação e rescisão”, publicado em 23/2/2014 e disponível no seguinte link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/risco-politico-em-financiamento-de-concessoes-final>.

VI.3.3. OBRIGAÇÕES DE DESEMPENHO E DE INVESTIMENTO E REGULAÇÃO POR PLANO DE NEGÓCIOS

A supressão da indenização por investimentos não amortizados pode ser uma opção adequada se os contratos de concessão e PPP forem modelados como contratos baseados em obrigações de investimento pré-definidas e reguladas por plano de negócios. Mas em contratos baseados em obrigações de desempenho e em que o plano de negócios não é utilizado para fins regulatórios, a supressão do direito à indenização pode ter efeito de desencorajar a realização pelo concessionário de investimentos nos anos finais do contrato.

Para entender essa afirmação, é preciso distinguir claramente *contratos baseados em obrigações de investimento* dos *contratos baseados em obrigações de desempenho*.

Nos contratos baseados em obrigações de investimento, o concessionário está vinculado à realização de investimentos, com valores e momentos pré-definidos no contrato de concessão.

Nos contratos baseados em obrigações de desempenho, o concessionário tem apenas a obrigação de manter os níveis de serviço pactuados.

Contratos baseados em obrigações de investimento e contratos baseados em obrigações de desempenho são tipos ideais. Na prática, em todos os contratos de concessão e PPP constam obrigações de desempenho e obrigações de investimento.

Contudo, é possível perceber em cada contrato a prevalência de um desses dois tipos de obrigação. Os contratos, por exemplo, da primeira rodada de concessão rodoviária federal¹⁷ eram contratos baseados em obrigações de investimento. Neles, as expansões de capacidade eram previstas como investimentos a serem realizados no futuro, com valores fixos e em momentos pré-definidos no plano de negócios.

Já os Novos Contratos Federais de Concessão vinculam os concessionários a índices de serviço. Evidentemente, para cumprimento desses índices de serviço, o concessionário tem que realizar investi-

¹⁷ Vide, por exemplo, o contrato de concessão da Rodovia Presidente Dutra ou da Ponte Rio-Niterói.

mentos. Mas não há predefinição no contrato nem do valor do investimento, nem do momento em que ele se realizará. Por exemplo, nos Novos Contratos Federais de Concessão, as expansões de capacidade são vinculadas a gatilhos de demanda. Quando for atingido o gatilho, isto é, quando a demanda pelo serviço alcançar os níveis definidos no contrato para tanto, o concessionário é obrigado a realizar a expansão de capacidade (duplicação, se for rodovia em pista simples, ou criação de uma nova faixa de rolamento, se for uma rodovia duplicada).

Além disso, é preciso fazer a distinção entre *contratos regulados por meio de um plano de negócios* dos *contratos que não utilizam plano de negócios*.

Nos contratos que são regulados por um plano de negócios apresentado durante a licitação, há previsão de uma curva de demanda estimada e previsão dos investimentos em cada momento do contrato para adequar a capacidade da infraestrutura à prestação de serviços adequados para o nível de demanda estimado.

Nos contratos que não são regulados por plano de negócios, como os Novos Contratos Federais de Concessão, simplesmente não há referência regulatória de quais os investimentos que estão previstos em cada ano do contrato. O concessionário está vinculado à execução do investimento quando os gatilhos para tanto ocorrerem. Mas não há qualquer documentação recebida pelo regulador e vinculada ao contrato de concessão que formalize quando os concessionários previram o atingimento dos gatilhos de demanda e a realização dos investimentos para atendê-la.

VI.3.4. O QUE A DISTINÇÃO ENTRE MODELOS DE CONTRATO E DE REGULAÇÃO TEM A VER COM A SUPRESSÃO DA INDENIZAÇÃO POR INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS?

Fazendo a pergunta veiculada no título de maneira mais específica: o que essa distinção entre contratos baseados em obrigações de desempenho e de investimento e entre contratos regulados por plano de negócios

e contratos não regulados por plano de negócios tem a ver com o problema das indenizações por investimentos não amortizados?

A exigência de amortização de todos os investimentos ao termo do contrato pode funcionar bem em contratos baseados em obrigações de investimento e regulados por plano de negócios. É que neles há uma programação prévia do momento em que se realizarão os investimentos. Com essa programação prévia, os acionistas da concessionária, enquanto ainda participantes da licitação, conseguem dimensionar a tarifa (e o pagamento público, se for uma PPP) necessária à amortização desses investimentos, considerando, inclusive, os investimentos a serem efetuados nos últimos anos do contrato.

Se houver obrigações de investimentos altos nos últimos anos do contrato — por exemplo, uma obrigação de construção de uma pista de um aeroporto no ano 25, de um contrato de 30 anos — a amortização desse investimento do ano 25 será diluído na tarifa (ou pagamento público) do prazo inteiro do contrato. Isso significa que os usuários estarão amortizando desde o princípio do contrato investimentos que serão feitos apenas nos seus últimos anos. O processo de amortização dos investimentos relevantes a serem realizados nos últimos anos do contrato começa a ser realizado, portanto, muito antes até mesmo da realização desses investimentos.

Quando, contudo, utiliza-se contratos baseados em obrigações de desempenho, nos moldes dos Novos Contratos Federais de Concessão, esse procedimento simplesmente não é viável. É que nesses contratos geralmente as obrigações principais de investimento posteriores aos primeiros cinco anos de contrato são definidas por indicadores de serviço. O gatilho para a realização, por exemplo, do investimento em expansão de capacidade dessas infraestruturas é, assim, vinculado ao crescimento da demanda, o que torna incerto os momentos e também os valores dos investimentos a serem realizados.

Essa vinculação do concessionário a obrigações de desempenho, por meio da previsão contratual de indicadores de serviço, traz diversas vantagens para o Poder Concedente. Já enumerei essas vantagens em

outro trabalho de minha autoria¹⁸ e, por isso, não o farei novamente aqui. Mas esse modelo de contrato certamente não é compatível com uma regra rígida de amortização forçada de todos os investimentos ao termo do contrato, particularmente se não for utilizado um plano de negócios como instrumento para regular a concessão.

É que se ocorrer de inesperadamente¹⁹ o gatilho para um grande investimento se materializar no final do contrato e não houver tempo hábil para a amortização desse investimento no prazo restante do contrato, e se não houver — como não há nos Novos Contratos Federais de Concessão — a possibilidade de indenização por investimentos não amortizados ao termo do contrato, na prática, o concessionário simplesmente não vai realizar esse investimento, ou vai realizá-lo apenas no que for compatível com o prazo restante do contrato, ou, ainda, vai solicitar que o contrato seja reequilibrado para realização do investimento, pleito esse que será negado porque esses contratos não preveem essa hipótese de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Na prática, o mais provável é que o investimento não seja realizado e que o usuário termine sendo o grande prejudicado.

Nesse contexto, o concessionário enfrentará a escolha entre:

- (a) descumprir um indicador de serviço do contrato — cujo cumprimento requer a realização do investimento para acomodação da capacidade da infraestrutura à demanda — com risco de sofrer penalidades a serem impostas pela agência reguladora; ou
- (b) realizar o investimento para cumprir o indicador de serviço, sabendo que esse investimento não será amortizado no prazo do contrato, que não receberá qualquer indenização pelo investimento não amortizado, mas que a realização do investimento evitará a aplicação da penalidade por descumprimento do indicador de serviço acima mencionado.

¹⁸ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, Capítulo XIII.

¹⁹ Inesperadamente em relação ao plano de negócios elaborado pela concessionária, mas não disponibilizado nesse caso ao Poder Concedente.

Certamente, concessionários colocados diante dessa situação tenderão a agir de forma racional, verificando qual entre as duas escolhas gerará perdas menores.

Apesar de me parecer improvável esse cenário, se a penalidade pelo descumprimento dos indicadores for altíssima, talvez haja incentivo para que o concessionário realize o investimento.

De qualquer modo, o que me parece certo é que em contratos de concessão ou PPP flexíveis e vinculados a obrigações de desempenho, faria muito mais sentido, da perspectiva econômica, permitir a possibilidade de indenização por investimentos não amortizados ao termo do contrato, especialmente para casos em que os gatilhos de demanda sejam atingidos nos anos finais do contrato e que não faça sentido esperar para incluir esses investimentos no próximo contrato de concessão.²⁰

VI.3.5. O SOL TAPADO COM A PENEIRA

Quando daqui a 20 anos — a 5 anos do término dos contratos de concessão de infraestrutura recentemente celebrados²¹ — forem atingidos gatilhos de demanda que exijam investimentos relevantes, esses contratos terão que ser renegociados para prever alguma forma de amortização desses investimentos.

Contudo, como os gestores públicos estão cada vez menos livres, cada vez mais de mãos atadas pelos órgãos de controle para realizar qualquer negociação (mesmo aquelas necessárias para a satisfação do interesse

²⁰ Parece que subjacente à decisão de suprimir o direito à indenização por investimentos não amortizados está a ideia de que o crescimento da demanda até o atingimento do gatilho para o investimento por si remunera o concessionário pelo investimento a ser realizado. Essa ideia, contudo, raramente corresponde à realidade, e quando corresponde é por acidente. Cada setor e cada projeto de infraestrutura tem suas peculiaridades. O comportamento da demanda e dos custos de investimento tem especificidades, que dificultam em muito validar genericamente uma ideia desse tipo.

²¹ Como ocorre com os contratos de concessão dos aeroportos do Galeão e de Brasília, mas ressalta-se a vigência de 30 (trinta) anos dos contratos dos aeroporto de Confins e Campinas e das rodovias federais BR-050, BR-163/MT, BR-163/MS e BR-060/153/262/DF/GO/MG; e de 20 anos do aeroporto de Guarulhos.

público), o mais provável é que o investimento necessário a atender o interesse dos usuários simplesmente não se realize no prazo desses contratos. O sol, tapado com a peneira, revelará, então, seu poder de queimar.

Mas o que importa? As queimaduras aparecerão daqui a 20 anos. Muitos de nós não estaremos mais por aqui.

E tudo isso me lembra uma frase, que não sei a origem, mas que meu pai sempre repetia:

“— Para todo problema complexo há uma solução simples. Mas ela, filho, muitas vezes, está errada.”

* O contrato de concessão da BR-116/324/BA da 2ª Etapa, Fase II, da ANTT, assinado em 3/9/2009, assim tratava do tema: “4.3.3 Todos os Bens da Concessão ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente depreciados e amortizados pela Concessionária no Prazo da Concessão de acordo com os termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico- financeiro no advento do termo contratual.”; “ 26.3.1 A Concessionária não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos vinculados aos Bens da Concessão em decorrência do término do Prazo da Concessão, tendo em vista o que dispõe a subcláusula 4.3.3.”

Os contratos de concessão de rodovias federais posteriores ao da BR-116/324/BA, ou seja, todos os abarcados pela 3ª Etapa da ANTT em qualquer de suas Fases, também não previram o direito à indenização por investimentos não amortizados, utilizando-se de redação idêntica à retrotranscrita.

Portanto, além do contrato de concessão da BR-116/324/BA, não preveem o direito à indenização os seguintes contratos: BR-040/DF/GO/MG celebrado em 12/3/2014 na 3ª Etapa, Fase I da ANTT (itens 4.3.3 e 30.3.1); BR-101/ES/BA celebrado em 17/4/2013 na 3ª Etapa, Fase II da ANTT (itens 4.3.3 e 28.3.1); e BR-050/GO/MG celebrado em 5/10/2013, BR-163/MT e BR-163/MS, ambos celebrados em 12/3/2014, e BR-060/153/262/DF/GO/MG celebrado em 30/1/2014, todos na 3ª Etapa, Fase III da ANTT (itens 4.3.3 e 30.3.1).

Cabe ressaltar que o contrato de concessão referente à BR-116/MG celebrado na 3ª Etapa, Fase I da ANTT não foi encontrado, de sorte que não foi possível conhecer suas determinações sobre o tema.

** Os contratos de concessão de rodovias federais anteriores ao da BR 116/324, no entanto, previam o direito à indenização por investimentos não amortizados. Abaixo cito as cláusulas sobre esse tema de diversos contratos de concessão federal anteriores ao da BR 116/324, conforme suas etapas e fase no programa de concessão federal:

1ª Etapa da ANTT

BR-101/RJ, celebrado em 28/12/1994: “117. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a prévia indenização das parcelas dos investimentos vinculados aos bem adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos serviços objeto da concessão”.

BR-116/RJ/SP, celebrado em 31/10/1995: “144. A reversão dos bens na extinção da concessão far-se-á com o pagamento, pelo DNER, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com a prévia aprovação do DNER, com objetivo de garantir a continuidade e a atualidade da concessão”.

BR-040/MG/RJ e BR-116/RJ, respectivamente celebrados em 31/10/1995 e 22/11/1995: “114. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bem reversíveis, ainda não amortizados OU depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos serviços pertinentes à concessão”.

BR-290/RS, celebrado em 4/3/1997: “135. A reversão dos bens na extinção da concessão far-se-á com o pagamento, pelo DNER, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com a prévia aprovação do DNER, como objetivo de garantir a continuidade e a atualidade da concessão.”

BR-116/RS, 293/RS e 392/RS, celebrado em 18/07/1998: “13.3.6. A reversão no advento da termo contratual far-se-á com a previa indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos servi os pertinentes à concessão”.

2ª Etapa, Fase I da ANTT

BR-116/PR/SC; BR-116/SP/PR; BR-116/376/PR e BR-101/SC; BR-381/MG/SP; BR-101/RJ; e BR-153/SP, todos celebrados em 14/2/2008, e BR-393/RJ, celebrado em 26/3/2008: “3.9 A reversão dos bens quando da extinção da Concessão se fará com o pagamento, pela União, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pela Concessionária, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com a prévia aprovação da ANTT, com objetivo de garantir a continuidade e a atualidade da Concessão”.

*** No Estado de São Paulo, a ARTESP — Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo continua prevendo nos contratos de concessão o direito à indenização por ativos não amortizados. No caso da concessão das rodovias Anhanguera e Bandeirantes, que integrou a primeira rodada de concessões estadual e cujo contrato foi celebrado em 1º/5/1998, dispunha-se que “a Concessionária terá direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado de bens cuja aquisição, devidamente autorizada pelo Contratante, tenha ocorrido nos últimos 5 (cinco) anos do prazo da Concessão, desde que realizada para garantir a continuidade e a atualidade dos serviços abrangidos pela Concessão” (item 44.4).

Em contratos mais recentes da ARTESP, como o de concessão do Trecho Oeste do Rodoanel, que foi assinado em 1º/6/2008, o contrato dispõe que: “A Concessionária terá direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado dos bens cuja aquisição, devidamente autorizada pela Contratante, tenha ocorrido nos últimos 5 (cinco) anos do prazo de Concessão, desde que realizada para garantir a continuidade e a atualidade dos serviços abrangidos pela Concessão, observadas as disposições legais vigentes” (item 41.4).

vii. Licitação e Estudos de Viabilidade

VII.1.

Proibição de empresa ganhar mais de um lote em licitação de obra, concessão ou PPP^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro

¹ Este estudo é dedicado a meu amigo Sergio Henrique Passos Avelleda.

² Este estudo foi publicado em versão preliminar em 20/3/2012, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/proibicao-de-empresa-ganhar-mais-de-um-lote-em-licitacao-de-concessoes-ppps-e-obras>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

Considere-se a hipótese de uma licitação por menor preço de obra metrotviária a ser contratada pelo Poder Público em um mercado dominado por duas empresas de construção que possuem completa atestação técnica e capacidade financeira para realizar a obra. Considere-se ainda que, para encorajar entrantes nesse mercado, o Poder Público resolva dividir a licitação em 4 lotes, a serem licitados simultaneamente, e estipule a regra de que nenhum grupo econômico possa vencer mais que um lote.

O grande benefício desse arranjo é encorajar entrantes, que de outra forma (se a obra fosse dividida em apenas dois lotes) talvez não participassem da licitação. **A perspectiva de que haverá dois lotes da obra que não poderão ser ganhos pelas duas empresas já consolidadas nesse mercado incentiva entrantes a participarem nas licitações, diante de chances reais de ganharem pelo menos dois lotes. O aumento da competição impacta o preço final da licitação, que tenderá a ser melhor para o Poder Público.**

Por outro lado, quando analisadas as propostas da licitação, é possível que uma mesma empresa ofereça o melhor preço em mais que um lote. Nesse caso, em vista das regras do leilão, a empresa que ofereceu o melhor preço em mais de um lote será forçada a renunciar a um deles (qual deles dependerá das regras do leilão).

Nesse contexto, ao anunciarem-se os resultados do leilão, ficará claro que, por conta das regras do leilão, em alguns dos lotes da licitação, o Poder Público não poderá assinar contrato com aqueles que ofereceram a melhor proposta de preço. **Ficará, então, claro exatamente quanto o Poder Público perdeu em cada um dos lotes em que isso aconteceu (a**

diferença entre a melhor proposta e a proposta do participante da licitação que poderá assinar o contrato).

Essa diferença de preço, de um ponto de vista político, poderá ser caracterizada — e não me espantaria que isso fosse feito, inclusive, pelos órgãos de controle — como “dano ao Erário”, “perda do Poder Público”, “prejuízo ao patrimônio público”, a ser evitado e punido por meio de ação civil pública e ação de improbidade administrativa.

A situação hipotética descrita retrata o contexto em que os **benefícios** do modelo de leilão que encoraja os entrantes **são intangíveis** (porque é difícil calcular qual o ganho gerado pelo aumento da competição), enquanto os **malefícios são tangíveis** (porque o valor perdido pelo Poder Público por não poder contratar com o primeiro colocado em alguns dos lotes é mensurável).

Esse tipo de situação já aconteceu no Brasil (recentemente, na licitação de obras da Linha 5 do Metrô de São Paulo) e correu o risco de acontecer de novo na concessão dos aeroportos — cujo edital proibia qualquer grupo econômico de assinar mais que um dos 3 contratos que foram licitados.

No caso dos aeroportos, essa regra tinha um fundamento adicional que era o fato do aeroporto de Cumbica (Guarulhos) ser em tese concorrente do aeroporto de Viracopos (Campinas). Por isso, seria interessante ao Poder Público ter operadores de grupos econômicos diversos, de maneira que houvesse competição não apenas pelo mercado (na licitação), mas também no mercado (entre os dois aeroportos).

Da experiência internacional, me vêm à cabeça duas situações semelhantes: a venda do direito de uso do espectro de rádio na Nova Zelândia na década de 1990; e, na Austrália, a venda do direito de uso do espectro 3G de telefonia celular. Em ambos os casos, o problema aconteceu na aplicação do Leilão de Vickrey (leilão pelo qual vence o primeiro colocado, mas paga o preço do segundo colocado). Está fora do escopo deste artigo explicar a razão por que se adotou nesses e em outros casos o Leilão de Vickrey. Mas nele acontece a mesma situação acima descrita: o Poder Público, em virtude das regras do leilão, assina o contrato com o valor da segunda melhor proposta e não com o valor da primeira.

Em ambos os casos citados da experiência internacional, assim como no da Linha 05 do Metrô de São Paulo, o Poder Público, e especialmente os agentes governamentais responsáveis pelos projetos, foram submetidos a questionamento público na imprensa e, em alguns casos, a processos judiciais sobre o prejuízo supostamente causado ao Poder Público por conta do uso desses sistemas de leilão.

Tenho me pronunciado sempre a favor de dar ao Poder Público ampla liberdade para, em cada processo de licitação, mediante análise do mercado e dos riscos específicos do projeto, estruturar a licitação da forma que lhe parece mais adequada.

Contudo, creio que a repercussão dos casos em que o Poder Público estabeleceu regras que o levava a não contratar com o valor da melhor proposta oferece lições a serem aprendidas e consideradas na tomada de decisão sobre a estruturação das licitações.

Acredito, sobretudo, que os aspectos políticos são inerentes às licitações de grandes projetos e não devem ser tratados por nós, técnicos e teóricos do assunto, como aspectos exógenos às decisões sobre modelagem dos leilões.

Modelos tecnicamente irretocáveis, mas que, politicamente, na experiência acumulada em diversos contextos já tenham se mostrado inviável, devem ser avaliados como arriscados, e a decisão da sua adoção ser tomada com atenção a tais riscos.

A grande dificuldade, contudo, disso ser adequadamente feito nos processos licitatórios no Brasil está no fato de que os nossos especialistas em licitações (cuja formação é normalmente jurídico-tradicional) preferem dissertar sobre hermenêutica legal a dissertar sobre a experiência real vivida (e acumulada) nas licitações de grandes projetos. A riqueza da amálgama entre problemas jurídicos, econômicos, financeiros, práticos e políticos produzida por essas licitações não é explorada e disseminada, de maneira que esse conhecimento termina restrito a pouquíssimos especialistas e raramente alcança as instituições de ensino para ser transmitido aos futuros técnicos e políticos que enfrentarão algum dia essas decisões.

Junte-se a isso o fato de decisões nodais sobre grandes licitações serem ainda tomadas muitas vezes por agentes públicos (técnicos e políticos)

com pouca experiência e sem formação nas questões que permeiam o mundo das grandes licitações e, por isso, com dificuldades de acesso a esse conhecimento.

VII.2.

Pode o valor do aporte público ser critério de julgamento da licitação de PPPs?¹

Mauricio Portugal Ribeiro
Gabriela Engler Pinto²

¹ Este estudo foi publicado em versão preliminar em 14/4/2014, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/aporte-como-criterio-de-licitacao-final>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

² Gabriela Engler Pinto é advogada de Portugal Ribeiro Advogados (gabriela@portugalribeiro.com.br) e LL.M pela Columbia Law School (James Kent Scholar).

VII.2.1. INTRODUÇÃO

Na sua versão originária, a Lei de PPP não permitia o subsídio a obras ou a compras de equipamentos. Condiçionava qualquer pagamento público a concessionário à disponibilização de serviço fruível.

Por força de uma série de circunstâncias já tratadas com mais vagar em outros trabalhos,³ a Lei Federal nº 12.766/12 modificou o artigo 6º, § 2º, da Lei Federal nº 11.079/04 (“Lei de PPP”) para prever a possibilidade de, em contratos de PPP, haver o pagamento da Administração Pública a concessionário por investimentos em bens reversíveis. Esse pagamento foi denominado de “aporte de recursos” ou “aporte público”.

A Lei nº 12.766/12 não previu, todavia, a possibilidade do aporte de recursos ser critério de julgamento de licitação de PPP.

VII.2.2. A QUESTÃO LEGAL

A Lei de PPP é categórica em relação aos critérios de julgamentos permitidos: (i) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração

³ RIBEIRO, Mauricio Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; PRADO, Lucas Navarro. “Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas.” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/nota-mp-575-12-versao-publicada>>. Publicado também com título e formatação levemente diferente em <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-22/mp-dar-eficiencia-tributaria-financeira-projetos-infraestrutura>>. RIBEIRO, Mauricio Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; PRADO, Lucas Navarro. “A Lei 12.766 (resultante da conversão da Medida Provisória nº 575/12) e o nível de detalhamento dos estudos de engenharia em PPPs.” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-1276612-e-o-detalhamento-dos-estudos-de-ppp>>.

Pública; (ii) a melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital; (iii) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado e (iv) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica.⁴

Não há nenhuma menção expressa ao aporte de recursos, e essa ausência é interpretada muitas vezes como uma vedação ao uso do aporte como critério de julgamento da licitação, assim como qualquer outra forma não expressamente prevista em lei.^{5,6}

Poderíamos discutir a amplitude do conceito de “contraprestação”, para avaliar se haveria a possibilidade de se interpretar o aporte de recursos como uma forma de contraprestação. O art. 6º da Lei de PPP dispõe que a contraprestação pública poderá ser feita por (i) ordem bancária; (ii) cessão de créditos não tributários; (iii) outorga de direitos em face da Administração Pública; (iv) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; ou (v) outros meios admitidos em lei. A margem poderia estar nos “outros meios admitidos em lei”, para sustentar que,

⁴ Vide artigo 12, inc. II, da Lei de PPP.

⁵ Nesse sentido, citamos a seguir a posição de alguns doutrinadores que entendem que as enumerações em lei de critérios de julgamento de licitação são taxativas: “A enumeração do art. 45 [da Lei 8.666/93] é *numerus clausus*. O ato convocatório não poderá criar novo tipo de licitação, que não se subsuma ao referido elenco. Mais precisamente, não é possível adotar critério de julgamento que não possa ser reconduzido a uma das espécies arroladas no dispositivo enfocado”. (FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª edição. Editora Dialética, p. 710)

“Os tipos licitatórios afiguram-se critérios de julgamento a reger a licitação. A LGL estabeleceu quatro critérios distintos: menor preço, maior oferta, melhor técnica e melhor técnica e preço. Sob a disciplina da LGL este é um elenco fechado, *numerus clausus* (conforme o § 5º do art. 45). Não é possível criar tipo diverso, nem combinar ou conjugar a aplicação daqueles incorporados no art. 45.” (MOREIRA, Egon Bochmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação — LGL e o Regime Diferenciado de Contratação — RDC*. Malheiros Editores, 2012, p. 128).

“A Lei 8.666/93 preestabelece taxativamente os critérios de julgamento disponíveis pela Administração para definir a proposta que vai considerar mais vantajosa.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 2012, p. 314).

⁶ Note-se que, por ocasião da redação dos seus Comentários à Lei de PPP, apesar de não ter discutido especificamente esse tema, Mauricio Portugal Ribeiro aderiu à ideia de que os critérios de julgamento da licitação previstos em lei configuravam enumeração taxativa. Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP — fundamentos econômico-jurídicos*. Malheiros, 2007 (reimpresso em 2010), item XII.2.

entre eles, está o aporte de recursos. Ou seja, por essa lógica, a contraprestação poderia consubstanciar-se também no aporte de recursos.

Contudo, o grande obstáculo desse raciocínio é o disposto no art. 7º da Lei de PPP, que determina que a contraprestação somente pode ser paga após a disponibilização dos serviços. Isso inviabilizaria, portanto, a classificação do aporte de recursos pago durante o período de obras (pré-disponibilização dos serviços) como contraprestação pública.

Em suma, não há, na literalidade da lei, a possibilidade de se utilizar o aporte de recursos como critério de julgamento na licitação. Não obstante, cabe a pergunta que é título desse artigo: é viável utilizar o aporte de recursos como critério de licitação de PPPs?

VII.2.3. UM EXEMPLO CONCRETO

Para facilitar a visualização das implicações da pergunta que queremos responder, é indispensável recorrermos a um exemplo concreto.

Considere-se a seguinte situação: um projeto de concessão administrativa em que as receitas estimadas da concessionária provenham 85% de aporte público, a serem pagos ao longo do período de implantação do projeto (primeiros 3 anos), e 15% de contraprestação pública, a serem pagos ao longo dos 12 anos seguintes de operação do projeto.

Situações semelhantes a essa têm ocorrido em diversos projetos em setores tais como saneamento, intervenções urbanas contratadas sob a forma de concessão administrativa e custeadas por recursos obtidos por operações consorciadas urbanas, projetos de mobilidade urbana (metrô, VLT, monotrilhos etc.), projetos de equipamentos esportivos destinados a sediar jogos da Copa ou da Olimpíada, construção e operação de infraestrutura escolar, entre outros.

VII.2.4. IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DO CASO CONCRETO

Se entendermos que não é viável usar o aporte público como critério de licitação, isso significa que o único critério de licitação que poderá ser

empregado no caso acima descrito é o menor pagamento de contraprestação pública.

Como apenas 15% das receitas estimadas do concessionário, a valor presente, provêm de contraprestação pública, 15% seria o desconto máximo possível no preço de referência da licitação.

A depender de como tenha sido estimado o preço de referência, 15% pode ser um desconto muito relevante.

Mas, se considerarmos as licitações recentes de concessões e PPPs, têm sido comum descontos (quando se trata de licitação, com critério de menor tarifa, ou de menor contraprestação) ou ágios (quando se tratar de licitação por maior pagamento pela outorga) com valores em percentual muito superiores a 15% do preço de referência das licitações.⁷

VII.2.5. QUAL É O IMPACTO DE NÃO SE PERMITIR QUE O APORTE INTEGRE O CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO?

A não utilização do aporte público como critério de licitação cria um limite para o desconto no pagamento público a resultar do processo de licitação.

O impacto disso é que o Poder Concedente terminará pagando mais pelos serviços realizados por meio de contratos de PPP do que poderia pagar, caso fosse viável incluir o aporte público como parte do critério da licitação.

O interesse público em permitir que o aporte seja critério licitatório é óbvio: suprimir limites à competição de preço, de modo a permitir que a Administração Pública obtenha a melhor relação custo/benefício possível na aquisição de serviços por meio dos contratos de PPP.

No caso acima descrito, se o aporte não puder ser usado como critério de licitação são altas as chances de que a licitação termine em em-

⁷ Quanto aos descontos, podem ser citadas as rodovias BR-040, com 61,13% de desconto, a BR-163, com 52,74% e as BR-060, BR-153 e BR-262, com 52%; assim como as usinas hidrelétricas de Belo Monte, com deságio de 38% e de São Manoel, de 22%. No que tange aos valores de outorga, os principais exemplos são os aeroportos de Brasília, com ágio de 673,89%; Guarulhos, com 373,51%; do Galeão, com 293%; e de Viracopos, 159,75%.

pate e seja decidida pelo critério de desempate tradicional (sorteio) ou pelas regras de preferência para bens e serviços nacionais.

VII.2.6. O DILEMA CENTRAL: ENTRE O INTERESSE PÚBLICO DE SEGUIR A LITERALIDADE DA LEI E O INTERESSE PÚBLICO DE MAXIMIZAR O BENEFÍCIO DA COMPETIÇÃO NA LICITAÇÃO PARA O PODER CONCEDENTE

Em vários aspectos, a cultura em torno do nosso direito administrativo evoluiu de um legalismo estrito, que imaginava que a ação administrativa só podia se dar por comandos legais explícitos e específicos, para um legalismo torneado por normas legais abertas, que estipulam princípios, metas e objetivos cujo atingimento depende necessariamente da realização no âmbito administrativo de escolhas e ações não especificamente previstas explicitamente em leis.⁸

⁸ Na doutrina jurídica, isso tem aparecido recentemente como substituição do Princípio da Estrita Legalidade pelo Princípio da Juridicidade, que seria mais amplo, mais abrangente, conforme trechos da doutrina e de decisões judiciais a seguir citados: “Princípio que vem se firmando na doutrina e na jurisprudência mais moderna como uma nova acepção (não uma superação) do princípio da legalidade, a juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais. É a visão de que a Administração Pública não deve obediência apenas à lei, mas ao Direito como um todo”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 2012, p. 57 e 58.)

“[...] a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica — a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme disciplina estabelecida na matriz constitucional.” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª edição. Editora Renovar, 2008, p. 142).

“A legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo.” (GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto, o Direito pressuposto*, 2002, p. 179).

“A lei não é a única origem do direito para o sistema constitucional.” (ENTERRÍA, Eduardo García. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1986, p. 93).

“Não é conferido ao Público Administrador afastar-se do princípio da razoabilidade, projeção que, atinente ao princípio da juridicidade, que lhe é superior, encampa o da mera legalidade estrita, mormente em um Estado que se intitula como sendo de Direito.” (TRF-1, AC nº 2004.34.00.012229-5, Relator: Marcelo Dolzany da Costa, 2ª Turma Suplementar, julgamento realizado em 2/7/2013, publicação em e-DJF1, p.848 de 12/7/2013).

Apesar disso, em relação aos critérios de julgamento de licitações há ainda consenso de que é indispensável a previsão expressa em lei para a sua utilização.⁹

Na nossa experiência, em torno das concessões e PPPs já ocorreram, contudo, flexibilizações das exigências de se seguir a estrita legalidade na estruturação do procedimento de licitação.

Em relação ao critério de julgamento das licitações, veja-se o caso da licitação do projeto da rodovia Transolímpica do Município do Rio, atualmente denominada Via Rio — que é uma rodovia *greenfield*, modelada sob a forma de concessão subsidiada¹⁰ — ligando a Barra da Tijuca a Deodoro, áreas nas quais ocorrerão competições olímpicas — onde se utilizou como critério de julgamento da licitação o *maior valor de outorga negativa*. Isto é: o menor valor de subsídio pago pelo Município ao concessionário. A Lei Federal nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”) prevê como critério de licitação em concessões comuns o maior pagamento pela outorga. Para compatibilizar o critério de julgamento de “menor subsídio” com o critério de licitação de maior outorga, o edital da Via Rio chamou de “maior outorga negativa” o critério de julgamento da licitação.

Em relação ao procedimento das licitações de concessão ou PPP, o exemplo mais destacado de alteração do procedimento realizado pela prática é o caso da alteração do momento de análise das garantias de proposta. A Lei de PPP permitiu a inversão de fases da licitação com abertura da proposta técnica e econômica antes da análise dos documentos de habilitação. Contudo, esqueceu-se de prever que, para isso, a garantia de proposta (que é instrumento para avaliação da própria

“O deslinde que se impõe vai ao encontro das melhores tendências de um Direito Administrativo filtrado pela ótica do princípio da juridicidade, o qual representa a substituição da estrita legalidade administrativa pela juridicidade, ampliando os espaços destinados a um agir administrativo racional e ponderativo.” (TRF-2, AC nº 435444, Processo nº 2005.51.01.008913-1, Relator: Poul Erik Dyrlund, 8ª Turma Especializada, julgamento realizado em 10/2/2009, publicação em DJU, pp. 132 e 133 de 17/2/2009).

⁹ Sobre isso, vide notas de rodapé 235 e 236 deste trabalho.

¹⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal; GALÍPOLO, Gabriel. “Subsídio a investimento em concessões e PPPs.” Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>>.

seriedade da proposta) deveria ser analisada antes da abertura da proposta.

Apesar de, na sistemática tradicional das licitações, a garantia de proposta integrar os documentos de habilitação, o que levaria a sua análise para apenas após a abertura das propostas técnica e econômica, a nossa prática de licitações de concessões e PPPs trouxe a análise da garantia da proposta para antes da abertura das propostas técnica e econômica, mesmo à revelia de qualquer previsão legal para isso.

A análise da garantia de proposta antes da abertura das propostas técnica e econômica em processos de licitação que adotam a inversão de fases se tornou uso comum, apesar de não haver previsão legal para tanto, a ponto de não haver, no nosso conhecimento, qualquer processo licitatório de concessão ou PPP no Brasil que tenha invertido as fases da licitação sem trazer a análise das garantias de proposta para antes da abertura das propostas.

Isso significa que apesar dos nossos doutrinadores continuarem professando a necessidade de definição legal estrita dos critérios de julgamento da licitação, a nossa prática licitatória já criou exceções bastante notáveis a essa regra, em situações em que os potenciais benefícios para o Poder Concedente e para o usuário pareciam se sobrepor aos benefícios de se seguir a legalidade estrita.

VII.2.7. A SOLUÇÃO IDEAL PARA O PROBLEMA SERIA A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

A solução simples e ideal para o problema apontado até aqui seria evidentemente alterar a Lei de PPP para permitir que o aporte seja um dos critérios de licitação, eventualmente combinado com outros critérios previstos no art. 12, inciso II, da Lei de PPP.

Mas e se isso não for feito? Como lidar com os projetos em que faz todo o sentido do ponto de vista econômico e do interesse público usar o aporte como critério de licitação? Trataremos disso a seguir.

VII.2.8. ENQUADRAMENTO FORMAL DO APORTE PÚBLICO ENQUANTO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO DE PPPS

Conseguimos divisar algumas possibilidades para viabilizar o uso do aporte público como critério de julgamento das licitações de PPPs.

A primeira possibilidade seria aplicar subsidiariamente o critério de menor preço previsto no artigo 45, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93. O aporte é sem dúvida uma das variáveis financeiras que compõem o preço pago pelo Poder Concedente ao concessionário e, por isso, a aplicação subsidiária seria cabível para complementar os critérios de julgamento previstos no artigo 12, inciso II, da Lei de PPP.

Note-se que o *caput* do artigo 12 da Lei de PPP diz claramente que o procedimento licitatório obedecerá à legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos (isto é, à Lei nº 8.666/93) e também ao disposto na Lei de PPP. Além disso, o artigo 10, da Lei de PPP, menciona que a licitação de PPP será realizada pela modalidade de concorrência em óbvia referência às regras sobre concorrência previstas na Lei nº 8.666/93. Nesse contexto, parece-nos perfeitamente razoável recorrermos à Lei nº 8.666/93 para utilizar critério de licitação nela previsto, aplicável à modalidade de concorrência e que, na situação concreta, traz consequências obviamente harmônicas com o interesse público.

Portanto, recorreríamos subsidiariamente à Lei nº 8.666/93 para utilizar o critério de menor aporte público como critério de licitação de PPPs, com base no artigo 45, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que estabelece que a licitação poderá ser realizada utilizando o critério de menor preço.¹¹

¹¹ Uma pergunta que surge dessa argumentação é em que medida seria viável utilizar em licitações de PPP os demais critérios de julgamento previstos na Lei nº 8.666/93. Não nos parece haver impedimento em utilizá-los quando compatíveis de uma perspectiva econômica com a estrutura da licitação de uma PPP.

A grande dúvida recairia sobre o critério de melhor técnica, que, apesar de previsto no artigo 45, §1º, inc. II, da Lei 8.666/93, não encontrou qualquer manifestação nos critérios elencados no artigo 12, inciso II, da Lei de PPP.

Note-se que isso levou Mauricio Portugal Ribeiro a, nos seus *Comentários à Lei de PPP*, dizer que esse critério não se aplicava às licitações de PPP. Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP — fundamentos econômico-jurídicos*, Malheiros, 2007 (reimpresso em 2010), item XII.2.

A segunda solução seria distinguir os conceitos de “contraprestação em sentido amplo” da “contraprestação em sentido estrito”.

A contraprestação em sentido amplo seria qualquer forma de pagamento ao concessionário em contrato de PPP, abrangendo inclusive o aporte de recursos realizado antes do início da operação do projeto.

Na Lei 11.079/04, o termo contraprestação teria sido usado claramente em sentido amplo no artigo 6º, que cita algumas espécies de contraprestação e a seguir menciona “outras formas admitidas em lei”. Portanto, contraprestação, em sentido amplo, seriam todas as formas de pagamento do Poder Concedente, pecuniários ou não, realizados antes ou depois do início do período operacional do projeto de PPP.

Já a contraprestação em sentido estrito designaria os pagamentos do Poder Concedente ao parceiro privado condicionados ao início da operação do projeto, isto é, todas as formas de pagamento público ao concessionário, com exceção do “aporte de recursos” previsto no artigo §2º, do artigo 6º, da Lei 11.079/04.

O *caput* do artigo 7º, da Lei 11.079/04, que prevê que a contraprestação só pode ser paga mediante disponibilização parcial ou total dos serviços, teria usado o termo “contraprestação” em sentido estrito.

Adotando essa distinção, poderíamos interpretar que o artigo 12, inciso II, da Lei 11.079/04, ao elencar entre os critérios de julgamento da licitação de PPP a menor contraprestação, teria utilizado o termo contraprestação em sentido amplo, abrangendo tanto a contraprestação em sentido estrito (pagamentos após a disponibilização parcial ou total dos serviços) quanto o aporte de recursos anterior ao período operacional (pagamento por bens reversíveis antes da disponibilização dos serviços). Isso permitiria utilizar como critério de julgamento apenas o aporte de recursos ou o aporte de recursos combinado com a contra-

Contudo, com base na visão de subsidiariedade das Leis nº 8.666/93 e da Lei de Concessões à Lei de PPP entendemos que não há porque não ser possível em tese — desde que justificável economicamente e, portanto, da perspectiva do interesse público — a utilização do critério de julgamento de melhor técnica, com preço fixo, em uma licitação de PPP. Contudo, não conseguimos divisar qualquer situação em que a utilização do critério melhor técnica com preço fixo faça sentido no caso de PPPs.

Isso é uma mudança de posição do autor Mauricio Portugal Ribeiro em relação ao tratamento do tema realizado nos seus *Comentários à Lei de PPP*.

prestação em sentido estrito, isto é, a soma dos pagamentos públicos a serem realizados pelo Poder Concedente ao concessionário.

A fragilidade dessa segunda opção é a já mencionada no item VII.2.2 do presente estudo. É que a interpretação completamente literal da lei levaria a crer que há apenas um conceito de contraprestação e que ele designaria apenas os pagamentos após a disponibilização dos serviços.

A terceira possibilidade é simplesmente afastar, em relação à lei de PPP, a visão de que os critérios de licitação são elencados de forma taxativa e não exemplificativa.

Note-se que a classificação da enumeração dos critérios de licitação como enumeração taxativa foi feita pela doutrina jurídica, com o objetivo de evitar que critérios esdrúxulos fossem utilizados, desvirtuando a exigência de neutralidade do procedimento licitatório e eventualmente criando margem para manobras que dirigissem a licitação para esse ou aquele potencial proponente.

Contudo, nesse caso específico, a visão de que a enumeração dos critérios de julgamento é taxativa claramente prejudica a realização do interesse público de se obter a melhor proposta de preço para a Administração Pública.

O problema de tratar os critérios de licitação enumerados na lei como exemplos admitindo novas possibilidades é que isso abre um precedente com consequências difíceis de prever, já que não há garantia que essa flexibilização será usada com parcimônia e apenas quando houver de fato um interesse público que lhe justifique.

Por isso, na nossa opinião, o melhor seria usar a primeira das opções acima apontadas: recorrer subsidiariamente à Lei nº 8.666/93, para aplicar às PPPs o critério de melhor preço previsto no art. 45, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, considerando que o aporte de recursos integra o preço pago pelo Poder Concedente ao concessionário.

VII.3.

A Lei 12.766 (Resultante da Conversão da Medida Provisória 575/12) e o nível de detalhamento dos estudos de engenharia em PPPs¹

Mauricio Portugal Ribeiro

Gabriel Galípolo²

Lucas Navarro Prado³

¹ Este estudo foi publicado em versão preliminar em 11/1/2013, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-1276612-e-o-detalhamento-dos-estudos-de-ppp>. A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

² Professor de Economia da PUC-SP e Sócio da Galipolo Associados.

³ Advogado especialista nos setores de infraestrutura e sócio do Navarro Prado Advogados.

VII.3.1.INTRODUÇÃO

As alterações na Lei Federal 11.079/04 (“Lei de PPP”) realizadas pela Medida Provisória 575, de 7 de agosto de 2012, (“MP 575/12”), convertida, em 30 de dezembro de 2012, na Lei 12.766/12, foram produto de diversas discussões havidas nos últimos meses para resolver problemas muito específicos que surgiram com enorme frequência nos projetos de PPP que, sobretudo, Estados e Municípios pretendem contratar nos próximos meses, com ou sem recursos da União.

Como consultores contratados nesses projetos pelo Poder Concedente ou pela iniciativa privada, participamos da própria formulação desses problemas. Publicamos artigos⁴ sobre o tema e tivemos a oportunidade de discuti-los com agentes públicos e da iniciativa privada nos mais diversos fóruns, incluindo os agentes públicos do Governo Federal que depois formularam o próprio texto da MP 575/12 e aqueles que, de outra forma, participaram do seu processo legislativo.

Nessa condição, cremos ser importante dar a público o conhecimento acumulado sobre o tema, reportando o que estava por trás das dis-

⁴ Cf.: Entre outros, Mauricio Portugal Ribeiro, Gabriel Galipolo e Lucas Navarro Prado, “Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas”, publicado em 17/8/2012 no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/nota-mp-575-12-versao-publicada>. Publicado também com título e formatação levemente diferente no <http://www.conjur.com.br/2012-ago-22/mp-dar-eficiencia-tributaria-financeira-projetos-infraestrutura>, entre outros websites da internet. Mauricio Portugal Ribeiro & Gabriel Galípolo, “Subsídio a Investimento em Concessões e PPPs”, publicado, em 23/4/2012, no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>. Mauricio Portugal Ribeiro, “Aspectos Relevantes do Subsídio a Investimento”, publicado em 23/3/2012, no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/aspectos-relevantes-do-subsidio-a-concessoes-e-ppps>.

posições veiculadas na MP 575/12 e contribuindo para a interpretação e aplicação escoreita desses dispositivos.

Nesse estudo, vamos tratar especificamente dos impactos da inclusão pela Lei 12.766/12 do §4º, no art. 10, da Lei de PPP, que estabeleceu que o nível de detalhamento dos estudos de engenharia necessários para início de licitação de PPP é o de anteprojeto e que o dimensionamento dos custos de investimento das PPPs deve ser realizado utilizando metodologias compatíveis com esse nível de detalhamento do projeto de engenharia.

VII.3.2. ATUAÇÃO DOS AUTORES NO PROCESSO LEGISLATIVO DA MP 575/12

Na condição de especialistas no assunto, consultores contratados do SINICON — Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada⁵, ou como contratados de empresas no setor de infraestrutura, ao longo da tramitação da MP 575/12, tivemos oportunidade de ter interlocução com agentes do Governo Federal e, particularmente, com o Relator no Senado da MP 575/12, Senador Sergio Souza, e com seus assessores.⁶

Nessas oportunidades sugerimos:

- a) **que o nível de detalhamento dos estudos de engenharia para a realização de PPPs seja de anteprojeto e que os orçamentos dos investimentos sejam compatíveis com esse nível de detalhamento — essa sugestão foi acolhida por meio da inclusão do §4º, no art. 10, na Lei de PPP;**

⁵ Mauricio Portugal Ribeiro foi contratado como consultor do SINICON para tratar desse tema. Mauricio agradece, particularmente, a Rodolpho Tourinho e Petronio Lerche, com quem discuti diversas vezes os temas objeto deste artigo, e que tiveram atuação central para melhoria do texto da MP 575/12 ao longo da sua tramitação legislativa.

⁶ Queríamos agradecer, particularmente, a Thallis Murieta, assessor do Senador Sergio Souza, com quem tivemos oportunidade de discutir em profundidade todos os temas tratados na MP 575/12.

- b) a exclusão da exigência de autorização legislativa para realização dos aportes — essa sugestão foi acolhida no texto do art. 6º, §2º, da Lei de PPP;
- c) a explicitação que o aporte pode ser feito antes e após a disponibilização do serviço e que isso seja disciplinado no edital — essa sugestão foi acolhida por meio da inclusão do inciso XI, no art. 5º, da Lei de PPP;
- d) esclarecimento que os aportes de recursos são uma mera contrapartida contratual pelo investimento em bens e serviços e não um repasse (tem um dispositivo que foi incluído ao longo da tramitação da MP no Senado que menciona explicitamente a palavra “repasse”) — essa sugestão não foi acolhida, mas o tema pode ser resolvido pela atividade de interpretação e aplicação do direito;
- e) a isenção dos tributos — essa sugestão não foi acolhida, mas do modo que ficou o texto final da MP, como se verá abaixo, o casamento entre o recolhimento dos tributos e a realização dos custos terá efeito próximo da isenção.

Portanto, das 5 sugestões que fizemos, 3 foram acolhidas ao longo do processo legislativo.

VII.3.3. NÍVEL DE DETALHAMENTO DOS ESTUDOS E DOS ORÇAMENTOS DE REFERÊNCIA PARA CONTRATAÇÃO DE PPP⁷

Por sugestão nossa⁸, foi incluído na MP 575/12 um dispositivo que insere um parágrafo no art. 10, da Lei de PPP, (a) sobre o nível de deta-

⁷ Note-se que o presente texto apoia-se em ampla medida em textos anteriormente publicados nos livros: RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Editora Atlas, 2012; e RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

⁸ A redação desse dispositivo foi inspirada em dispositivos constantes da Lei Federal 12.462/12, que instituiu o RDC — Regime Diferenciado de Contratações. Note-se que sa-

lhamento dos estudos de engenharia realizados como referência para a contratação de PPP e (b) sobre a precificação dos investimentos realizada nesses estudos, com o seguinte teor:

Art. 10 [...]

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto e o valor dos investimentos, para definição do preço de referência para a licitação, será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior, ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

Esse dispositivo, por um lado, consolida entendimento já defendido por especialistas da área de infraestrutura⁹ de que o nível exigido de detalhamento dos estudos de engenharia para dimensionamento do investimento em uma PPP, para efeito da realização da contratação, é o de anteprojeto.

Por outro lado, estabelece que os investimentos previstos em uma PPP sejam orçados com nível de detalhamento compatível com o de anteprojeto de engenharia. A seguir, vamos tratar separadamente desses dois temas.

Antes, porém, achamos importante chamar atenção para o fato de que o estudo de engenharia usado como referência para contratação em PPPs e Concessões é apenas um instrumento de precificação dos investimentos.

bíamos ser possível obter o mesmo resultado com uma redação mais clara. Mas buscamos usar como base a redação dos artigos do RDC, porque era nosso entendimento que essa semelhança facilitaria o processo de tramitação e aprovação do dispositivo.

⁹ Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo; Editora Atlas, 2011, p. 40 e seguintes; e RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; e PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

Em regra, esses estudos de engenharia não são vinculantes para o vencedor da licitação. Isso porque a premissa da realização de uma PPP é que o parceiro privado encontrará uma forma de implantar o projeto mais eficiente do que aquela projetada pelo Poder Público.

Por isso, os contratos de PPP estabelecem, em regra, que o estudo de engenharia realizado pelo Poder Público para contratação não é vinculante para o parceiro privado, ou é vinculante apenas em alguns aspectos. Dessa forma, transfere o Poder Concedente para o parceiro privado a atribuição de realizar projetos detalhados juntamente com o risco de projeto.

O contrabalanço dessa liberdade dada ao contratado de realizar os projetos é o cumprimento ao longo de todo o contrato de PPP ou concessão dos indicadores de desempenho nele previsto. Exatamente porque o parceiro privado está vinculado ao cumprimento desses indicadores é que o Poder Concedente pode lhe dar flexibilidade no cumprimento do projeto referencial disponibilizado para mensuração preliminar do investimento e início do processo de contratação da PPP ou concessão.

VII.3.4. A EXIGÊNCIA DO NÍVEL DE DETALHAMENTO DE ANTEPROJETO DOS ESTUDOS DE ENGENHARIA

Antes do surgimento desse dispositivo, a exigência legal sobre o nível de detalhamento dos estudos para PPPs e concessões constava do art. 18, inc. XV, da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), aplicável também às PPPs, por conta do art. 11, da Lei 11.079/04, que exige que o Poder Concedente disponibilize “elementos do projeto básico” das obras incluídas na concessão ou PPP.

Como a expressão “elementos de projeto básico” não tem uma tradução técnica rigorosa, discutia-se, então, qual exatamente era o nível de detalhamento exigido. De uma perspectiva mais técnica, os níveis de detalhamento existentes e bem definidos de projetos de engenharia, em

relação, por exemplo, às edificações, são os seguintes, conforme NBR 13.531:1995 ou o Manual de Concepção de Produto da ASBEA — Associação Brasileira dos Escritórios de Arquitetura:

- a) Estudo Preliminar (NBR) ou Concepção do Produto (ASBEA), em inglês “concept design”.
- b) Anteprojeto (NBR) ou Definição do Produto (ASBEA), em inglês “schematic design”.
- c) Projeto Básico ou Projeto Pré-Executivo (NBR) ou Identificação e Solução de Interfaces (ASBEA), em inglês “design development”.
- d) Projeto Executivo (NBR) ou Projeto de Detalhamento de Especialidades (ASBEA), em inglês “construction documents”.

Para descrição do que integra cada nível de detalhamento acima mencionado, ver Quadro 1 a seguir.

Em relação ao conceito de “elementos de projeto básico”, havia dúvida isso se constituía de fato em nível de detalhamento inferior ao de “projeto básico”. Essa dúvida foi superada em praticamente todos os entes governamentais que realizaram projetos de concessão ou PPP. Portanto, podemos dizer que essa era uma dúvida comum em entes governamentais que não tinham ainda a experiência de estruturar concessões ou PPPs.

Admitido, no entanto, que “elementos de projeto básico” seja qualquer coisa com nível de detalhamento inferior ao de “projeto básico”, a questão que emergia era o que exatamente seria esse nível de detalhamento, se o de Projeto Preliminar, se o de Anteprojeto.

O dispositivo legal veio a resolver essa dúvida e consolidar que o nível de detalhamento exigido é o de Anteprojeto.

Este quadro foi extraído de Ribeiro, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas e licitações e contratos*. Editora Atlas; São Paulo, 2011, p. 43.

Quadro 1

Padrões de Detalhamento de Projeto de Edificação (conforme NBR 13.531:1995, e Manual ASBEA de Concepção de Produtos)

- 1) *Estudo Preliminar* (usando a expressão constante da mencionada NBR) ou *Concepção do Produto* (usando a linguagem constante do Manual mencionado da ASBEA), em inglês “*concept design*”

Levantar um conjunto de informações jurídicas, legais, programáticas e técnicas; dados analíticos e gráficos objetivando determinar as restrições e possibilidades que regem e limitam o produto imobiliário pretendido.

Essas informações permitem caracterizar o partido arquitetônico e urbanístico e as possíveis soluções das edificações e de implantação dentro das condicionantes levantadas.

Esta fase está subdividida nas seguintes etapas:

- a) Levantamento de Dados.
- b) Programa de Necessidades.
- c) Estudo de Viabilidade.

Nestas fases podem ser produtos:

- (i) Planilhas quantitativas e qualitativas com os dados e as necessidades do projeto.
- (ii) Análises gráficas do imóvel (potenciais e restrições).
- (iii) Estudo de massas e croquis esquemáticos de implantação do projeto arquitetônico.
- (iv) Análise das restrições e possibilidades legais, técnicas e físicas.

(v) Análise preliminar macro e paramétrica da viabilidade técnico-financeira.

2) ***Anteprojeto*** (na dicção da mencionada NBR) ou ***Definição do Produto*** (conforme o Manual da ASBEA), em inglês “*schematic design*”

Desenvolver o partido arquitetônico e demais elementos do empreendimento, definindo e consolidando todas as informações necessárias a fim de verificar sua viabilidade física, legal e econômica, bem como possibilitar a elaboração dos Projetos Legais.

Esta fase está subdividida nas seguintes etapas:

- a) Estudo Preliminar.
- b) Anteprojeto.
- c) Projeto Legal (opcional).

Nesta fase podem ser produtos:

- (i) Conceituação e plantas baixas esquemáticas de todos os níveis.
- (ii) Corte transversal e longitudinal.
- (iii) Elevações das fachadas principais.
- (iv) Perspectivas externas e internas.
- (v) Simulações e estudos básicos do *layout* interno.
- (vi) Considerações e conceituação quanto às premissas e necessidades para instalações prediais.
- (vii) Estimativa macro de custos.

3) ***Projeto Básico*** ou ***Projeto Pré-Executivo*** (conforme expressões usadas na NBR) ou ***Identificação e Solução de Interfaces*** (nas palavras do Manual aludido da ASBEA), em inglês “*design development*”

Consolidar claramente todos ambientes, suas articulações e demais elementos do empreendimento, com as definições necessárias para o intercâmbio entre todos envolvidos no processo. A partir da negociação de soluções de interferências entre sistemas, o projeto

resultante deve ter todas as suas interfaces resolvidas, possibilitando uma avaliação preliminar dos custos, métodos construtivos e prazos de execução.

Nesta fase podem ser produtos:

- (i) Plantas detalhadas e ampliadas de todos os níveis.
- (ii) Memoriais descritivos.
- (iii) Cortes transversais e longitudinais.
- (iv) Elevações de todas as fachadas.
- (v) Perspectivas externas e internas.
- (vi) Estudos definitivos do *layout*.
- (vii) Projetos básicos e memoriais descritivos de todas as instalações prediais (ar condicionado, elétrica, hidráulica, incêndio, gás, circuito fechado de tv, controle de acesso, paisagismo etc.).
- (viii) Estimativa detalhada de custos.

4) *Projeto Executivo* (nos termos da NBR mencionada) ou *Projeto de Detalhamento de Especialidades* (na linguagem da ASBEA), em inglês “*construction documents*”

Executar o detalhamento de todos os elementos do empreendimento de modo a gerar um conjunto de informações suficientes para a perfeita caracterização das obras/serviços a serem executadas, bem como a avaliação dos custos, métodos construtivos e prazos de execução, incorporando os detalhes necessários de produção dependendo do sistema construtivo. O resultado deve ser um conjunto de informações técnicas claras e objetivas sobre todos os elementos, sistemas e componentes do empreendimento.

VII.3.4.1. O NÍVEL DE DETALHAMENTO EXIGIDO DO ORÇAMENTO DAS OBRAS PARA CONTRATAÇÃO DE PPP

Para tratar desse tema, creio que vale a pena citarmos novamente o §4º, do art. 10, inserido na Lei de PPP:

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto e o valor dos investimentos, para definição do preço de referência para a licitação, será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior, ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

O objetivo do dispositivo é que os orçamentos dos investimentos tenham nível de detalhamento compatível com os dos estudos de engenharia.

De nada adiantaria que o nível de exigência do grau de detalhamento do estudo de engenharia fosse reduzido para o nível de anteprojeto, se o orçamento referencial tivesse que ser realizado com nível de detalhamento que só seria viável se houvesse projeto básico de engenharia.

Portanto, ao priorizar a utilização de custos globais de obras no Brasil e no exterior como parâmetro para precificação dos investimentos, a intenção do dispositivo foi permitir que os orçamentos fossem compatíveis com o nível de detalhamento exigido dos estudos de engenharia.

VII.3.4.1.1. O §4, DO ARTIGO 10 DA LEI DE PPP, AFASTOU PARA PPPS A EXIGÊNCIA NO ÂMBITO DA UNIÃO DE PRECIFICAR OS INVESTIMENTOS POR SICRO E SINAPI

Antes de entrarmos propriamente nos critérios de precificação descritos no dispositivo, observe-se que, no âmbito da União, e no âmbito das PPPs estaduais e municipais a serem realizadas com recursos da União, na prática, o §4º, do art. 10, da Lei de PPP, afasta a incidência do *caput* do art. 102 da LDO — Lei de Diretrizes Orçamentárias 2013 (equivalente ao art. 125, da LDO 2012), que diz o seguinte:

Art. 102. O custo global das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil — SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias — SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Antes da criação do §4º, do art. 10, da Lei de PPP, já era nossa interpretação que o art. 102, da LDO 2013, não se aplicava às PPPs e concessões federais ou às PPPs e concessões estaduais e municipais a receberem recursos da União. É que o art. 102 da LDO 2013 diz que o custo “[...] das obras e serviços de engenharia [...]” em uma referência aos contratos de obra pública. Esse dispositivo não se aplicava, portanto, aos contratos de PPP e concessão.

Havia, contudo, a possibilidade de fazer uma interpretação desse dispositivo de que ele se referia à atividade “obra” independentemente do arranjo contratual a ser utilizado para a sua consecução. Discordávamos dessa interpretação porque claramente o contexto do dispositivo como um todo e da sua aplicação sinalizavam que ele foi redigido para aplicação aos contratos tradicionais de obra pública.

O surgimento do §4º do art. 10, da Lei de PPP, contudo, pacificou a questão, deixando claro que o art. 102, da LDO 2013 — e também os artigos com a mesma redação que vierem a ser inseridos nas LDOs seguintes — não se aplicam às concessões e PPPs.

É que ao permitir que os investimentos realizados em PPPs tenham seus valores calculados “[...] com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior, ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto [...]” o dispositivo claramente afastou a aplicação às PPPs do art. 102 da LDO 2013, que exige que a

precificação dos investimentos seja realizada “[...] a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil — SINAPI [...]”.

A permissão constante do §4º, art. 10, da Lei de PPP, de que os preços sejam “[...] aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica” também conduz a afastar o art. 102 da LDO 2013. É que a exigência do art. 102 da LDO 2013 de que o orçamento seja realizado por composição de custos unitários previstas no projeto requer nível de detalhamento do projeto de engenharia maior que o de anteprojeto e é incompatível, portanto, com a ideia de precificação dos custos do investimento por meio de orçamento sintético, por metodologia expedita ou paramétrica nos moldes previstos no §4º, do art. 10, da Lei de PPP.

Em suma, a criação do §4º, do art. 10, da Lei de PPP afastou completamente a aplicação às PPPs do art. 102, da LDO 2013.

A consequência prática disso é que os órgãos públicos federais responsáveis por modelarem as PPPs e os órgãos públicos estaduais e municipais que estão modelando PPPs que receberão recursos federais particularmente para pagamento dos aportes poderão realizar anteprojeto de engenharia e poderão realizar a precificação dos investimentos para efeito de contratação da PPP utilizando custos globais de obras no Brasil e no exterior, usando orçamentos sintéticos, por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

VII.3.4.1.2. A METODOLOGIA DE PRECIFICAÇÃO DOS INVESTIMENTOS EM PPPS¹⁰

O §4º do art. 10, da Lei de PPP, estabelece que o valor estimado do investimento da PPP para efeito de contratação será calculado com base:

¹⁰ Seguimos, com modificações pontuais neste trecho, o Capítulo 4.1.6, do livro: RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

- a) nos valores praticados pelo mercado, considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior; ou,
- b) com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto.

Trata-se de dois critérios bastante diversos de definição do preço que podem ser adotados pelo órgão público.

Note-se que o dispositivo legal mencionou em primeiro lugar os valores praticados pelo mercado, considerando o custo global de obras semelhantes, o que nos parece assinalar uma preferência por esse critério em relação ao do sistema de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto.

De qualquer modo, a escolha entre esses critérios deve ser realizada pelo órgão público encarregado de estruturar o projeto de PPP ou concessão.

Além disso, o §4º, do art. 10 diz que tais valores serão aferidos mediante:

- a) orçamento sintético;
- b) por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

Preliminarmente, é preciso notar que para cada um dos critérios de precificação será necessária a utilização de uma metodologia. Por exemplo, para verificação dos valores praticados pelo mercado, considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior, será necessária a utilização de uma metodologia de pesquisa de mercado, que inclui tanto a atividade de levantamento dos dados, quanto a utilização de recursos básicos de estatística, como por exemplo, as extrapolações para tratamento desses dados.

É preciso não confundir valores de mercado com valores estimados com base em sistemas que buscam reproduzir os custos de um potencial contratado da Administração Pública, como, por exemplo, no setor rodoviário, o SICRO II.¹¹ O SICRO não é apenas uma tabela de preços

¹¹ Apesar de ser parte do SICRO tabelas de preços de insumos ordinariamente utilizados nas obras rodoviárias.

de mercado de insumos de obra, como alguns supõem, mas um sistema que — com preços pré-definidos dos insumos e estimativas de produtividade do uso dos insumos e equipamentos — simula o processo de produção do preço de uma empresa privada a ser contratada pela Administração Pública para obras rodoviárias. Valores de mercado pressupõem a pesquisa, o levantamento, de preços efetivamente praticados (e não simulados, como é o caso dos preços do sistema SICRO).

O dispositivo permite, de outro lado, a utilização de sistemas de custo que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto. Isso quer dizer que o órgão público responsável pela estruturação do projeto pode optar por usar um sistema de custos nos moldes do SICRO, desde que ele tenha sido criado para o setor específico do projeto. A intenção do dispositivo é impedir que se repita o que tem acontecido em diversos projetos no país que é utilização do SICRO ou do SINAPI para precificar obras em setores que utilizam insumos com características diferentes do que constitui a amostra utilizada para confecção do SICRO e do SINAPI. Por esse dispositivo, o SICRO, por exemplo, só poderia de agora em diante ser utilizado para projetos de PPP de rodovias. De qualquer modo, o importante é que o dispositivo legal deu ao órgão público o poder de avaliar se prefere utilizar pesquisa de mercado do preço global de obras semelhantes no Brasil ou exterior, ou sistema de custos específico para o setor a que se refere o projeto.

Em relação à forma como esse preço de referência será estabelecido, o dispositivo fala que tais valores serão aferidos mediante orçamento sintético, por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

O objetivo desse dispositivo é claro: simplificar a apresentação das informações utilizadas para definição do valor de referência. E isso é algo louvável. É que o real preço do investimento para o Poder Concedente e para o usuário será determinado pela competição entre os participantes da licitação. Por isso, não faz sentido ter uma metodologia complexa, robusta e de aplicação demorada para estabelecer preços de referência.

O importante (e é sobre isso que os órgãos de controle deveriam se debruçar) é que os editais de licitação tenham cláusulas que permitam

a competição¹², de maneira que o preço de referência estabelecido com folga (inclusive para aumentar a participação na licitação), possa ser corrigido para valores de mercado por meio da efetiva competição.

E aqui vale a pena enfatizar que nos opomos e achamos sem sentido o foco que alguns órgãos de controle têm dado à manipulação de metodologias mais ou menos sofisticadas cujo objetivo final é apertar o preço-teto usado como referência nas licitações. Esse foco tem alguns efeitos perversos. O primeiro é que, ao apertar o preço-teto da licitação, pode contribuir para afastar do processo licitatório participantes sérios, que seriam atraídos e aumentariam a competição pelo projeto se o preço de referência fosse estabelecido com folga.¹³

Mas o principal efeito perverso é a própria demora para início da licitação do projeto. Já mencionamos em outros escritos nossos que o valor gerado pelo controle do preço-teto pode ser muitas vezes menor que os custos para a sociedade de ter atrasada a realização de um dado projeto — os custos de não dispor do projeto, de não dispor do serviço que ele provê a sociedade e à Administração Pública.

Mesmo sem números definitivos sobre o custo social de atraso nos projetos, seria muito melhor que os órgãos controladores da Administração Pública, ao invés de se focarem em discutir detalhes da metodologia do estabelecimento do preço-teto, deixassem o preço-teto com as folgas originárias e voltassem atenção para a promoção da competição, de maneira que esses preços fossem ajustados pelas próprias propostas na licitação. Com isso se economizaria tempo precioso, reduzindo, portanto, o próprio custo social do controle sobre a Administração Pública.

É para evitar esse tipo de situação e seus efeitos perversos que o §4º, do art. 10, da Lei PPP, buscou tornar expedito e simplificado o processo

¹² Isso não significa abertura total. É preciso que o edital exclua os incapazes de prestar o serviço.

¹³ Note-se que a obtenção de preço agressivo, quando feito de maneira responsável, é, geralmente, produto do investimento pelos potenciais participantes da licitação em estudos para encontrar formas mais eficientes de implantar o projeto que aquelas imaginadas originalmente pelo Poder Público. Nesse contexto, estabelecer preços-tetos muito abaixo do esperado, considerando as melhores técnicas para realização dos estudos, afasta participantes da licitação que, de outra forma, poderiam investir na busca de soluções que alcance inclusive preços mais agressivos que aqueles estimados pelo Poder Público.

de definição do preço de referência dos investimentos em PPPs e concessões, que é um dos elementos centrais para definição do preço-teto da tarifa ou da contraprestação para licitação de um projeto de PPP ou concessão.

Além de falar em “metodologia expedita” e “orçamento sintético”, o dispositivo legal também mencionou a possibilidade de uso de metodologia paramétrica para estipular o preço de referência ou preço-teto da licitação da obra ou serviço, o que tem uma tradução técnica bem mais específica do que as outras duas expressões utilizadas nesse inciso.

Caracteriza “metodologia paramétrica” a definição do preço de referência da obra ou serviço multiplicando-se alguma medida de dimensão da obra/serviço por custo genérico e preliminar da sua realização, obtido geralmente com base na experiência dos técnicos no setor.

Como exemplo, imaginemos o caso da contratação via PPP de uma obra civil de Metrô na Cidade do Rio de Janeiro. Para calcular o preço de referência dessa obra, por meio de metodologia paramétrica, os técnicos do Poder Público responsáveis pela obra poderiam multiplicar o custo médio por quilômetro — considerando para a realização dessa média, por exemplo, as obras civis de Metrô realizadas nos últimos cinco anos — pelo número de quilômetros a serem implantados no contrato a ser licitado. Com esse cálculo se chegaria a um valor de referência da obra estabelecido por metodologia paramétrica.

Enfim, o §4º, do art. 10, da Lei de PPP, logrou transmitir de maneira cristalina a intenção de simplificar e tornar expedito o processo de definição do preço de referência dos investimentos a serem contratados sob a forma de PPP. Isso porque, em primeiro lugar, não faz sentido aprofundar a discussão sobre o preço de referência antes da licitação, quando a contratação está sendo feita com o anteprojeto, e, portanto, sem sequer haver elementos suficientes para ter um preço de referência com alto grau de precisão.

Além disso, a simplificação do processo de estabelecimento do preço de referência ou preço-teto da licitação caminha no sentido de desmobilizar excessos que têm ocorrido no escrutínio da metodologia para a definição dos preços-teto de licitações de obras, concessões e PPPs, excessos esses que terminam por atrasar a contratação desses projetos.

VII.4.

Veto à exigência da ldo de uso do SICRO e SINAPI: Quais os seus efeitos?¹

Mauricio Portugal Ribeiro
Gabriela Engler Pinto

¹ Esse estudo foi publicado em versão preliminar em 17/1/2014, no link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/nota-sobre-sicro-sinapi-rev-mpr-enviada-gabi-reviso-final-mpr-para-publicacao-em-170114> . A sua versão preliminar continuará disponível nesse link após a publicação deste livro.

VII.4.1. INTRODUÇÃO

No dia 24 de dezembro de 2013, a Presidente Dilma sancionou a Lei 12.919, mais conhecida como Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2014 (“LDO 2014”), com veto ao inciso X, do art. 1º e ao art. 107,² que exigem que os preços de referência para licitações de obras a serem

² “Art. 1º São estabelecidas, em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 165 da Constituição Federal, e na Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, as diretrizes orçamentárias da União para 2014, compreendendo:

X — os custos de obras e serviços de engenharia;”

“Art. 107. O custo global das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil — SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias — SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

§ 1º O disposto neste artigo não impede que a administração federal desenvolva sistemas de referência de custos, aplicáveis no caso de incompatibilidade de adoção daqueles de que trata o caput, incorporando-se às composições de custo unitário desses sistemas, sempre que possível, os custos de insumos constantes do SINAPI e do SICRO, devendo sua necessidade ser demonstrada por justificativa técnica elaborada pelo órgão mantenedor do novo sistema, o qual deve ser aprovado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e divulgado pela internet.

§ 2º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no caput deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 3º Na elaboração dos orçamentos-base, os órgãos e entidades da administração pública federal poderão considerar especificidades locais ou de projetos na elaboração das respectivas composições de custos unitários, desde que demonstrada, em relatório técnico elaborado por profissional habilitado, a pertinência dos ajustes para obras ou serviços de engenharia a serem orçados.

custeadas com recursos da União sejam definidos com base nos custos unitários dos itens previstos no projeto menores ou iguais a mediana dos seus correspondentes no Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (“SICRO”) e no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (“SINAPI”).

Esse veto foi recebido na imprensa com fortes críticas, sob a alegação de criar “uma brecha para afrouxar o controle sobre custos de obras públicas em 2014”.^{3, 4}

Na nossa opinião, contudo, o veto:

- a) tem efeitos normativos positivos sobre os processos de modelagem de concessões e Parcerias Público Privadas (“PPPs”) no âmbito da União e também nos projetos dos Estados e Municípios a serem custeados com recursos federais;
- b) elimina qualquer dúvida sobre a compatibilidade com a LDO 2014 das novas regras sobre critério para estipulação de preços-teto em licitações regidas pelo Regime Diferenciado de Contratação (“RDC”) e pela Lei Federal 11.079/2004 (“Lei de PPP”); e
- c) abre espaço para mudanças relevantes dos critérios para estabelecer preço-teto nas licitações de obras públicas custeadas com

§ 4º Deverá constar do projeto básico a que se refere o inciso IX do caput do art. 6º da Lei no 8.666, de 1993, inclusive de suas eventuais alterações, a anotação de responsabilidade técnica pelas planilhas orçamentárias, as quais deverão ser compatíveis com o projeto e os custos do sistema de referência, nos termos deste artigo.

§ 5º Somente em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, poderão os custos unitários do orçamento-base da licitação exceder o limite fixado no caput e § 1o, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo.”

³ O Estado de S. Paulo, Veto de Dilma na LDO abre brecha para afrouxar controle de gastos de obras, 6/1/2014, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,veto-de-dilma-na-ldo-abre-brecha-para-afrouxar-controle-de-gastos-de-obras-,1115362,0.htm>.

⁴ “Para o presidente do TCU, Augusto Nardes, a decisão enfraquece os mecanismos de fiscalização e causa surpresa. ‘Surpreende, porque a presidente tem tido um discurso muito favorável a que aconteça um controle por parte do governo em relação a fraudes, desvios e irregularidades. Com somente o decreto, isso se fragiliza. É como uma portaria, que eu aprovo e, a qualquer momento, posso modificar’, afirmou.” O Estado de S. Paulo, Veto de Dilma na LDO abre brecha para afrouxar controle de gastos de obras, 6/1/2014.

recursos da União, por mera alteração do Decreto 7.983, de 8 de abril de 2013, que estabelece atualmente a metodologia para cálculo dos preços-teto para obras e serviços de engenharia. Explicaremos a nossa posição nas linhas a seguir.

VII.4.2. ORIGEM DA OBRIGATORIEDADE DO USO DO SICRO E SINAPI: OS MINISTÉRIOS DA ÁREA ECONÔMICA TENTANDO CONTROLAR OS MINISTÉRIOS SETORIAIS E A DESCONFIANÇA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EM RELAÇÃO ÀS LICITAÇÕES

O sistema SICRO foi desenvolvido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (“DNIT”) para ser utilizado para simulação do processo pelo qual empresas privadas precificam obras de infraestrutura rodoviária.

A tabela SINAPI, por sua vez, foi elaborada e é mantida pela Caixa Econômica Federal em parceria com o IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para ser utilizada no setor da construção civil, com foco em insumos de obras de habitação popular e saneamento básico.

Quando da sua criação, o objetivo tanto do sistema SICRO quanto da tabela SINAPI era estabelecer preços de referência para contratação de obras públicas. Esses preços de referência, na nossa sistemática de contratação pública, passaram a funcionar necessariamente como *preço-teto*, ou, como preferem os economistas, *preço de reserva*.⁵

Apesar de tratados na legislação como similares, o SICRO e o SINAPI são instrumentos para a precificação de obras substancialmente diferentes. Enquanto o SICRO é uma planilha para simulação de como uma empreiteira precifica uma obra (com espaço para inserção de dados sobre produtividade de máquinas, custos indiretos, margem etc.), o SINAPI é apenas uma tabela de preços. Contudo, atualmente, usa-se

⁵ SÚMULA TCU Nº 259/2010: “Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor”.

geralmente o sistema SICRO completo para a precificação de obras rodoviárias, e apenas as tabelas de preços de itens do SICRO quando se trata de outras obras no setor de transportes.

O histórico de exigência legal de uso desses sistemas de preço público para estabelecer preço-teto em licitações é curioso e, na nossa opinião, reflete dois movimentos que estão ocorrendo simultaneamente há mais de uma década:

- (a) o primeiro de desconfiança da burocracia e dos ministros da área econômica (notadamente os Ministério do Planejamento e da Fazenda) em relação aos ministros e à burocracia de ministérios setoriais com orçamentos relevantes para execução de obras públicas (Ministério dos Transportes, Integração Nacional, Minas e Energia, Comunicações etc.)
- (b) o segundo de desconfiança na efetividade das licitações enquanto mecanismo para ajustamento de preços referenciais a preços de mercado. A mais perfeita manifestação dessa desconfiança pode ser encontrada nos pareceres das SECOBs — Secretarias de Obras, do TCU — Tribunal de Contas da União. Mas atualmente essa desconfiança é parte da cultura generalizada de controle interno e externo da Administração Pública, particularmente, a federal.

Desde a redemocratização do Brasil, os ministérios setoriais que possuem orçamento relevante para obras (transportes, integração nacional, minas e energia, comunicações etc.) sempre foram objeto da barganha política. É por meio da distribuição desses ministérios para outros partidos que o partido do Chefe do Poder Executivo constitui sua base aliada no Congresso Nacional. É desnecessário dizer que há uma tendência a que esses ministérios sejam atribuídos a partidos que não necessariamente possuem vinculação programática com o partido do Presidente, mas apenas interesses fisiológicos, que dão azo à exploração, nem sempre republicana, dos poderes ministeriais.

Isso criou e continua alimentando na Esplanada dos Ministérios a relação de desconfiança entre a burocracia dos ministérios da área econômica — que tem contato distante e eventual com o mundo e com a iniciativa privada relacionada às obras públicas — e os ministérios setoriais que são vistos, geralmente, pela burocracia dos ministérios da área econômica, como “aqueles que estabelecem relações espúrias com a iniciativa privada”.

Essa desconfiança é reforçada pelas diferenças políticas entre os ministros dos ministérios da área econômica e dos ministérios setoriais mais relacionados com obras públicas. Os ministros da área econômica são geralmente quadros do mesmo partido do Presidente da República, “olhos e braços do Presidente sobre o orçamento e as finanças públicas”, enquanto os ministros dos ministérios setoriais mais relacionados a obras são vistos como membros da máquina político-fisiológica: um mal necessário para manter a maioria do Governo no Congresso.

Nesse ambiente de desconfiança, nada mais natural do que os ministérios da área econômica utilizarem dos recursos que estão ao seu alcance para estabelecer limites à suposta espoliação do Erário decorrente das relações espúrias entre iniciativa privada e os ministros setoriais.

Foi esse contexto de desconfiança entre ministérios da área econômica e ministérios setoriais que levou à inclusão da exigência de uso do SINAPI na LDO de 2003, para precificação de obras a serem realizadas com recursos federais. Nessa época, a regra era de que os custos unitários de materiais e serviços de obras executadas com recursos dos orçamentos da União não poderiam ser superiores a 30% em relação àqueles constantes do SINAPI.⁶

Desde então, em todos os anos, as minutas iniciais da proposta de LDO — que são redigidas no Ministério do Planejamento — incluem dispositivos semelhantes.

⁶ Lei 10.524/2002: “Art. 93. Os custos unitários de materiais e serviços de obras executadas com recursos dos orçamentos da União não poderão ser superiores a 30% (trinta por cento) àqueles constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil — Sinapi, mantido pela Caixa Econômica Federal”.

Já em 2004, a LDO passou a determinar que o custo global de obras e serviços executados com recursos dos orçamentos da União seria obtido com os custos unitários de insumos ou serviços iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no SINAPI.⁷

Até 2009, isso se repetiu em todas as LDOs e o SINAPI era o único sistema que a lei exigia que fosse utilizado para a definição do preço de referência de obras públicas custeadas com recursos da União.

A partir de 2010, a LDO passou a prever a exigência de uso da tabela SICRO, voltada especificamente para a definição de preço de referência para as licitações de obras rodoviárias.⁸

⁷ Lei n. 10.707, de 30 de julho de 2003: “Art. 101. Os custos unitários de materiais e serviços de obras executadas com recursos dos orçamentos da União não poderão ser superiores à mediana daqueles constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil — Sinapi, mantido pela Caixa Econômica Federal.

§ 1º Somente em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela autoridade competente, poderão os respectivos custos ultrapassar o limite fixado no caput, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo.

§ 2º A Caixa Econômica Federal promoverá a ampliação dos tipos de empreendimentos atualmente abrangidos pelo sistema, de modo a contemplar os principais tipos de obras públicas contratadas, em especial as obras rodoviárias, ferroviárias, e de edificações, saneamento, barragens, irrigação e linhas de transmissão”.

⁸ Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009: “Art. 112. O custo global de obras e serviços contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil — SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias — SICRO.

§ 1º Em obras cujo valor total contratado não supere o limite para Tomada de Preços, será admitida variação máxima de 20% (vinte por cento) sobre os custos unitários de que trata o caput deste artigo, por item, desde que o custo global orçado fique abaixo do custo global calculado pela mediana do SINAPI.

§ 2º Nos casos em que o SINAPI e o SICRO não oferecerem custos unitários de insumos ou serviços, poderão ser adotados aqueles disponíveis em tabela de referência formalmente aprovada por órgão ou entidade da administração pública federal, incorporando-se às composições de custos dessas tabelas, sempre que possível, os custos de insumos constantes do SINAPI e do SICRO.

§ 3º Somente em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, poderão os respectivos custos unitários exceder limite fixado no caput e § 1º deste artigo, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo.

§ 4º O órgão ou a entidade que aprovar tabela de custos unitários, nos termos do § 2º deste artigo, deverá divulgá-los pela internet e encaminhá-los à Caixa Econômica Federal.

§ 5º Deverá constar do projeto básico a que se refere o art. 6º, inciso IX, da Lei no 8.666, de 1993, inclusive de suas eventuais alterações, a anotação de responsabilidade técnica e declaração expressa do autor das planilhas orçamentárias, quanto à compatibilidade dos

Concomitantemente à desconfiança entre os ministérios da área econômica e os setoriais, surgiu também, já no final da década de 1990, crescente desconfiança no Governo Federal e, particularmente nos seus órgãos de controle TCU, CGU etc., em relação às licitações enquanto mecanismo de ajuste de preços a valores de mercado.

Nos órgãos de controle, é comum a suposição que o mercado de obras públicas (mesmo de obras realizadas por meio de contratos de concessão e PPP) é um mercado especialmente sujeito a conluios em licitações. A visão comum entre controladores da Administração Pública federal é que a frequência com que nesse mercado se formam consórcios entre empresas, em tese, facilitaria a comunicação necessária à realização de conluios.

Dessa perspectiva, as licitações raramente seriam, de fato, competitivas e, por isso, é comum os controladores da Administração Pública federal acharem que não é possível supor que das licitações resultará ajuste dos preços referenciais a preços de mercado.⁹

Apoiados nessa desconfiança, e com o suporte legal trazido pela inclusão nas LDOs de regras que, como visto, são fruto da outra desconfiança entre os ministérios da área econômica e os setoriais, os controladores da Administração Pública federal, notadamente o TCU, tem exigido há mais de 10 anos a utilização pelos gestores públicos das tabelas do SINAPI e posteriormente também do SICRO como critério

quantitativos e dos custos constantes de referidas planilhas com os quantitativos do projeto de engenharia e os custos do SINAPI, nos termos deste artigo.

§ 6o A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI ou do SICRO não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

§ 7o Serão adotadas na elaboração dos orçamentos de referência os custos constantes das Tabelas SINAPI e SICRO locais e, subsidiariamente, as de maior abrangência.

§ 8o O preço de referência das obras e serviços será aquele resultante da composição do custo unitário direto do SINAPI e do SICRO, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas — BDI incidente, que deve estar demonstrado analiticamente na proposta do fornecedor.

§ 9o (VETADO)

§ 10. O disposto neste artigo não obriga o licitante vencedor a adotar custos unitários ofertados pelo licitante vencido.”

⁹ Evidentemente que divergimos fundamentalmente dessa posição dos órgãos de controle.

para cálculo do preço-teto nas licitações dos empreendimentos a serem custeados com recursos da União.¹⁰

VII.4.3. A COMBINAÇÃO DE FATORES EM TORNO DA UTILIZAÇÃO DE SICRO/SINAPI QUE DIFICULTA A VIABILIZAÇÃO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Está fora do escopo deste artigo analisar a adequação e consistência técnica das metodologias de pesquisas de mercado empregadas para confecção das tabelas de preço SICRO e SINAPI. Tampouco temos a intenção de avaliar aqui a pertinência de utilização dos itens das tabelas SICRO/SINAPI em casos concretos — por exemplo, se o item previsto na tabela SICRO/SINAPI que foi objeto da pesquisa é da mesma espécie do item a ser empregado em dado tipo de obra.

Mas é possível afirmar que a utilização das tabelas SICRO/SINAPI — (a) com estudos de engenharia com baixo nível de detalhamento e qualidade questionável e (b) para modelar contratos de obra por preço global, PPP ou concessão, que transferem para o contratado o risco de quantitativos — abre grande possibilidade da ocorrência de licitações vazias.

O risco de licitações vazias é maior em projetos em que o risco de demanda não é transferido para o concessionário. Quando o risco de demanda é transferido, muitas vezes o estudo de demanda apressado e de baixa qualidade realizado pelo Governo cria oportunidades de ganhos para o concessionário, que compensam os efeitos da utilização do SICRO/SINAPI.

O baixo nível de detalhamento e qualidade dos estudos de engenharia é normalmente decorrência da pressa dos governos, que comprimem os prazos de sua elaboração para enquadrá-los no cronograma político.

¹⁰ Em 2010, o TCU sedimentou a exigência dos gestores públicos estabelecerem preço-teto para as licitações de obras e serviços de engenharia: “[N]as contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor”. SÚMULA TCU Nº 259/2010.

A mesma pressa que leva a desenvolvimento apressado dos estudos pressiona para que os prazos para a elaboração de propostas nas licitações sejam o mais curto possível permitido em lei (30 dias para licitações de concorrência, com critério só de preço; 45 dias para as licitações de concorrência, com critério de técnica e preço), de maneira que, premida por esses prazos escassos, a iniciativa privada também não tem o tempo necessário para formular estudos detalhados que superem as incertezas sobre quantitativos deixadas pelos estudos conduzidos pela Administração Pública.

Nesse contexto, ocorre uma assimetria fundamental entre a visão dos controladores da Administração Pública e a visão da iniciativa privada em relação aos quantitativos de insumos de obras, previstos em estudos de engenharia sem detalhamento: considerando que o contrato estabelecerá que o risco de quantitativo dos insumos será da iniciativa privada, para lidar com a incerteza, a iniciativa privada supõe o pior cenário (quantitativo máximo esperado); os controladores da Administração Pública, contudo, supõem o melhor cenário (quantitativo mínimo esperado). O resultado dessa assimetria será o estabelecimento de um preço-teto para a licitação que fatalmente será considerado inviável pela iniciativa privada. Isso ocorrerá especialmente se não houver oportunidades em outros aspectos do projeto (por exemplo, na estimativa de demanda) para ganhos relevantes para a iniciativa privada, que corrijam as consequências do uso do sistema SICRO/SINAPI e das demais circunstâncias acima apontadas. Na nossa opinião, foi isso que aconteceu, por exemplo, com o trecho MG/ES da rodovia BR 262, cujo leilão da concessão ocorreria em 13 de setembro de 2013, mas deu vazio.

Essa situação poderia ser corrigida se os controladores da Administração Pública aceitassem a utilização de contingências na precificação das obras, inversamente proporcionais ao nível de detalhamento dos estudos de engenharia.¹¹ Mas, apesar de já termos participado de diversas discussões sobre esse tema entre o TCU, iniciativa privada e

¹¹ Sobre a visão do TCU a respeito das margens de erro dos diferentes níveis de detalhamento dos estudos de engenharia ver: TCU, Obras Públicas — recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas, 3ª edição, Brasília, 2013, p. 16.

gestores públicos, o TCU nunca admitiu a utilização de contingências.¹² No caso específico da BR 262, o uso de contingências era especialmente justificável em vista de se tratar de trecho em área com topografia bastante acidentada, o que aumenta a incerteza em relação aos quantitativos de insumos de obras.

Note-se que, nesse contexto, os gestores públicos responsáveis pelos projetos ficam com as mãos completamente atadas. Por um lado, não podem descumprir as determinações do TCU em relação ao uso dos critérios de precificação de obras, sob pena de responsabilização pessoal. Por outro lado, ainda que achem razoável a realização de estudos mais detalhados de engenharia, para reduzir as incertezas em relação a quantitativos, os prazos políticos que lhe são postos impedem que isso ocorra.

E ao final, os gestores públicos e, para esse efeito, também, os ministros setoriais, terminam responsáveis pelo insucesso dos projetos (publicamente, a culpa nunca é dos controladores da Administração Pública). A forma padrão dos agentes políticos lidarem essa situação é achar algum fator externo responsável pelo insucesso, afinal de contas, eles também não podem culpar publicamente nem a LDO (elaborada pelo Ministério do Planejamento), nem os controladores internos e externos da Administração Pública.

No caso da BR 262, por exemplo, culpou-se a quantidade de obras públicas (do DNIT) na rodovia — se esse fosse o motivo do seu insucesso, todas as demais licitações de rodovias do PIL dariam vazias, já que várias delas têm enorme quantidade de obras a serem realizadas pelo DNIT na vigência da concessão. Culpou-se também a perspectiva de manifestações sociais contra o pedágio, em vista da cultura do Estado do Espírito Santo, o que na nossa percepção não esvaziaria uma licitação. Provavelmente apenas aumentaria o risco do concessionário, o que deveria ser compensado com uma perspectiva de rentabilidade maior da concessão.

¹² Há discussão em curso sobre a utilização pelo DNIT de contingências na modelagem de contratos a serem licitados pelo RDC.

VII.4.4. PANORAMA DA LEGISLAÇÃO SOBRE O EMPREGO DE SICRO E SINAPI PARA DEFINIÇÃO DE PREÇO DE REFERÊNCIA NAS LICITAÇÕES

O estado da legislação pré-veto na LDO era seguinte:

- (a) a LDO de 2013 (Lei 12.708/12) estabelecia obrigação de utilizar SICRO/SINAPI para estabelecer os preços-tetos das licitações de obras e serviços de engenharia;
- (b) apesar do nosso entendimento de que esse dispositivo abrangia apenas os contratos de obra pública,¹³ o TCU exigia que se aplicasse isso a qualquer contrato que envolvesse obras ou serviços de engenharia custeados com recursos da União (mesmo os contratos de concessão e PPP);
- (c) o RDC estabeleceu, para as contratações integradas, a possibilidade de *o valor estimado da contratação ser calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica*,¹⁴ o que, na nossa opinião, configura uma autorização expressa ao gestor público para escolher a metodologia para estabelecer o preço de referência das obras e serviços de engenharia, utilizando, inclusive, se achar adequado, metodologias extremamente simplificadas, como a definição paramétrica de custos globais — mas, até onde sabemos, isso não foi utilizado, pois os controladores da Administração Pública, continuavam a exigir, com base no dispositivo da LDO, que, mesmo as obras licitadas pelo RDC, utilizassem como referência o SICRO/SINAPI;

¹³ Portugal Ribeiro, Mauricio; Galípolo, Gabriel; Navarro Prado, Lucas. “A Lei 12.766 (Resultante da Conversão da Medida Provisória 575/12) e o Nível de Detalhamento dos Estudos de Engenharia em PPPs.” Disponível em <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-1276612-e-o-detalhamento-dos-estudos-de-ppp>.

¹⁴ Adaptamos ao contexto do presente trabalho o texto Art. 9º, §2º, inc. II, da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011 para maior fluência da leitura.

- (d) A Lei de PPP foi modificada para harmonizá-la com o RDC e, na mesma linha do RDC, deu poderes ao gestor público para calcular o preço de referência dos investimentos “[...] com base em valores de mercado, considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica”;¹⁵
- (e) Para as transferências da União para contratos de obra, concessão ou PPP de Estados e Municípios, o TCU exigia que os projetos fossem modelados usando SICRO/SINAPI.

VII.4.5. EFEITOS DA EXCLUSÃO DA LDO DA EXIGÊNCIA DE USO DO SICRO E SINAPI

O efeito normativo imediato, na nossa opinião, é o seguinte:

- (a) O desaparecimento do dispositivo da LDO fortalece os dispositivos do RDC e da Lei de PPP que dão amplos poderes ao gestor público para escolher a metodologia para precificar as obras ou investimentos, para fins de definição de preços-teto nas licitações, conforme mencionado nos subitens “c” e “d” do item 4 da presente nota. Não há mais margem para argumentar-se que os dispositivos do RDC e da Lei de PPP que dão esses poderes aos gestores públicos são inválidos ou que haveria conflito entre eles e a LDO.
- (b) Para as concessões comuns, o veto ao dispositivo da LDO cria, na nossa opinião, um vazio normativo, que permitiria que os gestores também escolham qual a melhor forma de estabelecer o preço-teto dos investimentos nessas licitações.
- (c) É possível — apesar de entendermos ser um equívoco — os controladores da Administração Pública entenderem que o Decreto

¹⁵ Art. 10, §4º, da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

7.983/2013 abrange obras, concessões e PPPs. Nesse caso, o efeito prático do veto dependeria de mudança no Decreto 7.983/2013.

- (d) Em relação às obras públicas comuns submetidas às regras da Lei 8.666/93, o veto abre espaço para que, mesmo na obra pública, sejam adotadas outras formas de estipulação do preço-teto de referência, pela mera mudança pelo Poder Executivo do Decreto 7.983/2013.

A nossa experiência nos diz que os órgãos de controle não vão ceder facilmente. Apesar do discurso padrão dos controladores externos ser que eles fiscalizam a coerência das decisões do Governo exigindo apenas justificativas coerentes para as decisões adotadas pelos gestores públicos, na prática, há um conjunto de ideias sobre como estruturar projetos de infraestrutura que é considerada adequada pelos órgãos de controle, e, desde que os projetos sejam estruturados de modo a seguir esse conjunto de ideias, as necessidades de justificativa são minoradas. As exigências, portanto, de justificação das decisões dos gestores públicos na modelagem de contratos e licitações são tanto mais estritas quanto mais as suas decisões fugirem dos cânones tradicionalmente aceitos pelos órgãos de controle. Nesse contexto, é de se esperar que os controladores exijam dos gestores públicos justificativas extremamente robustas para eles não utilizarem SICRO/SINAPI para estabelecer preços de referência para licitações, mesmo no contexto normativo atual.

Os gestores que não usarem SICRO/SINAPI como critérios de precificação encontrarão ampla resistência e não nos surpreenderia que, mesmo sem base legal ou regulamentar para tanto, os órgãos de controle continuem exigindo a utilização de SICRO/SINAPI como critério para estabelecer os preços de referência para as licitações.

1 Dados extraídos da carta enviada pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil ao Diretor-Geral da ANTT, Jorge Bastos, datada de 4 de setembro de 2013 e descrevendo as condições de financiamento disponibilizadas por esses bancos para as concessões de infraestrutura rodoviária da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT. Essa carta foi publicada pela ANTT, no website destinado à publicação das informações sobre os projetos da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT: <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/2298/Carta_de_Financiamento_dos_Bancos_Publicos_ao_PIL_Rodovias.html>