

14ª Conferência Internacional da LARES

Edifício Manchete, Rio de Janeiro - Brasil

17 a 20 de Setembro de 2014



A falta de investimentos, os entraves e o despreparo do Setor Público para modelar e estruturar Parcerias Público Privadas no setor de mobilidade urbana

Caoní Farias Ponchio¹, Claudio Tavares de Alencar², João da Rocha Lima Jr.³

¹ Mestrando da Escola Politécnica da USP – Brasil – caonifp@yahoo.com.br

² Doutor em Engenharia, Núcleo de Real Estate da Escola Politécnica da USP – Brasil – claudio.alencar@poli.usp.br

³ Doutor em Engenharia, Núcleo de Real Estate da Escola Politécnica da USP – Brasil – rocha.lima@poli.usp.br

RESUMO

Esse ano se comemora 10 anos da Lei 11.079, a Lei Federal das Parcerias Público Privadas, e faz-se oportuno apontar um conjunto de medidas voltadas a permitir a melhor utilização desse instrumento.

Talvez impulsionado pela onda de entusiasmo gerado pela realização de eventos importantes no Brasil, como a Copa do mundo e Olimpíadas, também catalisadas pelas grandes manifestações públicas clamando por investimentos, tem-se noticiado um aumento considerável no número de editais voltados a mobilizar recursos para investimento em mobilidade urbana, por meio de PPPs.

Entretanto, essa onda de investimentos, não se faz na velocidade desejada e muitos se perguntam: por que as PPPs não avançam? Por que é tão difícil licitá-las? Por que muitas licitações acabam sem interessados? Por que a União, Estados e Municípios pecam tanto, colocam e recolocam licitações no ar, fazem e refazem projetos e sempre sob a intensa crítica da iniciativa privada? Vide os atrasos em mobilidade urbana nas cidades sede da Copa. O fato é que passados 10 anos da criação da Lei, já passamos do momento de aprendizado e agora, o desafio é consolidar as PPPs.

Posto isso e a partir de uma análise usando estudos de casos, pesquisa na bibliografia especializada do setor e baseado nos processos atuais de estruturação de projetos pelo Setor Público, este artigo objetiva elencar e criticar os principais entraves e inflexibilidades que oneram e atrasam os projetos de PPPs, sugerindo medidas que permitam acelerar a infraestrutura de mobilidade urbana no país.

Dentre as principais conclusões deste artigo, quando se estuda investimentos de infraestrutura de longo prazo, o setor público é caracterizado pela falta de áreas especializadas, deficiência nos processos de planejamento e faz-se necessária melhoria no regime e nos processos de contratação, além de maior segurança jurídica e fiscal. Não obstante, sobram mecanismos de controle excessivamente burocráticos, assim como baixa capacidade para prospectar, estruturar e elaborar projetos complexos, inovadores e de qualidade, bem como para gerir esse tipo de contrato.

Palavras-chave: Parceria Público Privada, Mobilidade Urbana, Investimentos, Setor Público, Brasil.

14ª Conferência Internacional da LARES

Edifício Manchete, Rio de Janeiro - Brasil

18, 19 e 20 de Setembro de 2014



The lack of investments, the obstacles and unpreparedness of the Public Sector for modeling and structuring Public Private Partnerships in urban mobility sector.

ABSTRACT

This year it is celebrated 10 years of the Law 11,079, the Federal Law of Public Private Partnerships and it is appropriate to suggest a set of measures aimed to make a better use of such instrument.

Perhaps driven by the wave of enthusiasm generated by the execution of important events in Brazil, such as World Cup and Olympics Games, also catalyzed by large public demonstrations aiming for investments, it has been publicized a considerable increase of the tender process aimed at mobilizing resources for investment in urban mobility through PPPs.

However, this wave of investments is not made at the desired speed and many people wonder: why PPPs do not advance? Why is it so hard bidding it? Why many tender process end up without interested players? Why the Union, States and Municipalities fail so much, and relaunch the bids, make and remake projects always under intense criticism from the private sector? Refer delays on urban mobility in assigned cities for World Cup. The fact is 10 years after PPP law creation, we have already passed over for learning period and now the challenge is to consolidate the PPPs projects.

Having said that and from an analysis by using case studies, research in specialized bibliography from the sector and based on current procedures for project structuring by Public Sector, this article aims to list and criticize the main obstacles and the rigidities which encumber and delay PPPs projects, suggesting measures to accelerate the infrastructure of urban mobility in Brazil.

Among the main conclusions of this article, when studied about long term infrastructure investments, the public sector is characterized by the lack of specialized areas, deficiency on the planning process and it is needed improvement of the system and contracting process beyond higher legal and tax comfort. Nevertheless, leftover overly bureaucratic control mechanisms as well as low capability to prospect, develop and structure complex, innovative and quality projects and also to manage them.

Key-words: Public Private Partnership, Urban Mobility, Investments, Public Sector, Brazil.

1. INTRODUÇÃO

Em 30 de outubro de 2007, quando oficialmente o Brasil era anunciado como país sede da Copa do Mundo FIFA 2014, teve início uma onda de euforia no Brasil. Promessas de grandes realizações contaminariam a sociedade com um sentimento de esperança em novos investimentos para as cidades-sede, com padrões de infraestrutura compatíveis com a trajetória de um país que se alçava ao seletivo grupo de países com grande potencial de desenvolvimento. O brasileiro enxergava nessa escolha uma possibilidade real de que as obras finalmente ultrapassariam o contexto de curto prazo, imediatista, e se estenderiam para o futuro, como legado avalizado pelo evento de dimensões globais.

Em 2008, com a escolha das 12 sedes, a lista de projetos desenhava um novo Brasil, onde a matriz de responsabilidades trazia promessas de duplicação da capacidade de sete terminais aeroportuários, ligação por metrô ou por veículos leves sobre trilhos de seis aeroportos aos estádios e outras áreas das cidades, duplicação das redes metroviárias em quatro metrópoles, e criação de redes de mon trilhos e BRTs (“Bus Rapid Transit” - em tradução livre “corredores de ônibus exclusivos”) em quatro sedes.

Com todo esse cenário favorável, um número cada vez maior de projetos de PPP foi estruturado em Municípios, nos Estados e na União e, como consequência, a ampliação do leque de atores interessados no mercado brasileiro de PPP. Não há dúvida de que as grandes construtoras permanecem como os principais atuantes, mas era possível perceber uma gama de novas empresas interessadas no setor de infraestrutura, principalmente estrangeiros.

De acordo com a *Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de São Paulo – Unidade de PPPs*, atualmente a cidade de São Paulo conta com cinco PPPs de mobilidade urbana, orçadas ao todo em R\$ 37 bilhões. Dessas, a linha 6 Laranja do Metrô e a linha 18 do Monotrilho já foram licitadas e adjudicadas, (entretanto, como será exposto no estudo de caso, a Linha 18 por mais de uma vez foi adiada, cancelada e relançada) e mais dois projetos ainda em fase de estruturação, sendo uma linha de Metrô (Linha 20) e um Trem intercidades, além da linha 4-Amarela do metrô (Luz-Vila Sônia) que já está em operação.

Importante também citar que fora da cidade de São Paulo, mais dois projetos de PPPs já foram licitados e adjudicados: o projeto de VLT (Veículo Leve sobre Trilhos) do Rio de Janeiro na região do Porto Maravilha e o VLT da cidade de Goiânia.

Entretanto, em 2009 surgiu o primeiro sinal de um frustrante movimento de substituição da euforia pela realidade das limitações de recursos, impossibilidades técnicas e cronogramas inexecutáveis. O legado começava a ruir, com projetos de metrôs dando lugar aos BRTs, ligações metroviárias entre aeroportos cedendo espaço para a duplicação de avenidas já existentes e novos terminais sendo substituídos por temporários em vários aeroportos.

A reação por sua vez, não foi pequena. Manifestações ocorreram em meados de 2013 e, motivadas primeiramente por um estopim do aumento de tarifas de ônibus, acabaram por criar proporções grandiosas com repercussão em todo o país. Essa repercussão toda, inclusive se espalhando mundialmente pelas imprensas internacionais instaladas durante a Copa das Confederações FIFA 2013, forçou mais uma vez o governo a apresentar um plano bastante agressivo de concessões e mobilidade urbana.

O pessimismo ainda é grande e não faltam, na verdade, motivos para tanto. Parte-se da premissa de que contratos de concessão são incompletos e que é difícil estabelecer regras prévias sobre os investimentos necessários e, ao mesmo tempo, evitar que as partes tenham condutas estratégicas, com o objetivo de maximizar seus interesses, durante a vigência da concessão.

Abordando o tema através de exemplos de questões reais de editais e contratos de concessão de projetos (Linha 18 – Monotrilho de São Paulo e Linha 6 – Metrô São Paulo), as principais Leis atuais que regulam

o setor e bibliografia especializada, buscou-se nesse artigo elencar e apontar os principais entraves e obstáculos, bem como sugerir e recomendar melhores práticas no sentido de acelerar e dar segurança contratual para que os interessados, sejam eles nacionais ou estrangeiros, possam investir nesse tipo de mecanismo contratual.

2. ENTRAVES E CASOS VERIFICADOS

2.1. Contextualização

De acordo com “BNDES 60 anos, perspectivas setoriais” de Out/2012, (levantamento do Departamento de Transportes e Logística, da Área de Infraestrutura do BNDES), com base nos projetos apresentados ao Banco nos setores portuário, ferroviário e rodoviário, pleitos de financiamentos do setor privado acrescidos dos investimentos públicos do governo federal previstos no PAC e dos estados em projetos que contam com a contrapartida do BNDES, apontam um investimento no setor de 0,8% do PIB, aquém do necessário, que é de aproximadamente 5% (Banco Mundial, 2007).

Segundo Grilo (2008), para suprir a falta de investimentos em serviços públicos existe a possibilidade de ganhos de eficiência em relação aos métodos de contratação tradicional, especialmente em mecanismo de contrato de concessões públicas (especialmente PPPs). Isso porque a transferência de ativos para a gestão do setor privado, em geral, está associada à melhoria de qualidade, que pode ser exigida por meio de parâmetros técnicos especificados nos editais e nos contratos de concessão. Pode-se considerar também que inovações na prestação dos serviços, utilização de tecnologias adequadas, gestão de riscos, e controle financeiro adequado são esperados do setor privado.

Mesmo incentivando esse tipo de mecanismo (contratos de concessão, especificamente as PPPs), o atual ambiente que cerca o administrador público no Brasil não é favorável a inovações ou à execução desses tipos de projetos complexos, como veremos abaixo. Todos os projetos de mobilidade urbana na cidade de São Paulo vêm seguindo (ou seguiram) em todas as suas fases de estruturação, processos morosos e de pouca produtividade por parte do ente público frente aos cronogramas adotados e divulgados no momento do lançamento de seus editais.

Nesses casos não é incomum que o governo tenha dificuldades para definir com clareza e segurança a sua própria necessidade, como, por exemplo, se a ligação entre duas cidades deve ser feita por um trem de alta, baixa ou média velocidade ou, simplesmente, por meio de transporte aéreo; se uma determinada linha de metrô deve ser subterrânea ou de superfície; se o modelo tarifário deve compreender subsídios públicos ou não; entre outras decisões que podem afetar a viabilidade da parceria, a cesta de riscos que pode ser transferida para o parceiro privado e, enfim, a atratividade da contratação para a iniciativa privada.

2.2. Um Problema Conceitual no Processo Licitatório

Logo de início, um entrave importante é a ausência de um processo licitatório moderno, capaz de dar segurança aos agentes públicos e à iniciativa privada em relação aos diversos aspectos técnicos, jurídicos e econômico-financeiros enredados em cada PPP.

As regras de concorrência pública vigentes no Brasil estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993 praticamente impossibilitam que os contratos sejam negociados. Como regra geral, o governo deve definir sozinho todos os detalhes da contratação, especificando projetos, termos de referência e modelos jurídicos e financeiros como bem entender, antes de oferecê-los à iniciativa privada, mediante a realização de licitações.

De acordo com as três Leis, 8.666/93, 8.987/95 e 11.079/04 que cercam os assuntos de licitações, concessões e PPPs respectivamente, cria-se uma distorção ao abrir espaço para que o poder público escolha os projetos apenas pelo menor preço, desconsiderando a qualidade. Dessa forma, a disputa entre

os concorrentes passa a ser uma questão de preço, onde o menor preço ganha o certame e, nem sempre nesses casos, o menor preço realmente representa a qualidade exigida para projetos de infraestrutura.

A principal razão desta distorção é o próprio formato e critério do leilão. O Governo opta por um procedimento no qual o critério de definição do vencedor seria dado, na maioria das vezes em leilões de PPPs, pelo menor valor de contraprestação a ser para pelo poder concedente.

A União Europeia, por exemplo, contempla o diálogo concorrencial como diretriz para a celebração de contratos complexos desde 2004 (Artigos 26º, 34º, 53º, 57º, 62º e 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE). As empresas participantes dos certames são declaradas vencedoras com base no critério da proposta economicamente mais vantajosas que garante a escolha da proposta que apresente melhor relação qualidade/preço (e não a proposta com preço mais baixo).

Chama-se geralmente diálogo concorrencial ou diálogo competitivo esse novo método de licitar. A grande inovação do diálogo concorrencial é a de permitir que, de forma transparente e regrada, empresas privadas e poder público negociem os contratos mais complexos antes que venham eventualmente a celebrá-los.

Portanto, tendo em conta a qualidade e o preço, e ainda custos relacionados ao ciclo operacional da obra e do serviço em questão, este critério confere uma maior ênfase aos aspectos qualitativos, ambientais e sociais bem como à inovação.

2.3. O Caso da Linha 18 – Bronze (Monotrilho ABC)

Esta licitação foi conduzida e está modelada sob a forma de uma PPP. De acordo com o Edital de Concessão, a iniciativa privada será responsável por construir e operar a linha 18-bronze, que terá 14,9 km de extensão ligando os municípios de São Paulo, São Caetano, Santo André e São Bernardo, com 13 estações: Tamanduateí, Goiás, Espaço Cerâmica, Estrada das Lágrimas, Praça Regina Matiello, Instituto Mauá, Afonsina, Fundação Santo André, Winston Churchill, Senador Vergueiro, Baeta Neves, Paço Municipal (São Bernardo) e Djalma Dutra. A previsão do edital, é de que a obra fique pronta entre três e cinco anos.

A linha correrá por meio de um monotrilho e demandará investimento será de R\$ 4,2 bilhões, sendo parte deste valor será aportada pelos governos do Estado e Federal.

Entretanto, este parece ser mais um exemplo de fragilidade e burocracia que estes processos são conduzidos justamente onde os prazos são extremamente importantes de serem seguidos e no qual, mais uma obra de metrô (monotrilho) atrasará para sair do papel. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo suspendeu o processo licitatório obrigando o governo estadual a rever os conceitos e relançar o edital.

Dos R\$ 4 bilhões envolvidos no projeto liderado pelo governo do Estado, R\$ 1,68 bilhão é oriundo do Governo federal. Entretanto, o empenho desse montante da União não foi regularizado a tempo, o que inviabilizou a oficialização do certame para escolha do construtor e operador da linha do monotrilho que ligará a Capital ao grande ABC.

Outro motivo para um novo atraso foi um cancelamento do lançamento do Edital motivado pelo Tribunal de Contas do Estado onde foi apontado que as regras foram mudadas após a publicação do edital. O edital menciona a exigência de que os monotrilhos deveriam ter um grau de nacionalização (peças produzidas no Brasil) entre 40% e 60% do valor total. Três semanas antes do prazo final para a apresentação de propostas, o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) de acordo com o ofício AS/BEURB nº 016/2014 de 07 de maio de 2014, fixou os índices de nacionalização entre 30% e 40%.

Com menos peças nacionais, o preço geral do monotrilho supostamente deve cair, o que obrigou a Secretaria de Transportes Metropolitanos a refazer o edital. Esse fato, que culminou no cancelamento do edital pelo TCE, foi observado e denunciado por uma empresa do setor, alegando que a modelagem,

baseada em um PMI (Procedimentos de Manifestação de Interesse) apresentado por empresas interessadas, tenha “direcionado” o projeto para esta ou aquela empresa, caracterizando assim a prática de conluio.

A questão dos PMIs (Procedimentos de Manifestação de Interesse), apontado acima, será abordado em maiores detalhes no próximo tópico. Uma vez que o poder público, no momento em que fragmenta estudos de PMIs oriundos de empresas diferentes, pode privilegiar uns e penalizar outros, como também acaba por montar uma modelagem ilusória com itens de Capex de uns, Opex de outros, previsão futura de demanda de passageiros de terceiros e soluções tecnológicas, por exemplo, de um estrangeiro.

A Secretaria Estadual de Transportes Metropolitanos apontou também que, outro motivo no atraso do cronograma oficial foi a falta de assinatura da presidente Dilma Rousseff em alguns documentos, o que pode ter gerado problemas nos trâmites com a Caixa Econômica Federal.

Abaixo estão elencados (de forma cronológica) os principais eventos/marcos e motivos verificados para os atrasos e cancelamentos do processo:

Audiência Pública para apresentação da modelagem do projeto:

- O evento foi realizado pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos de São Paulo (STM) em 03/2013;

Período para Consulta Pública do Edital:

- A previsão informada na Audiência Pública pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos de São Paulo (STM) para lançamento da minuta do Edital e Contrato de Concessão para consulta pública era de 04/2013;
- Entretanto, a real data do lançamento da minuta do Edital e Contrato de Concessão para consulta pública foi de 05/07/2013 à 06/08/2013;

Lançamento do Edital:

- Data informada pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos de São Paulo (STM) para lançamento do Edital e Contrato de Concessão foi 22/01/2014;

Adiamento do Lançamento do Edital:

- Em 23/01/2014 foi informado pelo Governador do Estado de São Paulo um adiamento e uma nova data para o lançamento divulgado em “Diário Oficial do Estado de São Paulo de 30/01/2014”;

Motivo: Problemas e atrasos com documentação do Governo Federal;

Efetivo Lançamento do Edital:

- Lançamento do Edital: 03/02/2014;
- Data do Leilão: 07/04/2014;
- A Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo (STM) comunicou em 03/04/2014 o adiamento do recebimento das propostas. Uma nova data para o recebimento das propostas foi marcada para o dia 15/04/2014;

- Na data de 15/04/2014 o Tribunal de Contas do Estrado (TCE) suspende o certame, de acordo com o comunicado abaixo, divulgado no site da Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo (STM):

“AVISO DE SUSPENSÃO PROCESSO 000.672/2013 CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 003/2013 - Concessão Patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 18 – Bronze da rede metroviária de São Paulo, com tecnologia de monotrilho, contemplando implantação, operação, conservação e manutenção. A Secretaria dos Transportes Metropolitanos-STM torna público que, em razão da decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em face de representação interposta contra termos do edital, a sessão pública de recebimento das propostas da licitação em referência está suspensa. Nova data será comunicada oportunamente.”

Motivo: Mudança pelo BNDES nos índices de nacionalização de peças produzidas no Brasil;

- Relançamento de Edital: 19/05/2014;
- Data do Leilão: 03/07/2014.

Após todas as adequações e quase um ano e dois meses após a audiência pública que apresentou a modelagem, o Governo de São Paulo então republicou o edital. O edital foi republicado em 19 de maio de 2014 e a data da sessão pública para recebimento das propostas marcada para o dia 3 de julho de 2014.

2.4. O Caso das PMIs (Procedimentos de Manifestação de Interesse)

A Lei Federal de PPP (Lei 11.079/2004) recepcionou o art. 21 e o art. 31 da Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) para permitir que:

- Particulares elaborem, com autorização do poder concedente, estudos, projetos, investigações e levantamentos para modelagens de PPPs;
- Documentos produzidos, vinculados à concessão e de utilidade para a licitação, estejam disponíveis a quaisquer interessados;
- Os dispêndios com a elaboração de tais documentos sejam ressarcidos pelo vencedor da respectiva licitação, desde que especificados no edital;
- Os autores ou responsáveis economicamente pelos referidos estudos e/ou projetos básico ou executivo possam participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

Tal permissivo legal foi regulado pelo Decreto 5.977/06 em âmbito federal, criando-se assim o chamado Procedimento de Manifestação de Interesse, que passou a ser conhecido simplesmente por “PMI”.

Segundo Rocha e Horta (2005) o PMI vem sendo largamente utilizado nos últimos anos, pois é um instrumento de caráter inovador, destinado a divulgar o interesse da administração pública em obter subsídios junto à iniciativa privada, para a consolidação de projeto de interesse público que se pretende implantar. O objetivo principal do PMI é propiciar mais adequação e eficiência aos potenciais projetos de PPPs promovidos pelo poder público.

A legalização e regulamentação de tal procedimento ganham consonância com o princípio da transparência que deve reger a administração pública, possibilitando que o intercâmbio estabelecido entre o setor público e o privado exerça o papel de ajustar os interesses de potenciais investidores e empreendedores.

Pode-se dizer que o PMI institucionaliza o relacionamento pré-licitação entre o poder concedente e o mercado interessado na futura PPP. Trata-se de um instrumento importante, porque (i) permite que o

poder público desenvolva o mercado interessado no projeto, de modo que poderá ampliar o grau de competitividade da futura licitação a depender do modo como o PMI for desenhado e gerido; e porque (ii) é salutar que o poder público entre em contato com a visão da iniciativa privada sobre o projeto durante a fase de desenvolvimento dos estudos de viabilidade.

Entretanto, PMIs não substituem a capacidade institucional do poder público para avaliar criticamente os estudos de viabilidade recebidos. Adicionalmente, o PMI não é uma estratégia que necessariamente torna mais ágil o processo de tomada de decisão do poder público sobre um potencial projeto de PPP. Se o poder público não estiver preparado, poderá receber os estudos de viabilidade e não ter condições de tomar uma decisão sobre o projeto de PPP.

As desvantagens do referido PMI são, as seguintes:

- Necessidade de revisão detalhada dos estudos pela Administração Pública e por consequência, necessidade de corpo técnico multidisciplinar especializado para a revisão da modelagem (exigindo assim tempo e recurso);
- Prazo exíguo para elaboração dos trabalhos;
- Ausência de adequada divulgação dos resultados dos estudos para o mercado;
- No momento da escolha de um ou mais estudos a serem usados como base da modelagem pelo poder público, tenta-se conciliar estudos inconciliáveis, por exemplo, custos de investimento de um estudo, com custos de operação de outro e etc.

Dessa maneira, o poder público acaba por se basear em partes de estudos diferentes, feitos a partir de premissas e soluções tecnológicas diferentes, onde o custo de operação baixo de um estudo, por exemplo, muitas vezes é função de custo de investimento alto e vice versa. Tal conciliação de estudos acaba por resultar em modelagens inviáveis e assim, editais são lançados às pressas, introduzindo projetos que simplesmente não oferecem nenhuma atratividade.

Nesse sentido, nos deparamos com projetos sem interessados e licitações vazias. Esses fatos revelam que o PMI, uma ferramenta que vem sendo frequentemente utilizada pelo poder público para obter os estudos de viabilidade de projeto de PPPs, pode se transformar de facilitador em um problema para o adequado processo de deliberação do poder público sobre um projeto de interesse público intermediado por um contrato de concessão.

3. PROBLEMAS VERIFICADOS QUE NÃO CONTRIBUEM PARA DESTRAVAR OS PROJETOS DE PPPs

Projetos de PPPs somente podem ser aplicados em casos onde a parceria entre o setor público e o setor privado está valorado em contratos de valor maior ou igual a 20 milhões de reais (art. 2º, Lei de PPPs 11.079/2004). Dessa forma, as iniciativas pioneiras de PPP, que envolviam projetos de menor montante, ficam de fora por definição legal. Essa limitação pode se explicar pela necessidade de manter um controle cuidadoso sobre os contratos firmados: quanto maior o valor mínimo para celebração das PPPs, menor o número de parcerias elegíveis para o aproveitamento da modelagem.

Nesse sentido (embora não necessariamente somente com esse fato, de acordo com a Revista do BNDES nº38), também no art. 22 fica estabelecido que a União só possa contratar uma PPP “quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício”, e somente quando “as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”.

A lei estabelece também que o efeito fiscal de longo prazo deve ser positivo: os compromissos associados à PPP pelo Estado ou União não podem afetar as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF: Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000) e “os efeitos financeiros dessas despesas deverão, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa” (art. 10).

De acordo com SAULO KRICHANÃ (Em artigo para “O Valor Econômico”, 2013), permanecem no lado do setor público entraves que podem ser superados. Por exemplo, no que se refere a LRF, nos Estados e municípios, as obrigações dessa Lei (LRF) drenam de 11% a 15% dos recursos dos orçamentos públicos. Descontados os custos de pessoal e os recursos vinculados das áreas de saúde e da educação, sobra sempre menos do que é requerido pelas demandas sociais a serem atendidas.

Outro entrave é a eventual possibilidade do não oferecimento de um Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas (FGP) para as operações de PPPs aumentando o pessimismo e medo das empresas privadas.

Segundo a Lei de PPP (Lei 11.079/04) é autorizado à União, suas autarquias e fundações públicas a participar, no limite global de 6 bilhões de reais em FGP que tem por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos. A Lei de PPP dispõe apenas sobre o fundo federal de PPP, constituído com recursos provenientes da União para os projetos promovidos pelo Governo Federal. Não obstante, cada Estado pode, mediante a lei específica criar o seu próprio fundo de PPP (caso de Minas Gerais) ou autorizar a constituição de uma sociedade (caso de São Paulo) com a finalidade de prestar garantias ao parceiro privado.

A vantagem de se oferecer o FGP é que o fundo diminui o risco de insolvência do Governo, oferecendo maior segurança ao parceiro privado e repercutindo positivamente em seu risco de crédito quando da contratação de financiamentos para o projeto.

4. OUTROS PONTOS DE DEFICIÊNCIA NO QUE TANGE TRIBUTAÇÃO E FINANCIAMENTOS

4.1. A Questão da MP 575 (estudo de Caso da Linha 6 do Metrô)

A questão da chamada MP 575, requer uma alteração para reformular a questão do aporte de recursos previsto na MP 575 (depois transformada na Lei 12.766 de dezembro de 2012).

Os pagamentos da Administração Pública sob a forma de contraprestação pública (isto é, após a disponibilização do serviço), às SPEs signatárias de contratos de PPP, por investimentos relevantes realizados no princípio do projeto, criavam algumas ineficiências tributárias e financeiras.

Ineficiência financeira porque o período 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.

Para reduzir a ineficiência financeira, e por conta do art. 7º da Lei de PPP, que vedava 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 empreendimento, 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, gera os seguintes riscos de interpretação pela fiscalização tributária:

1. A antecipação da tributação de PIS e COFINS (e de ISS, quando não houver isenção municipal):

Para fins fiscais, de acordo com o art. 56 da Lei 12.973/2014 referente à legislação tributária federal que dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, determina que as receitas de construção sob um contrato de concessão, cuja contabilização do objeto do Aporte de Recursos é um ativo financeiro, devem ser incluídos na base de cálculo do PIS / COFINS quando é efetivamente recebido.

De acordo com o contrato de PPP (Contrato de Concessão – Linha 6 do Metro de São Paulo) que foi analisado, a transferência de recurso (Aporte de Recursos) está relacionada com a execução do investimento durante o durante a fase de construção da Linha 6 (Contrato de Concessão, cláusula 27.1).

Além disso, de acordo com a Lei de PPP 11.079/2004, determina que a transferência dos fundos do poder concedente para a concessionária sob um contrato de PPP deve ser usada para a construção de infraestrutura e aquisição de ativos.

Em face do exposto, pode-se concluir que o Aporte de Recursos é considerado como receita relacionada aos serviços de construção, portanto, esses valores devem ser objeto de PIS/COFINS, uma vez que os valores são efetivamente recebidos pela concessionária. Apesar de o Contrato de Concessão, cláusula 27.3.8, conceder direito de equilíbrio econômico-financeiro caso sejam consideradas devidas as alíquotas de PIS/COFINS, esse tipo de mecanismo de ajuste não traz segurança para a concessionária em termos de modelagem econômico financeira.

A legislação brasileira determina que as receitas decorrentes da execução de obras de construção através de empreitada estão sujeitas ao regime cumulativo, sendo aplicável a alíquota do PIS/COFINS de 3,65%.

Tanto a SPE quanto a construtora pagarão PIS e COFINS sobre os valores destinados à execução do investimento e, eventualmente, também poderão 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, em transferência de renda para a União.

2. A antecipação da tributação de IRPJ e CSLL:

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 costuma 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.

Verifica-se que todo 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.

2.1. O Falso “Project Finance” (Oneração nos Custos de Financiamento)

Em contratos de Parcerias Público Privadas, compete ao parceiro privado levantar recursos necessários aos investimentos iniciais no projeto, como a construção da infraestrutura exigida para a prestação dos serviços contratados e as despesas pré-operacionais em geral. Ao Estado, cabe pagar pelos referidos serviços conforme o desempenho do parceiro privado ao longo da vigência do contrato de PPP.

Financiamentos de maior envergadura muitas vezes são estruturados na forma de “Project Finance”, em que os acionistas da sociedade de propósito específica (SPE) não se responsabilizam pessoalmente pelo repagamento do empréstimo, contentando o financiador tão somente com garantias sobre as receitas e demais ativos de propriedade da SPE. O financiamento na forma de Project Finance propicia aos patrocinadores acionistas a vantagem adicional de limitar a sua exposição financeira ao projeto, desonerando seu balanço. Aos financiadores, o Project Finance permite isolar o risco associado ao projeto, ainda que o risco de crédito dos patrocinadores seja de pior qualidade.

De acordo com Finnerty (1999), o Project Finance é um tipo de engenharia financeira, voltado para a realização de um fluxo de caixa previsível ou estipulado, com base nos ativos do projeto com pouca ou nenhuma solidariedade dos patrocinadores, onde os riscos são identificados e mitigados entre as partes.

Porém esse conceito acima, na prática, não vem sendo adotado e os bancos financiadores (BNDES assim com a CEF e o BB) durante o período de formação dos ativos (CAPEX) exigem dos sócios da SPE (Concessionária da PPP) as Garantias Corporativas (“Corporate Finance”) até que os ativos formados sejam fruíveis para que os Parceiros Privados possam prestar os serviços (OPEX) previstos e passem a receber do Parceiro Público as contraprestações a que fazem jus.

Ao contrário do que diz a lei das PPPs (Lei 11.079/2004), após a fruição, os bancos financiadores (o BNDES em particular) demoram muito para aceitar as contraprestações públicas no lugar das garantias corporativas privadas, só o fazendo em mais de 24 meses depois da fruição. O “Project Finance” no Brasil, principalmente em projetos de PPPs de grande porte, ainda tem poucas operações estruturadas, e o conceito do próprio projeto “suportar” e garantir o financiamento com suas próprias receitas (conceito de “non-resource”) sempre é uma questão delicada e ainda não totalmente aceita pelo BNDES.

Essa retenção das garantias onera as contraprestações pagas pelos entes federados de duas formas: diretamente, o custo dos empréstimos-ponte tomados antes da aprovação do crédito oficial – cujo prazo de análise e aprovação é, aliás, demasiadamente longo – e indiretamente, o custo de retenção das garantias após a fruição é precificado nos cálculos da contraprestação estimada pelos parceiros privados nas PPP.

Ou seja, embora exista o Fundo Garantidor para ancorar as contraprestações públicas, a retenção das garantias privadas (que diminui a capacidade de alavancagem em outras PPPs e concessões) e o custo dos empréstimos-ponte acaba sendo bancado pelo parceiro público, o que onera as operações concessionadas.

3. ALGUMAS RECOMENDAÇÕES FRENTE AOS ENTRAVES APONTADOS

3.1. Um Processo Licitatório Moderno Afastando os Não Capacitados

Uma maneira eficaz seria 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.

Um método qualitativo poderia permitir que as licitações dos projetos de PPPs pudessem seguir um modelo de concurso público, onde todos os projetos teriam valores referenciados e tabelados, e a concorrência se não daria pelo menor preço, mas pela qualidade técnica do projeto e do serviço.

Esse critério, na verdade deveria ser o principal critério observado para a seleção do vencedor, ou seja, a melhor solução técnica para o projeto e não a menor contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente no caso de um projeto de PPP.

Um trabalho intelectual como um projeto complexo de PPP, onde vários aspectos técnicos e econômicos fazem parte de uma grande modelagem, não deveria ser tratado como um objeto, que pode ter o preço leiloado lance a lance. Por exemplo, conforme o processo licitatório citado acima estimularia a concorrência de uma melhor qualidade técnica visando a redução de custos diferenciando cada proponente pela qualidade do trabalho.

A fim de afastar aqueles que não têm capacidade de participar, exigências reais de capacidade financeira e de habilitação técnica devem ser consideradas atentamente. Geralmente, em licitações de concessões, se exige 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.

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 repagamento do empréstimo.

3.2. Com Relação ao PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse)

Com base no contexto normativo anteriormente apresentado no capítulo 2, item 2.4, a reflexão que se propõe consiste em analisar a possibilidade de o Procedimento de Manifestação de Interesse ser inserido como efetiva etapa do processo administrativo e de estruturação que consiste nas seguintes fases principais: a) o planejamento da modelagem; b) a licitação; c) celebração do contrato; d) execução contratual; e) a reversão dos bens, apuração e liquidação dos investimentos pendentes de amortização.

Nesse sentido, a etapa de Procedimento de Manifestação de Interesse, estaria obrigatoriamente vinculada ao planejamento da modelagem.

Além disso, o ente público deveria levar em conta os seguintes fatores:

- ✓ A escolha de apenas um estudo, ainda que se façam modificações pertinentes nele;

- ✓ A importância de contratar e gerenciar consultores especializados para escolher/auditar estudos (foco nas Análises de engenharia e demanda);
- ✓ Se for o caso, desconsiderar e abrir um novo processo para esses consultores reavaliem os estudos;
- ✓ Ter como foco e os principais resultados dos PMIs a definição de indicadores de serviço, sistemas de pagamentos e condições de participação do edital;
- ✓ Aproveitamento de experiências e PMIs anteriores.
- ✓ Ampliar a base de empresas interessadas em participar de seus PMIs (conforme já feito pelo Estado de São Paulo onde diversas empresas podem apresentar seus estudos).

3.3. Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas (FGP)

Tendo em vista o exposto no capítulo 3, poderia se incentivar os entes federados a serem os agentes promotores de fundos de investimento, de maneira que esses fundos passassem a ser sócios das sociedades de propósito especial (SPE), criadas com as finalidades de investimentos propostos em seus editais de captação de recursos, indicando e controlando a diretoria executiva que irá gerir o projeto de investimento aprovado.

As SPEs não são empresas estatais, pois são criadas por dotadores de recursos privados, com gestão igualmente privada dos objetivos das suas PPPs. Os fundos mobilizariam recursos sem criar endividamento e ao final das PPPs, os ativos formados pelos Fundos seriam revertidos ao patrimônio do setor público.

Os cotistas dos fundos de investimento para PPP - do país e do exterior – teriam isenção de IR sobre os rendimentos das operações durante o prazo da PPP. Como o valor do principal aportado só poderá ser retirado ao final da operação, também sobre ele não incidiria qualquer tributação.

A Medida Provisória nº 564/2012 que foi convertida na Lei 12.712 de 2012, autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos e Garantias S.A. - AGBF, cujas atribuições incluem a centralização da gestão dos fundos garantidores setoriais, e autoriza a União a participar de fundos garantidores de projetos de infraestrutura de grande porte.

Para incentivar o uso de fundos de investimento para alavancar as PPP, sugere-se a criação da Empresa Brasileira de Fundos (EBF), empresa de direito privado, com participação, por exemplo, da BNDESPar em até 51% do seu capital tendo como sócios os grandes fundos de investimento que precisam diversificar seus portfólios; seus custos seriam ressarcidos como despesas pré-operacionais quando da colocação das cotas.

Outra recomendação é de que riscos que as seguradoras efetivamente não têm capacidade ou apetite para oferecer cobertura como, por exemplo, risco geológico (que pode onerar o custo da obra) ser garantido através da AGBF. Sendo assim, quando ocorrer um sobre custo por esse tipo de risco sem cobertura, a função do fundo seria promover liquidez temporária até que haja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que a obra não pare.

4. CONCLUSÃO

As análises apresentadas neste trabalho visaram apresentar alguns fatores que caracterizam o setor público brasileiro.

Conforme observado no caso da Linha 18 – Monotrilho de São Paulo, o governo tem baixa capacidade para prospectar, estruturar e planejar projetos de qualidade na área de infraestrutura. Conforme visto, o grande motivador das PPPs é a incapacidade do setor público de gerar recursos para investimentos e, o que de fato, impede o avanço da mobilidade urbana nos grandes centros do país é o excesso de burocracia e o alto nível de processos desatualizados.

O maior desafio da Lei de PPP foi organizar um modelo juridicamente para que houvesse estabilidade, para que houvesse garantias de que o poder público cumpriria suas obrigações contratualmente pré-definidas e assumiria todos os riscos também pré-definidos.

A participação privada no setor de infraestrutura pode ajudar a elevar a produtividade desses serviços, dando impulso ao crescimento mais acelerado da economia brasileira e existe apetite e vontade para tal. Empresas privadas nacionais ou estrangeiras desejam investir no país, porém, com regras contratuais adequadas, onde o investidor se sinta seguro para fazer um investimento de 30, 40 ou 50 anos.

Em suma, são reiteradas abaixo as sugestões apresentadas e elencadas nos capítulos acima bem como alguns outros pontos de relevância:

- 1 - Introduzir um critério de escolha do vencedor da concorrência que decidisse não pelo menor preço do lance, mas sim pela qualidade técnica do projeto e melhor solução de longo prazo;
- 2 - Editar em âmbito federal e incentivar a edição de decretos estaduais e municipais regulamentando procedimento de PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse) para evitar o excesso de burocracia, porém observando sugestões propostas neste artigo;
- 3 – No que tange as Leis fiscais e os conceitos de “Project Finance” apresentados, aprimoramento e atualização dos processos a fim de desonerar custos adicionais fiscais e de financiamentos, conforme exposto;
- 4 - Permitir que o FGP (Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas) cubra e preste garantias ao ente privado sobre riscos atualmente não cobertos;
- 5 – Criar na unidade de PPP federal e nas unidades de PPP estaduais departamentos de apoio a Estados e Municípios, respectivamente;
- 6 – Geração de conhecimento (cartilhas e treinamento específico de gestores públicos na área de concessões e PPPs), minutas padrão e assessoria técnica e capacitação para estados e municípios;
- 7 – Consolidação de agências reguladoras de forma a prever capacitação e competência específica para atuar em PPPs, pois a perda da independência das agências reguladoras faz com que os investidores privados se retraiam. Não é possível manter estabilidade no longo prazo se a gestão dos contratos não estiver a cargo de agências reguladoras técnicas.

5. REFERÊNCIAS

ARTIGO “É preciso reforçar o papel do setor público nas PPPs” publicado por Saulo Krichanã Rodrigues no jornal “Valor Econômico” em Abril de 2013.

ARTIGO “Investidor pede projetos mais equilibrados” publicado por Azelma Rodrigues no jornal “Valor Econômico” em Março de 2013.

BANCO MUNDIAL, **PPPs in infrastructure conference (2007)**. Disponível em: www.worldbank.org.

BNDES: <http://www.bndes.gov.br/> - (ofício AS/BEURB nº 016/2014 de 07 de maio de 2014)

CAMPOS DE SOUZA, Mariana. **Parceria Público Privada – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA LINHA 6 – LARANJA DE METRÔ DE SÃO PAULO. **Concorrência Internacional Nº 001/2012 Processo STM Nº 000770/2012-PPP da Linha 6 – Laranja**

EDITAL DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 003/2013. **Concorrência Internacional Nº 003/2013 Processo STM Nº 000672/2013 - PPP da Linha 18 – Bronze**

FINNERTY, John D (1999). **Project Finance: Engenharia Financeira Baseada em Ativos**, Rio de Janeiro. Ed. Qualitymark.

GRILO, L. M. **Modelo de Análise da Qualidade do Investimento em Projetos de Parceria Público-Privada (PPP)**. 2008, 471 p. (Tese de Doutorado) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LEI FEDERAL nº 11.079 de 2004 (**Lei de Parcerias Público Privada**).

LEI FEDERAL nº 12.766 de 2012 (**Lei que altera a Lei Parceria Público Privada**).

LEI FEDERAL nº 8.666 de 1993 (**Lei de Licitações e Contratos Administrativos**).

LEI FEDERAL nº 8.987 de 1995 (**Lei de Concessões e Permissões**).

MACIEL ROCHA, Gustavo / MASCARENHAS HORTA, João Carlos - **Parcerias Público-Privadas: Guia Legal para Empresários, Executivos e Agentes de Governo. Prax, 2010**.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 575, DE 7 DE AGOSTO DE 2012, Altera a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/PPP>

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES: <http://www.transportes.gov.br/>

PARLAMENTO EUROPEU: <http://www.europarl.europa.eu/portal/pt> (Artigos 26º, 34º, 53º, 57º, 62º e 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE).

PASIN, J. A. B. **Caminhos e Desafios das PPPs Patrocinadas no Brasil**. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, nº.38, p.66-70, Dez.2012.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas Em Licitações E Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

SECRETARIA DE TRANSPORTES METROPOLITANOS DE SÃO PAULO (STM): <http://www.stm.sp.gov.br/>

SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE SÃO PAULO: <http://www.planejamento.sp.gov.br/>