

Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP

**Gargalos nos
Investimentos em Infraestrutura**

Luís Felipe Valerim Pinheiro

26 de maio de 2014

AGENDA

- **Dificuldades relevantes nos projetos de infraestrutura**
- **Aprimoramentos no processo de planejamento das obras**
 - “Banco de Projetos”, PMIs, controle pelos Tribunais de Contas
- **Compartilhamento de Riscos em Contratos de Concessão**
 - Ex.: Risco de duplicação de infraestrutura, desapropriação e socioambiental
- **Atualidades na formatação das licitações de infraestrutura (MPV 630/13)**
 - Ajustes na Contratação Integrada, a “Mini Concessão” do RDC, *Completion Bond*
- **Outros aspectos relevantes para gestão adequada das concessões**
 - Competidores efetivamente aptos, indenização de ativos reversíveis, solução de conflitos
- **Pontos de atenção para aprimoramentos**

Dificuldades relevantes nos Projetos de Infraestrutura

➤ Diagnóstico da execução dos projetos:

- ✓ Cronogramas exíguos para a modelagem dos projetos resultam:
 - Inadequação dos projetos de engenharia e EVTEs
 - Segurança e suficiência das informações para os interessados
 - Readequações de projetos e pedidos de revisão contratual
- ✓ Alocação inadequada de riscos no contrato, com repercussão:
 - ✓ Aumento de custos do projeto (Poder Público e/ou Usuário).
 - ✓ Dificuldade para obter “*funding*” e garantias viáveis
 - Exemplos: desapropriações, com questionamentos de valor no Poder Judiciário, e riscos ambientais

Dificuldades relevantes nos Projetos de Infraestrutura

➤ Diagnóstico da execução dos projetos:

- ✓ Análise de Editais perante o Tribunal de Contas da União (TCU)
- ✓ Contratação com projetos básico/executivo de baixa qualidade:
 - Readequação na execução da obra com implicações em custos e cronograma
- ✓ Morosidade em procedimento de licenciamento ambiental, inclusive com a outorga de obras inviáveis (ausência de LP)
- ✓ Ocorrência de fatos efetivamente imprevistos – procedimento moroso para revisões contratuais e solução de divergências
- ✓ Atrasos ou baixa qualidade na execução das obras por empresas inidôneas

Planejamento e Controle dos Projetos de Infraestrutura

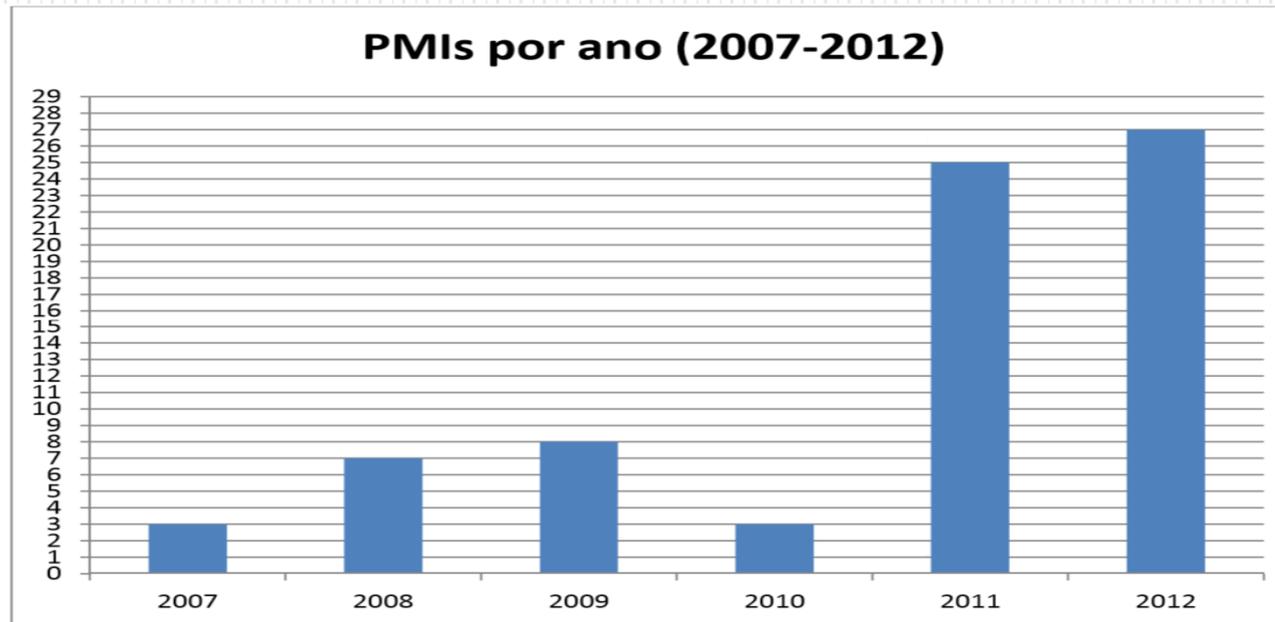
➤ Criação da cultura do “Banco de Projetos”:

- Medida de gestão pública para contornar a pressão dada pelo calendário eleitoral.
- Órgãos e instituições capacitadas e focadas em gerar informações, projetos e monitoramento dos setores de infraestrutura. Exemplos:
 - ✓ Secretaria do PAC/MPOG
 - ✓ Empresa de Planejamento e Logística – EPL/MT
 - ✓ Empresa de Pesquisa Energética – EPE e Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico
- Contornar o “drama” da contratação de estudos e projetos pelo Poder Público. Ex.: contratação de instituições multilaterais (IFC), de instituições estrangeiras respaldada em acordos bilaterais entre os países, modelo EBP, doação de projetos e estudos, inexigibilidade de licitação.

Planejamento e Controle dos Projetos de Infraestrutura

➤ Diálogo institucional entre setores público e privado :

- Poder público deve estar permeável à participação privada – transparência
- Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI (atual Decreto 5.977/06)

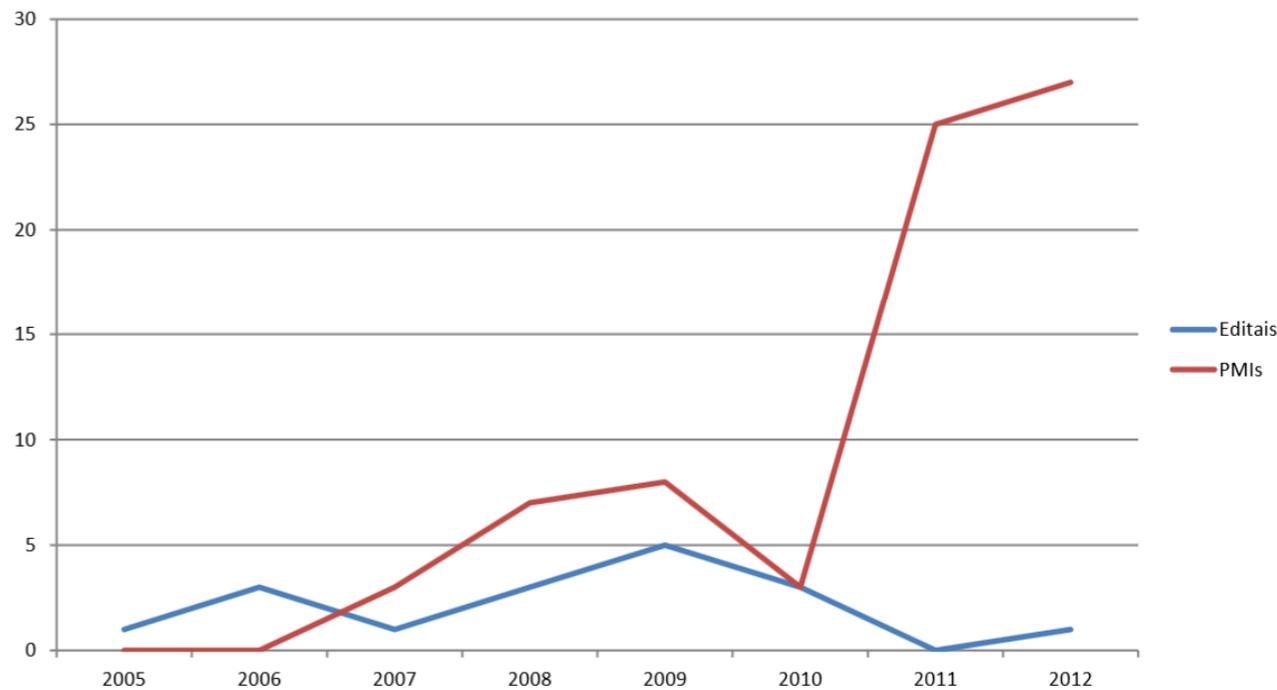


Fonte: Bruno Ramos Pereira. Observatório das PPPs

Planejamento e Controle dos Projetos de Infraestrutura

➤ Diálogo institucional entre setores público e privado :

- Contexto sobre as PPPs



Fonte: Bruno Ramos Pereira. Observatório das PPPs

Planejamento e Controle dos Projetos de Infraestrutura

➤ **Diálogo institucional entre setores público e privado :**

- **PMI está em risco:**
 - ✓ Em virtude de discussão – TCU (caso do setor portuário X EBP)
 - ✓ Crítica 1: ausência de transparência e isonomia na seleção das empresas autorizadas
 - ✓ Crítica 2: ausência de compromisso do Poder Público em colocar o projeto em licitação
- Neste momento, deve haver uma avaliação cautelosa sobre os projetos a serem desenvolvidos pelos privados (efetivamente prioritários)

Planejamento e Controle dos Projetos de Infraestrutura

➤ Diálogo institucional entre setores público e privado :

- Medidas de aprimoramento das PMIs pelo Poder público:
 - ✓ Abertura para projetos efetivamente prioritários (alta autoridade)
 - ✓ Corpo técnico capacitado e suficiente para analisar os estudos
 - ✓ Ampla divulgação do procedimento
 - ✓ Adequada delimitação de escopo, critérios de indenização e de emissão de autorização
- PMI é instrumento célere para desenvolvimento dos estudos e projetos de concessões e PPPs, de forma a reduzir assimetrias de informação.
- Melhor cenário: edição de nova regulamentação sobre PMI, inclusive com a disciplina sobre:
 - a abertura de processos por iniciativa dos particulares
 - a propriedade sobre os estudos não aprovados.

Planejamento e Controle dos Projetos de Infraestrutura

➤ **Diálogo institucional entre setores público e privado :**

- Além do PMI, participação pode se dar:
 - ✓ A qualquer momento, perante o órgão competente na fase de elaboração do projeto
 - ✓ Por meio de contribuições em Consultas Públicas acerca dos Editais

➤ **Atuação específica dos Tribunais de Contas**

- Atuação voltada para a correção de desvios técnicos comprovados
- Cautela na intervenção sobre premissas econômicas que serão tratadas adequadamente via processo licitatório competitivo
- Não haver a substituição do papel do órgão contratante e dos reguladores. Foco na interação com os órgãos licitantes (ex.: procedimentos de anuência prévia)
- Como última “*ratio*”, representação contra os Editais pelos interessados nas licitações

(ex.CESP: Usina de Três Irmãos x Eclusas e Canal Pereira Barreto)

Compartilhamento de Riscos em Contratos de Concessão

➤ Importância da alocação de risco na formação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão:

$$(B1 + B2 + B3...) + (R1 + R2 + R3...) = (O1 + O2 + O3...) + (C1 + C2 + C3...)$$

B = Benefícios

R = Receitas

O = Ônus

C = Custos

Compartilhamento de Riscos em Contratos de Concessão

➤ Importância da alocação de risco na formação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão:

$$\text{~~(B1 + B2 + B3...)} + \text{~~(R1 + R2 + R3...)} = \text{~~(O1 + O2 + O3...)} + \text{~~(C1 + C2 + C3...)}~~~~~~~~$$

$$\text{OBJETO} + \text{RISCOS} = \text{REMUNERAÇÃO}$$

Compartilhamento de Riscos em Contratos de Concessão

- Todo contrato possui matriz de risco (explícita ou implícita)
- O “Dogma da Alocação de Riscos por Lei”:
 - Lei 8.666/93 colocaria todos os riscos sobre o Contratante?
 - Lei 11.079/04 preveria a “repartição igualitária” de riscos?
- Alocação indevida de riscos contratuais propicia:
 - Aumento dos custos para os usuários (ineficiência)
 - Aumento dos prêmios cobrados pelos investidores
 - Aumento dos valores dos seguros
 - Redução da financiabilidade dos projetos

Compartilhamento de Riscos em Contratos de Concessão

- Critérios para atribuição contratual eficiente de riscos:
 - Aquele que tem **maior capacidade** de gestão do risco ou de suas conseqüências
 - Aquele que possui **menor custo** de gestão do risco ou de suas conseqüências
(ex.: risco de atraso na obra ou disponibilidade do serviço ao Contratado)
(ex.: risco de interferências nas obras ao Contratado)
 - Aquele que não pode repassar as perdas decorrentes da materialização do risco (ex.: transferência do custo para preço)
 - Ao Estado, quando não houver cobertura no mercado o prêmios forem proibitivos.

- Evolução dos contratos públicos = Repartição Objetiva de Riscos

Compartilhamento de Riscos em Contratos de Concessão

➤ Alguns exemplos de alocação equivocada de riscos ao Concessionário:

- Duplicação de infraestrutura por ato do Poder Público
 - ✓ Quebra de confiança legítima, disposição leonina e onerosidade excessiva
 - ✓ Renegociação de contratos ou solução legal
 - ✓ *Leading case?*
- Riscos socioambientais não controláveis (passivos ambientais e desapropriações)
 - ✓ Resultante final é usuário e Poder Público pagarem mais caro
 - ✓ (ex.: ferrovias e rodovias = corte de valor)
- Atribuição de riscos desconhecidos a uma das partes
 - ✓ Impede a sua caracterização como fato imprevisto e tratamento negociado para o caso concreto

Atualidades na Formatação das Licitações de Infraestrutura

- Medida Provisória 630, de 24 de dezembro de 2013:
(**versão original**)
 - Ampliava o RDC para presídios e unidades de atendimento socioeducativo
 - “Garantias” compatíveis com o setor privado
(ex.: DNIT e INFRAERO)
 - Contratação Integrada apenas em projetos com:
 - Inovação tecnológica, **OU**
 - Possibilidade de execução com metodologias diferentes ou de domínio restrito
 - Retirada da obrigatoriedade de julgamento por técnica e preço

Atualidades na Formatação das Licitações de Infraestrutura

➤ Síntese - diagnóstico de execução de seguros pelo Poder Público:

- Índice elevado de obras paralizadas/atrasadas de todos os portes
- Em parte relevante dos casos, inexecução ocorre por problemas econômico-financeiros das empresas contratadas
- Seguradoras não são chamadas a indenizar, pois não há fiscalização efetiva do execução do contrato (ex.: ausência de renovação de apólices e de instrução dos processos de sinistro)
- Nas poucas hipóteses em que estava caracterizada uma potencial situação de sinistro, havia excludentes de responsabilidade nas apólices

Atualidades na Formatação das Licitações de Infraestrutura

- Medida Provisória 630/2013 – RDC (Versão Senado):
 - Foi proposto o seguro “*completion bond*” para obras:
 - Modalidade “seguro garantia”
 - Retomada da obra sob responsabilidade da seguradora
 - Empreiteira deve ser aprovada pelo contratante (similar ao “step in” em concessões) – qualificação técnica e econômico-financeira?
 - Valor da garantia entre 10% e 30% do valor estimado do contrato
 - ✓ Garantia de 30% do valor estimado para obras acima de R\$ 100 milhões, complexas ou de risco financeiro considerável

Outros Pontos Relevantes para as Concessões

- Delimitação adequada do universo de competidores/proponentes:
 - Tema crescente: restrições competitivas em editais (ex.: aeroportos, portos, obras?)

 - Dilema:
 - ✓ Teoria da Captura ou Corrupção
 - ✓ Barreiras à competição
 - ✓ Aumento potencial de conluíus (prova difícil e piores propostas)

Outros Pontos Relevantes para as Concessões

- Delimitação adequada do universo de competidores/proponentes
 - Instrumentos:
 - Pré-qualificação ou Pré-qualificação permanente (RDC)
 - Qualificação técnica-operacional (empresa)
 - ✓ Em mercados não maduros ou projetos singulares, é importante a exigência de capacidade técnico-operacional alinhada com as peculiaridades do projeto
 - ✓ Não basta a capacidade financeira e técnico-profissional (setores maduros)
 - Restabelecimento do julgamento por “técnica e preço”
 - ✓ Abolir a aplicação de atestados de experiência nesta fase
 - ✓ Reconhecer a necessidade de disciplina de critérios para julgamento
 - ✓ Inexorável um grau mínimo de subjetividade (motivação)

Outros Pontos Relevantes para as Concessões

- A questão da indenização por investimentos não amortizados
 - Não há cultura no Brasil de extinção das concessões (ex.: prorrogações sucessivas).
 - A disciplina tradicional aberta em lei e no contrato. Ausência de definição sobre:
 - ✓ Rol de bens reversíveis
 - ✓ Critérios de amortização/depreciação
 - O tratamento mais atual: vedação de indenização ao término da concessão:
 - ✓ Alto custo regulatório na fiscalização pelo Poder Público (incentivos)
 - ✓ Tendência de concessionário evitar ao máximo a realização do investimento
 - ✓ Prejuízo à qualidade do serviço e litígio provável

Outros Pontos Relevantes para as Concessões

➤ Aprimoramentos na disciplina da solução de litígios:

- A “cultura do litígio”:
 - Aproveita ao devedor
 - Incentivos negativos para descumprimentos contratuais
- Uso efetivo da arbitragem para:
 - Questões econômico-financeiras e de fato decorrente da execução dos contratos
 - Possibilidade de rescisão pela concessionária em caso de inadimplemento do Poder Público (art. 39 da Lei 8.987/95)
 - Avaliação do foro adequado (ex.: Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal /CCAF (AGU)?)

Pontos de Atenção

- **PL – Comissão Especial para Modernização da Lei de Licitação e Contratos no Senado Federal:**
 - ✓ Acompanhamento da tramitação nas Comissões do Senado Federal
 - ✓ Formulação de contribuições/emendas
- **Aprimoramentos na regulamentação das PMIs**
 - ✓ Priorização de projetos pelo Poder Público
- **Proposta de “matriz de risco – padrão”**
 - ✓ Proposta de alocação de principais riscos
(socioambientais, desapropriação, alteração de demanda, etc.)
- **Instrumentos para aumento de segurança jurídica**
 - ✓ “*Dispute boards*” e arbitragem nos contratos públicos

Pontos de Atenção

- **Aprimorar processos de licenciamento ambiental:**
 - ✓ Definição de projetos prioritários
 - ✓ Centralização de processos em estrutura administrativa única
 - ✓ Prazos pré-definidos, com responsabilização
- **Definição de contornos do controle por Tribunais de Contas**
 - ✓ Definição de aspectos passíveis de análise e foco em resultados
 - ✓ Controle prévio como exceção
 - ✓ Definição de prazos para manifestação

Obrigado!

Luís Felipe Valerim Pinheiro

valerimpinheiro@vpbg.com.br

VPBG Advogados – São Paulo/SP

Rua São Tomé, 86 – 17º andar

São Paulo, SP – 04551-080

www.vpbg.com.br

VPBG Advogados – Brasília/DF

SAUS, Qd. 04, Bloco A, Sala 1204

Brasília, DF – 70070-040

www.vpbg.com.br