

■ DIREITO E MERCADO

P de polêmica, a letra que pode juntar-se à sigla PPP

Cláudio Maurício Freddo *

Se tem três vezes a letra "p", no Brasil a sigla pode ter uma quarta, por que não? PPP de parceria público-privada, PPPP de polêmica parceria público-privada. Quatro vezes a letra "p". Por que se escreve "no Brasil"? Ora, porque — como já sabem os leitores — PPP é a sigla de public private partnership, que — também como já sabem os leitores — tem origem no país que no século XIX inventou o futebol e agora, em uma área totalmente diferente, mais uma vez exporta novidade, em vias de desembarcar no território nacional por meio de uma lei cujo projeto, a esta altura, já tramita há quase 13 meses no Congresso Nacional. É mesmo polêmica a PPP? Resposta: sim, é. Tome-se um único dado como referência: na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado — segunda das três comissões daquela casa legislativa pelas quais deve obrigatoriamente passar —, o projeto, sob a batuta do relator, senador Valdir Raupp, recebeu nada menos que 102 propostas de emendas. Por extenso: cento e duas. Se considerarmos que estamos diante de uma lei cuja proposta atual tem apenas 30 artigos, a conta é simples: só na CAE o projeto recebeu uma média de 3,4 propostas de emenda por artigo...

A excitação que dominou o ano de 2004 em torno da PPPP teve muito mais a ver com uma expectativa de certos prestadores de serviços quanto à possibilidade de lucros compatíveis com aqueles dos anos de ouro da privatização — eis que 2003 tinha sido um ano de vacas, digamos, magras — que com o desejo daqueles profissionais em, com maturidade, refletir a respeito de uma nova forma de contratação entre administração pública e particulares. Chegou-se a um ponto em que muitos apostaram que a lei federal estava na iminência de ser aprovada sem sequer notar que, tal como então redigida, poderia ser facilmente questionada nos tribunais. O cenário parece estar se revertendo no Senado

Bem mais que meramente trazer mudanças às Lei de Licitações e Lei de Concessões — como se tornou clichê dizer e ouvir —, a PPP significa em terra brasileira o ponto em que o direito anglo-saxão adentra campo até então dominado pela influência dos administrati-

Polêmica	Situação atual no trâmite legislativo
Precedência de pagamentos	Excluída
O que pode ser PPP	(1) Concessão de serviços públicos ou de obras públicas, (2) contrato de prestação de serviços de que a administração seja a usuária direta ou indireta
O que não pode ser PPP	(1) Fornecimento de mão-de-obra, (2) fornecimento e instalação de equipamentos, (3) execução de obra pública
Valor mínimo da PPP	R\$20 milhões
Prazo do contrato de PPP	Nunca inferior a 5 anos, nunca superior a 35
Lei de Responsabilidade Fiscal	Condição sine qua non
Transparência	É obrigatória a consulta pública quanto ao teor do edital e do contrato
Hipóteses de caso fortuito e força maior	Risco Compartilhado entre público e privado
Sociedade de Propósito Específico	Obrigatoriamente controlada pelo privado

vistas franceses. No mundo em que viveu, Hely Lopes Meirelles não poderia conceber algo semelhante. Explicação ao leitor de fora da área jurídica: Hely, como é carinhosamente chamado ainda hoje entre juizes, promotores e advogados, é — fato inconteste — o pai do direito administrativo pátrio. No tempo de sua produção intelectual como jurista, entretanto, não se admitiam inovações importantes que aparecem incorporadas no projeto da lei federal de PPP. Não havia que se falar, por exemplo, em compartilhamento de risco entre o privado e o setor público. Com isso se explica, muito grosso modo, a razão da polêmica PPP: leva ao campo do direito administrativo tendências universalmente reconhecidas como irreversíveis, porém dissonantes de um modelo até aqui vigente. Genericamente, cita-se a influência daquilo a que se popularizou denominar "diminuição do Estado". Especificamente, não se pode deixar de mencionar o aumento da liberdade para a administração pública negociar contratos, condição típica de particulares. Esse aspecto é um dos exemplos em que o direito anglo-saxão — contratualista por excelência — se infiltra na rígida estrutura do contrato administrativo de origem francesa, até agora uni-

Sem exceção, geraram polêmica ao longo da tramitação — ainda em andamento — todos os itens da lista acima, que não se pretende exaustiva. Com o objetivo de manter os leitores atualizados, apresentamos a situação atual do tema. Quer dizer: trata-se de informação tal como na última versão do projeto, aprovada na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado.

É inquestionável que o texto do projeto vem adquirindo, no Senado, uma respeitável maturidade, pelo menos sob a ótica jurídica, aos poucos deixando para trás, felizmente, versões que, não sem razão, provocaram frio na espinha de administrativistas de ilibada reputação. Por exemplo, o Senado fez o devido cotejo com a Lei de Concessões e, assim, eis que temos dois conceitos novos, a saber, os de concessão administrativa e concessão patrocinada.

O estudo da PPP exige bastante. Não se escreveu neste texto, por exemplo, de conceitos absolutamente novos, como a criação do órgão gestor, a constituição do fundo garantidor e a iminente incorporação no direito administrativo brasileiro dos princípios do step in rights, para ficarmos em apenas três exemplos tomados aleatoriamente. Voltaremos ao tema.

* Advogado especial
na área de Direito Administrativo

Arbitragem conquista seu espaço

Cláudio Maurício Freddo*

"O Natal chegou antes" ao Senado, ironiza da tribuna o decano da oratória Pedro Simon. É referência ao espírito de união entre PT e os partidos de oposição, inclusive PSDB e PFL, para aprovar em plenário o projeto de lei de parceria público-privada. Já madrugada de quarta-feira, o líder do governo, senador Aloizio Mercadante, informa que, durante a votação, tinha recebido telefonema do presidente Lula — que acompanhava passo a passo o debate dos senadores. É inegável que, ao longo de seu aprendizado de como ser governo federal — e como transformar projetos em leis sem se valer de medidas provisórias —, os atuais ocupantes do Palácio do Planalto vivem na PPP experiência das mais enriquecedoras. Procure, leitor, notícias a respeito. Encontrará, no noticiário de fevereiro de 2004, declarações importantes sobre a perspectiva de que o projeto de lei viesse a ser aprovado no Congresso "nas próximas semanas". Veio a público, porém, o escândalo Waldomiro Diniz, insuficiente para mudar o rumo da agenda do governo nas casas legislativas: — forte o bastante, porém, para atrasá-la. Se por um lado o atraso frustrou ansiedades de naturezas várias, por outro colocou a PPP em um rumo tal que entrará no ano novo bem melhor do que começou 2004. Fruto do debate, a redação da lei que sai do Senado é bastante diferente daquela que entrou. Durante a votação em plenário, sobram elogios ao trabalho do senador Tasso Jereissati, em larga medida responsável não só por questionar vários aspectos inconsistentes do projeto original, como também por implementar mudanças. Com o frágil argumento de que vivemos a era das metáforas de longo alcance, toma-se a liberdade, talvez indevida, de se escrever que o projeto de lei da polêmica PPP começa 2005 com o pé direito. Uma das últimas lapidações tinha sido feita no começo deste mês de dezembro, quando a Comissão de Constituição e Justiça melhorou, por exemplo, a redação do artigo que trata da arbitragem. Ponto positivo para a CCJ. O mercado agradece — eis que, para dizer o mínimo, era de um anacronismo assustador a redação que vedava a participação de árbitros estrangeiros em arbitragens de contratos de parcerias público-privadas.

Arbitragem é o tema de hoje. Pergunta básica: é importante que a lei das PPPs inclua referência expressa à possibilidade de arbitragem? Óbvio resposta: sim. Primeiro, por uma mera questão de prazo. Sim, prazo, por que não? O investidor estrangeiro enxerga na demorada justiça brasileira um fator adicional de risco — situação, que, naturalmente, aumenta o custo de um empréstimo.

Abre-se parêntese para a reforma do Judiciário, tema correlato obrigatório. Passará um lapso de tempo considerável antes que possamos avaliar e sentir, no nosso dia-a-dia, os efeitos da hercúlea tarefa de reforma do Poder Judiciário empreendida pela administra-

Recente evolução da arbitragem no Brasil		
A novidade	Origem	Data
Instituída a arbitragem com a moderna leição atual	Lei Federal 9.307	23/09/1996
Menção indireta à arbitragem para contratos de concessão de telecomunicações	Lei Federal 9.472, artigo 93, inciso XV	Julho de 1997
As regras sobre conciliação e arbitragem internacional são cláusula essencial nos contratos de concessão na área de petróleo e gás natural	Lei Federal 9.478, artigo 42, inciso X	Agosto de 1997
Certas divergências dentro da sociedade anônima podem ser resolvidas por arbitragem	Lei Federal 10.303, que alterou, entre outros, o artigo 109 da Lei de Sociedades Anônimas	Outubro de 2001
O uso de arbitragem não viola o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário — de forma simplista, pode-se dizer, com outras palavras, que a arbitragem não é inconstitucional	Maio do plenário do Supremo Tribunal Federal	Dezembro de 2001
Ratificação da adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque	Decreto Legislativo 52, do Congresso Nacional e Decreto Federal 4.311	Abril e julho de 2002
No setor elétrico, empresas públicas e sociedades de economia mista estão autorizadas a aderir à convenção de arbitragem da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE	Lei Federal 10.848	Março de 2004

ção federal. A esta altura, poucos têm a ilusão de que tornará o paciente 100% são. Entretanto, tem-se como certo que, no mínimo, diminuirá os sintomas da doença — a saber, a lentidão, consagrada no eufemismo "morosidade". Reforma à parte, o fato é que o Judiciário termina 2004 tão lento como talvez jamais esteve. Tome-se o Estado de São Paulo como exemplo: se as decisões de primeira instância são razoavelmente rápidas, passam-se três ou até quatro anos antes que um processo seja meramente distribuído em segunda instância. Fecha-se o parêntese, não sem antes observar-se que, para um Judiciário vagaroso, espera-se que a arbitragem surja como solução. Estabelece-se um risco a menos — ou tem-se, ao menos, um risco atenuado —, seja para o investidor propriamente dito, seja para o banco ou organismo multilateral que emprestará a empresa-projeto de PPP.

A arbitragem, aos poucos, conquista no País o espaço que merece. Sempre haverá o jurista a nos lembrar que existe no direito brasileiro desde as Ordenações do Reino, mas fato é que, na prática, pouco se a utilizou no passado. Tem menos de 10 anos a lei que a moderniza, mas o mercado passou a vê-la com melhores olhos somente depois de evoluções bastante recentes. Tais informações po-

dem ser ligeiramente resumidas em uma tabela.

O leitor de fora da área jurídica talvez não tenha interesse pelos detalhes da tabela, a exemplo do número das leis e dos artigos aplicáveis, mas, independente de tais minúcias, importantes para o estudioso do direito, interessa observar que, inequivocamente, tende a crescer a importância dos mecanismos privados de resolução de disputas, gênero do qual a arbitragem é espécie. Em inglês, tais mecanismos são conhecidos como "alternative dispute resolution".

Imaginar, todavia, que a simples inclusão da arbitragem em leis federais resolva a questão de vez seria não dar a devida atenção a aspectos que, nos últimos anos, geraram polêmica. Destaca-se, especialmente, a discussão quanto à participação de empresas públicas em arbitragem, eis que somente direitos disponíveis podem ser objeto de mecanismo privados de solução de controvérsia. Não é outra a razão pela qual fez-se questão de frisar, na tabela, as legislações que envolvem direito público, como as de telecomunicações, petróleo e do setor elétrico — e, agora, a parceria público-privada, PPP, cujo projeto de lei volta para a Câmara Federal.

Voltaremos ao tema.

* Advogado Especial para Gazeta Mercantil

■ DIREITO & MERCADO

CLÁUDIO MAURICIO FREDDO*

Forte como um tsunami

Faltava pouco para o ano acabar, condição insuficiente para fazer o presidente Lula hesitar. Primeiro, envolveu-se direta e pessoalmente na aprovação do projeto de lei de PPP tanto no Senado quanto na Câmara. Era véspera de Natal. Em seguida, cuidou de providenciar respeitável fundamentação de veto a dois incisos do projeto que, então já profundamente alterado, voltava-lhe às mãos, quase 14 meses depois de tê-lo enviado ao Congresso Nacional, ainda em seu primeiro ano de governo. Ato contínuo, o presidente sancionou a nova lei. Era véspera de ano novo.

◆ Curta e grossa

O País acorda em 2005 com mudanças viscerais em seu direito administrativo. Recebeu o número 11.079 a lei federal que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada”. Porque tem apenas 30 artigos, pode-se dizer que é curta. Porque faz referência expressa à Constituição Federal, a uma lei complementar, a outras oito leis federais ordinárias e a três decretos-leis, pode-se adjectivá-la complexa.

◆ Para o mercado

financeiro, melhor que antes Pela primeira vez, uma lei de direito administrativo brasileira expressamente reflete preocupações do investidor privado e de quem lhe garante os empréstimos que toma, seja banco público ou particular, um conjunto deles — em inglês, “syndicate” —, ou organismo financeiro multilateral, como Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento, o JBIC-Japan Bank for International Cooperation ou a norte-americana OPIC-Overseas Private Investment Corporation.

◆ PPP é concessão

Não se pode perder de vista, em nenhum momento, que no Brasil parceria público-privada é sinônimo de concessão. Com a lei de PPP, passamos a ter três tipos de concessão. Aquela tal como a conhecemos passou a ser tecnicamente denominada “comum”, que não se confunde com PPP e em nada se sujeita à nova lei. São concessões comuns todas as que atualmente existem no País. Nasceram agora duas novas modalidades — ambas PPP —, a saber, “administrativa” e “patrocinada”

◆ A concessão administrativa

Será sempre um contrato de prestação de serviços cujo usuário, direto ou indireto, é a administração pública. Pode ser simples prestação de serviços ou, adicionalmente, incluir a construção de uma obra, bem como fornecimento e instalação de bens

◆ A concessão patrocinada

O conceito já foi objeto de crítica por parte de pessoas e setores mal informados. A possibilidade de que desperte polêmica exige que, na prática, venha a ser muito bem desenhada. A concessão patrocinada será em grande parte semelhante à concessão comum. O teste para identificar a patrocinada aparece no próprio texto da lei de PPP: “quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. Em outras palavras: o cidadão será beneficiário de determinado serviço sob uma PPP mesmo em projetos economicamente inviáveis. A determinação do valor da tarifa não levará em conta apenas aspectos econômicos, hipótese em que a tarifa atingiria patamares absurdos. Consideram-se também aspectos sociais e, assim, mantém-se a tarifa em valores acessíveis ao cidadão comum. Para que o parceiro privado possa gozar do seu direito ao retorno sobre o investimento, recebe pagamentos diretamente do parceiro público. Tais pagamentos são um complemento à tarifa “social”, de valor reduzido, cobrada do usuário direto dos serviços. A concessão é, portanto, patrocinada

◆ “Step-In Rights”

Finalmente, essa noção clássica do direito anglo-saxão está na nossa lei, embora não em sua forma mais pura, exclusivamente contratual. Explicação sintética: é prática no mercado internacional de PPP o financiador requerer o direito de assumir o controle da empresa-projeto, para a qual empresta dinheiro, no cenário em que tal empresa entre em inadimplência. Mal comparando, seria como uma intervenção federal em uma administração estadual suspeita. Outra comparação elucidativa: uma intervenção do Banco Central em um banco mal administrado. Os “step in rights” da lei brasileira de PPP representam uma combinação do “step in” puro, unicamente contratual, com o modelo até agora vigente para as concessões comuns, em que a decisão de transferência de controle cabe exclusivamente à ad-

ministração pública e nunca beneficia o financiador. Na PPP brasileira, o contrato deverá especificar as hipóteses e condições em que o financiador poderá, com anuência da administração, assumir o controle da empresa-projeto. Observação importante: o “step in” é sempre uma escolha do financiador, não uma obrigação. Quer dizer: verificadas certas condições da inadimplência, pode o financiador exercer ou não a opção de assumir o controle da empresa-projeto.

◆ De olho no mercado de capitais

Sabe-se que o sucesso de um programa de PPP depende de um mercado de capitais forte. Não se pretende comparar a movimentação da Bovespa à da Bolsa de Nova York. Comemore-se, entretanto, o crescimento de nossas emissões em 2004. Atento à possibilidade de a empresa-projeto de PPP ir ao mercado de capitais buscar recursos, o legislador fez questão de deixar literalmente registrado na lei: a empresa-projeto “poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos e negociação no mercado”. A rigor, essa hipótese não precisaria estar na lei de PPP, eis que, redundante, é, crever, a lei de 1976 já facultava qualquer sociedade anônima a alternativa de vender publicamente ações ou papéis de dívida.

◆ Governança corporativa

Novidade louvável da lei federal de PPP é a referência expressa à necessidade de a empresa-projeto estar obrigada a “obedecer a padrões de governança corporativa”. O conceito é vago e impreciso; argumentarão alguns. Estão certos. Qualquer pessoa que vive o dia-a-dia da sociedade anônima aberta sabe exatamente o quanto pode gerar debate a expressão “padrões de governança corporativa”. Parece evidente que o legislador tenha desejado escrever “padrões de boa governança corporativa”. A lei societária não se refere ao conceito. Existe o manual da CVM. Sabe-se, é claro, que manual não é lei. A simples menção na lei de PPP, todavia, já é saudável. No mínimo, vai acalorar o debate. Outros pontos altos da lei federal de PPP são a licitação e o FGP-Fundo Garantidor das Parcerias. Merecerão capítulo à parte, a exemplo de outros aspectos abordados hoje. Voltaremos ao tema.

*Advogado

Especial para a Gazeta Mercantil

PPP: ainda falta bastante

Cláudio Maurício Freddo*

Continua em gestação o marco regulatório federal das PPP. Que a sanção da lei nos estertores de 2004 foi um avanço respeitável, é inequívoco. O que se tem pela frente, porém, não é pouco. Haverá decreto regulamentador — provavelmente mais de um. Sendo os financiamentos um dos pilares em que virá a se assentar a infra-estrutura das PPP, interessa saber que serão emanadas normas do Conselho Monetário Nacional e da Secretaria de Tesouro Nacional. Conteúdo relevante estará também nos próprios editais, que serão especialmente importantes para estabelecer o procedimento licitatório. Aliás, como sempre foram.

Na Inglaterra

A disputa entre os parceiros privados é acirrada onde quer que haja administração pública querendo contratar particulares. Cabe a essa administração, pois, determinar as regras para identificar o parceiro privado que melhor atenda às necessidades do público. A Inglaterra, berço das PPP, refere-se a essa questão como "procurement issues". O dicionário ensina que "procurement" é o procedimento de obtenção de suprimentos, em especial para o governo. Lá a forma de contratação sempre foi bem diferente daqui. Em uma PPP, é possível um particular propor alteração de várias condições do contrato mesmo depois de ter sido declarado vencedor do processo seletivo. Não que tal seja aceito passivamente pelos demais concorrentes. Entretanto, é possível. Entre nós, tal hipótese não existe.

Licitação de PPP brasileira é sempre concorrência

Tecnicamente, licitação é gênero. Sabe o advogado — mas não o profissional de fora da área jurídica — que suas espécies são o convite, a tomada de preços, o concurso, o leilão, o pregão e a concorrência. Essas modalidades são todas velhas conhecidas daqueles que contratam com a administração. Qual é a modalidade para PPP? Resposta: por lei, a licitação de PPP será sempre uma concorrência.

Como é segundo a Lei de Licitações de 1993

A concorrência tradicional é famosa por sua rigidez — que, não poucas vezes, chegou aos tribunais. Por exemplo, uma licitação de melhor técnica e preço, em grosseira explicação, funciona assim: em dia e hora estabelecidos

no edital, os licitantes entregam à administração três envelopes fechados. No primeiro, documentos jurídicos. No segundo, a proposta técnica. No terceiro, o preço. No conteúdo de tais envelopes não se mexe em nenhuma hipótese. Como está, fica. Uma falha formal, como a falta de certa assinatura exigida pelo estatuto do próprio licitante, é suficiente para eliminá-lo ainda na primeira fase, da habilitação — isto é, ainda no primeiro envelope. A respeito, duas teses desenvolveram-se nos tribunais. Uma contra e outra a favor do formalismo em excesso. Ambas têm bons argumentos — fato que, na prática, conduz certas disputas a se arrastar exageradamente em nossos sucessivos recursos judiciais.

Como é na Lei de PPP

A concorrência ganha ares de modernidade, por mais de uma razão. Primeiro, porque dá ao licitante espaço para sanear falhas na documentação, solução inconcebível segundo a lei de licitações. Segundo, permite a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Terceiro, define certos critérios para lances em viva voz. Quarto, louvável, aumenta a transparência do processo licitatório. Observação importante: vários aspectos da concorrência pela lei de PPP são fiéis ao modelo de licitações do Banco Mundial. Não é à-toa, já que tal banco certamente dará recursos e poderá, eventualmente, conceder garantias nas PPP brasileiras.

Novidade 1 da licitação de PPP: o saneamento de falhas

O legislador foi feliz na redação: "O edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento". Em outras palavras: a lei de PPP coloca um ponto final na possibilidade de disputas judiciais envolvendo detalhes formais de documentos submetidos à administração. Ponto positivo.

Novidade 2: inversão das fases

Na concorrência da lei de licitações, a administração só aceita analisar proposta técnica e preço de quem satisfaz os requisitos de habilitação. Por "habilitação", entende-se: correta apresentação de documentos comprovantes da existência do licitante, como o contrato social e, por exemplo, certidões negativas de débitos tributários. Se não está habilitado, sequer pode o

concorrente apresentar seu preço. Na lei de PPP, está aberta a possibilidade para o contrário: o licitante apresenta sua proposta técnica e de preço. Se for vencedor, submete seus documentos. Se a documentação não estiver em ordem, a administração convoca o segundo colocado. É por isso que, no jargão jurídico, fala-se em "inversão das fases". Com essa saída, a lei de PPP empresta à concorrência característica típica do pregão.

Novidade 3: lance em viva voz

Vários leilões de privatização aconteceram segundo uma das duas hipóteses de apresentação de proposta econômica estabelecidas pela lei de PPP: o preço poderá ser entregue por escrito e, em seguida, em lances de viva voz. O mecanismo para as PPP, porém, é bem mais engenhoso que aquele das privatizações. Primeiro, identifica-se a melhor proposta escrita. Ato contínuo, apura-se quem são os licitantes dentro de um raio de até 20% daquele melhor preço — e esses participam da disputa em viva voz. O primeiro a fazer o lance em viva voz é o último classificado segundo o critério dos 20%. Quem apresentou a melhor proposta por escrito será, portanto, o último a dar o lance em alto e bom som. E assim sucessivamente, até que se tenha o vencedor. Com esse caminho, a lei de PPP dá à concorrência característica do leilão.

Novidade 4: mais transparência

Se há uma inovação que merece elogios é essa, sem sombra de dúvidas. Parabéns a quem quer que seja o responsável por sua inclusão na lei de PPP. É obrigatório à administração submeter a consulta pública a minuta de edital e de contrato administrativo, "mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico". Pecou o legislador ao escrever "meio eletrônico". Ora, são meios eletrônicos de comunicação, por exemplo, o rádio e a televisão. Entretanto, parece evidente que o objetivo da lei é referir-se à internet. Um texto mais claro escreveria diretamente tal palavra, eis que seu sentido não só é universalmente conhecido como também, entre nós, já está em dicionário. Integra a língua portuguesa. Tal detalhe é insuficiente, porém, para tirar o mérito, de muito maior alcance, da obrigatoriedade da consulta pública.

Voltaremos ao tema.

(*) Advogado. Especial para a Gazeta Mercantil

■ DIREITO & MERCADO

A PPP brasileira será “project finance”

Cláudio Maurício Freddo*

Começando com um parêntese “Projeto financeiro” é a tradução literal de “project finance”. No Brasil, o uso da definição em ambas as línguas é aceitável. Talvez seja até melhor que se continue a usar a expressão em inglês, porque o mercado assim a consagrou.

Breve histórico

O “project finance” cresceu nos Estados Unidos nos anos 80. Aterrisou em solo brasileiro uma década depois. Várias obras conhecidas da população brasileira são financiadas por tal modalidade de empréstimo. Modalidade de empréstimo? Sim, o “project finance” é, antes de mais nada, uma forma de se emprestar elevadas quantias de dinheiro. Bons exemplos de infra-estrutura assim financiadas são a nova rodovia Dutra e, em São Paulo, a Imigrantes, cuja belíssima segunda pista está aberta há pouco menos de dois anos. Nos dois casos, o “project finance” veio depois de o Estado assinar contratos de concessão com a iniciativa privada.

O conceito

É bem mais simples do que se possa supor. A principal diferença está na garantia do empréstimo. Aqui já se escreveu: ninguém empresta dinheiro sem garantias, que em financiamentos normais são bens imóveis ou móveis. Um prédio pode ser hipotecado, um carro será empenhado — e está dada a garantia. Em outras palavras: hipoteca é para imóvel. Penhor, móvel. No “project finance”, tem-se um projeto que se auto-sustenta. E que, portanto, pode dar em garantia os créditos de seu caixa. Por “projeto”, entenda-se: uma estrada, uma ferrovia ou uma usina de geração de energia elétrica, por exemplo.

Penhor de fluxo de caixa

Ora, se penhor é para coisas móveis, por que não dar em garantia o dinheiro de certo fluxo de caixa? Esta aí, portanto, o diferencial do “project finance”. Em sua versão mais pura, a única

garantia dada aos financiadores é, grosso modo, apenas o fluxo de caixa da empresa-projeto. Pode-se ter, naturalmente, uma solução intermediária, seja quanto às garantias propriamente ditas, seja quanto ao período durante o qual determinado bem serve como garantia. Explicando melhor: em um mesmo empréstimo, uma parte da garantia pode ser uma hipoteca de imóvel e a outra o penhor do fluxo de caixa. Explicando melhor ainda: a parte da garantia sob a forma de hipoteca pode ser retirada depois de a dívida diminuir, isto é, depois de certo número de anos de pagamentos em dia. Um “project finance” pode começar com a combinação de diferentes tipos de garantia e terminar “puro”. Entre outras vantagens, a liberação de garantias dá ao acionista da empresa-projeto a possibilidade de usá-las em outro empreendimento.

Execução complexa

Não é simples dar ou receber em garantia um fluxo de caixa futuro de uma obra de infra-estrutura que ainda não existe. A tarefa se torna complexa à medida que se considera a necessidade de existência de uma série de contratos, todos diretamente relacionados e dependentes um do outro. Um único ponto fraco é suficiente para derrubar a estrutura contratual do projeto, tal como uma peça de dominó cai sobre a outra.

Os contratos do projeto

Assim começa o “project finance”. Os “project agreements” são aqueles diretamente relacionados ao negócio. Normalmente, o ponto de partida será um contrato de concessão. E assim, espera-se, vai ser com a PPP, mais provavelmente na concessão da modalidade patrocinada. Além da concessão, é normalmente considerado contrato do projeto aquele em que o concessionário se associa a um parceiro. Duas empresas petrolíferas, por exemplo. E mais: os contratos relacionados à construção e, no caso das petrolíferas, o de aquisição do petróleo. Há também as apólices de seguro da obra

Os contratos de financiamento

O mais importante será, sempre, o Contrato de Crédito - “Credit Agreement”. Notas promissórias e apólices de seguro específicas para proteger os financiadores do risco político de determinado país também são considerados documentos financeiros.

Os contratos de garantia

Um grande “project finance” incluirá, naturalmente, mais de um grupo de contratos de garantia. Cada grupo poderá ser regido pela legislação de um determinado país. É prática o banco estrangeiro buscar o maior número de contratos de garantia de acordo com a legislação onde está sediado. Mais comumente, Nova York, cujos direitos comercial e financeiro são referência para o todo o planeta. Há contratos, todavia, que obrigatoriamente deverão ser regidos pela legislação do país onde está a empresa-projeto. Em nosso caso, pela legislação brasileira. O penhor do primeiro fluxo de caixa é, portanto, um contrato de direito pátrio. Nas garantias, o Brasil sempre esteve atrasado em comparação ao direito dos Estados Unidos. O Código Civil de 2002 trouxe avanços.

A garantia na lei de PPP

Para as PPP, a questão das garantias mereceu do legislador preocupação e capítulo à parte. Diminuem-se os riscos do financiador — e isso é bom, porque o empréstimo fica mais barato. Todos são beneficiados, não só quem empresta o dinheiro. Um único artigo da lei especifica cinco possíveis formas de garantia, além de uma sexta, bastante genérica, que se refere a “outros meios admitidos em lei”. Uma das hipóteses da própria lei de PPP é a “garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade”. Antecipando-se, a própria lei já cria o FGP - Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas

Voltaremos ao tema.

(*) Cláudio Maurício Freddo, advogado, especial para a Gazeta Mercantil

■ DIREITO & MERCADO

Um breve olhar sobre a PPP em seu berço

Cláudio Maurício Fredo*

A PPP como conceito

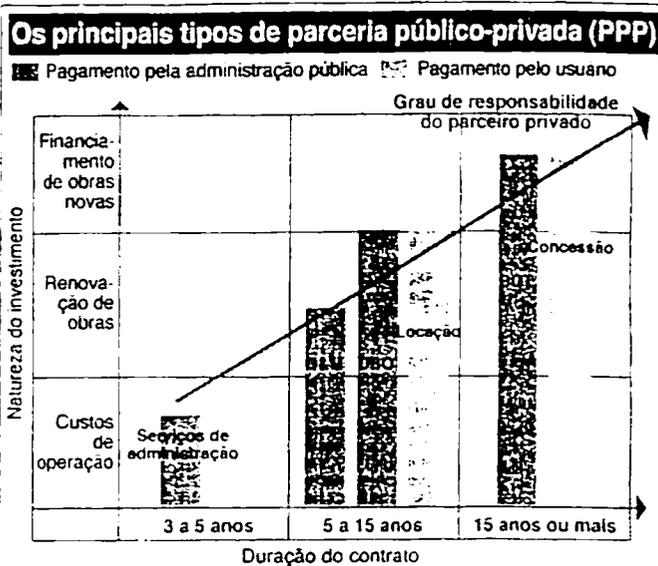
A PPP brasileira nasce com características próprias. Conhecê-la exige saber como é no exterior. Observe, leitor, o quadro. Trata-se de ilustração gráfica que mostra, principalmente, o grau de responsabilidade do parceiro privado nos principais tipos de parceria público-privada. Atenção: neste caso específico, não se faz referência à PPP tal como transformada em lei no Brasil. É, antes de mais nada, um quadro que mostra como o mundo vive as PPP, independente de qual seja a lei aplicável. O financista e o advogado só terão melhores condições de entender a lei brasileira se, antes, compreenderem o conceito de PPP propriamente dito. Não se pode entender a lei, qualquer uma, sem antes se conhecer o universo dos fatos a que corresponde. Elucidativa e prosaica comparação: um acidente de carro é acidente de carro em qualquer lugar do planeta. País por país, varia a lei para, por exemplo, atribuir responsabilidades a quem causou o acidente. Com as PPP, há o conceito e a experiência em vários países, aos quais o nosso direito se molda, como amálgama. E vice-versa: formata-se o conceito de PPP à realidade jurídica nacional.

A Public-Private Partnership inglesa

A Inglaterra se refere a PPP para aquilo que no Brasil deve ser entendido como a ideia ampla, geral, de parceria entre Estado e privado. Pela noção inglesa, já existia PPP no Brasil antes da lei de PPP — são as concessões de 1995, que, com a nova lei brasileira, passaram a se chamar concessões comuns. O que se aproxima da nossa PPP — fala-se agora da PPP com o sentido técnico, isto é, aquela de que trata a lei — é a famosa *project finance initiative* ou, simplesmente, PFI.

Como evoluiu na Inglaterra

O PFI foi uma criação do Partido Conservador no governo — foi o conceito da década de 1990. Os trabalhistas, com Tony Blair, entregaram-se devotadamente à continuidade da solução. Tal como aqui, lá o governo, até então, pagava empreiteiras privadas para construir estradas, escolas, prisões e hospitais. A origem de dinheiro pago às construtoras? Ora, o caixa



do governo. A solução dos conservadores ingleses, levada a efeito inicialmente em 1992, foi mandar a conta da construção para a iniciativa privada. Surge o PFI, no qual as empreiteiras — usando recursos próprios e obtidos em financiamentos — pagam pelos custos de construção. Concluída a obra, alugam o projeto ao setor público. Mais recursos saindo do bolso da administração pública significa, indiretamente, mais dinheiro saindo do bolso do contribuinte. Em outras palavras: a PPP permite o financiamento de obras públicas sem que seja necessário aumento da carga tributária. Tal saída permitiu ao governo inglês construir novas obras. Já se mostrou um sucesso em estradas e presídios. Dá passos promissores para escolas e hospitais. Há na Inglaterra quem faça uma comparação baseada nos negócios entre o setor privado, em que se fala em fusões e aquisições — *mergers and acquisitions* ou, simplesmente, "M&A". Na grosseira comparação, a privatização seria a aquisição — como realmente é, à medida que se transfere do público para o privado o controle de determinada sociedade. A PPP equivaleria à fusão, em que ambos os parceiros dividem os riscos e, espera-se, os benefícios.

O mundo das siglas em inglês

Uma abundância de siglas tem origem no dia-a-dia da experiência estrangeira. Acabam, entre nós, transformando-se em conquireiras do mercado de *project finance*,

preservadas na língua que as originou. "O&M" é tradução literal de *operation and maintenance* — operação e manutenção. "DBO" significa *design, build and operate*, isto é, projetar, construir e operar. "BOT" é *build, operate and transfer*, quer dizer, construir, operar e transferir. Aliás, transferir para quem? Para o parceiro público, naturalmente. É de se notar, portanto, que os verbos das siglas em inglês referem-se a atividades compreendidas pelo parceiro privado. O mercado internacional conhece também o "BOO" — *build, operate and own*, que se deve traduzir para construir, operar e deter a propriedade.

No Brasil

A análise do gráfico à luz do que tem divulgado nossa administração federal mostra que o Brasil concentra atenções principalmente nas PPP de longo prazo — as de 15 anos ou mais. Aliás, embora tecnicamente seja possível uma PPP de três anos, a lei brasileira definiu o período mínimo de cinco. Mais que isso, como já se escreveu neste espaço, PPP no Brasil é sempre concessão. Não necessariamente a concessão patrocinada, mas também a administrativa — à qual o gráfico se refere como "locação", mera tradução do inglês "lease".

Voltaremos ao tema

(*) Cláudio Maurício Fredo, advogado, especial para a Gazeta Mercantil

A rodovia A13 em Londres é um marco em PPP

Claudio Mauricio Freddo *

Aqui e lá

No Brasil, governo federal e governos estaduais debatem-se, de um lado, na definição dos projetos prioritários. De outro, trabalham na elaboração do marco regulatório, cuja lei federal de PPP foi o passo mais importante, embora apenas o primeiro. Em tal contexto, merece menção o decreto que, no começo deste mês, instituiu o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal. Neste momento em que as PPP verde-amarelo ainda estão entrando no papel, convém conhecer um empreendimento que do papel já saiu e hoje beneficia cidadãos — ingleses. Mais precisamente, londrinos

A Rodovia A13

É, tecnicamente, uma estrada urbana que liga a região central de Londres a uma outra estrada, maior. Curta, a A13 tem 25 quilômetros. Cruza áreas residenciais, de comércio e de indústria em *Thames Gateway*, região importante pela fase de regeneração econômica em que se encontra

Antes da PPP

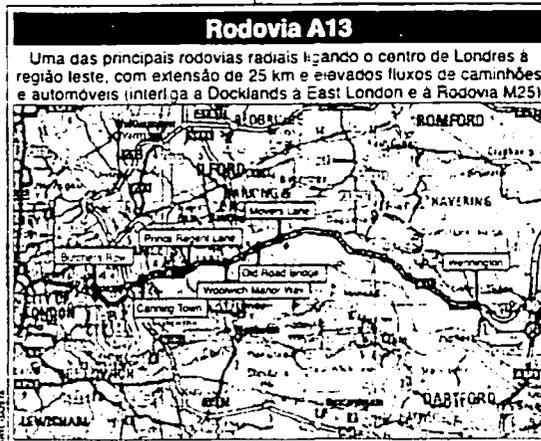
Era uma estrada cujo estado, em certos aspectos, lembrava o de várias rodovias brasileiras perto dos grandes centros urbanos. Congestionamentos, diários. Em horário de pico, impossível de se prever o tempo de travessia. Eram frequentes as paralisações de toda natureza, por conta de serviços nas tubulações de eletricidade, gás, telefone e água à margem e abaixo da A13. Certos trechos registravam índice de acidente três vezes superior à média da Inglaterra. Em uma comparação grosseira, pode-se dizer que havia uma espécie de avenida Brasil no Rio de Janeiro ou marginal do rio Tietê em São Paulo

O desafio

No plano macro, resolver todos os problemas. No detalhe, quase o óbvio. Primeiro, reduzir congestionamentos e aumentar a segurança do motorista, diminuindo o número de acidentes. Ao aumentar a fluidez, especial atenção para o ônibus, transporte coletivo. E o não tão óbvio assim: atendimento às necessidades de pedestres e ciclistas. Isso mesmo ao lado da rodovia, deveria haver uma ciclovia

Números respeitáveis

A londrina A13 é uma PPP de 200 milhões de libras esterlinas, número próximo de 1 bilhão de reais. A concessão é de 30 anos, período para o qual, estima-se, circularão pela estrada de 3 a 4 milhões de veículos, somados carros, ônibus e caminhões. O governo, por meio da *Highways Agency*, propôs aos interessados um contrato *design, build, finance and operate* — ou simplesmente DBFO. Em português: projetar, construir, obter o financiamento e operar a rodovia, quatro papéis reservados ao parceiro privado. Operada, neste caso, significou tanto construir viadutos ou túneis nos quatro gargalos principais como



Fonte: KPMG

administrá-la durante o período de concessão. O resultado final da licitação saiu em julho do ano 2000 — a A13 viria a ser a primeira PPP de tipo DBFO em rodovia urbana na história do Reino Unido

A criativa solução dos pagamentos por disponibilidade

Antes da A13, os pagamentos da administração pública ao parceiro privado eram feitos apenas segundo o critério de uso. Tão simples assim: quanto mais usuários tem a estrada, mais o privado recebe. Não existe pedágio para o usuário, mas a administração paga de acordo com o número de veículos que circulam. Quer dizer: na prática, o pedágio existe. Para o motorista, não aparece, razão pela qual os ingleses denominam esse critério de *shadow toll*. Principal problema ao parceiro privado: interesse o maior número possível de carros circulando. Resultado: congestionamentos. Para se fugir desse caminho, encontrou-se a alternativa que faz da A13 um *leading case*: pagamentos por disponibilidade. Quanto menos a estrada atender aos parâmetros segundo os quais é considerada disponível, maiores são os descontos nos pagamentos feitos pelo parceiro público ao privado

A composição do preço pago ao privado

Na A13, um mecanismo para calcular o volume de tráfego de caminhões de carga responde por 25% do valor recebido pelo parceiro privado. Outros 5% se referem ao bom atendimento a pedestres e ciclistas. O grosso dos pagamentos — os demais 70% — está relacionado à disponibilidade, que, na prática, traduz-se em a estrada satisfazer certas condições contratualmente definidas

O que é a disponibilidade da A13?

Significa respeitar padrões mínimos de qualidade relativos a uma série de aspectos, entre os quais a rugosidade e a textura do asfalto, bem como o conforto que oferece ao motorista que trafega na pista. Outro componente importante e de segurança, identificada anualmente

nos números de acidentes e, antes disso, segundo a sinalização horizontal e vertical, além da iluminação. O operador privado só tem direito ao valor completo que recebe da administração pública se mantiver tais padrões. Qualquer descumprimento é motivo para descontos nos pagamentos. A primeira vista, o método pode parecer complicado, mas sua lógica é simples. Leta com atenção, o desconto varia de acordo com três referenciais: gravidade da indisponibilidade, horário do dia em que ocorre e trecho da estrada prejudicado. Para a gravidade, definiram-se cinco diferentes graus de indisponibilidade. Para o horário, fatiou-se o dia em nove períodos consecutivos de duas horas — o primeiro começa às 6 da manhã. Finalmente, dividiu-se a rodovia em oito trechos, quatro em cada mão. Pela combinação dessas três variáveis principais, chega-se ao valor do desconto que a administração pública tem direito de impor ao parceiro privado.

Situação atual

Exceto pelas obras de finalização em um trecho, as melhorias contratadas estão todas concluídas. Passaram-se praticamente cinco anos da data de seleção do parceiro privado até hoje. Para uma obra de infraestrutura, não é um prazo longo

Agradecimento

As informações referentes à A13 foram prestadas por Mauricio Endo, diretor da KPMG Structured Finance, a quem o advogado que abaixo subscreve agradece. A diretoria de Endo é responsável por projetos de parceria público-privada e assessoria a governos. A KPMG presta consultoria à *Highways Agency* da Inglaterra em todo o projeto da A13, o que inclui, por exemplo, não só a participação na concepção da inovadora solução de pagamentos por disponibilidade como também a seleção do melhor parceiro privado, processo licitatório que se estendeu por 15 meses.

Voltaremos ao tema

(*) Claudio Mauricio Freddo, advogado, especial para a Gazeta Mercantil

■ FINANÇAS

■ DIREITO & MERCADO

Prossegue a estruturação das PPP federais

Cláudio Mauricio Freddo *

O FMI e o "pacote" de infra-estrutura

Há uma relação direta entre duas notícias desta semana, ambas oriundas do Ministério da Fazenda. Primeiro, o amplamente divulgado fim do acordo com o FMI. Segundo, o "pacote" de infra-estrutura a que se referiu o ministro Antonio Palocci na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado. No mesmo momento em que o Brasil deixa de trimestralmente ter de prestar contas ao Fundo, concentra as atenções nos gastos para recuperar as estradas, foco principal das medidas em fase final de gestação. Destacam-se, por exemplo, o anúncio de um novo modelo de concessões de rodovias e a revelação, aguardada, de que está sendo concluída a regulamentação do FGP - Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas, que viria a ser a segunda norma posterior à lei de PPP. A primeira constituiu o Comitê Gestor.

O Comitê Gestor de PPP

Abreviatura: CGP. Nascimento: 04/03/2005. Constituído por decreto, é o órgão maior das PPP federais. Integram-no seis membros de três ministérios. Dos membros, metade é de suplentes. Dos ministérios, além da Casa Civil e da Fazenda, o Planejamento, responsável pela coordenação. Com ministro novo — Paulo Bernardo —, o Planejamento tem papel essencial na modelagem das PPP brasileiras. Não só é o coordenador do Comitê Gestor como também o de outro órgão relevante criado pelo mesmo decreto federal 5.385. Trata-se da Comissão Técnica

A Comissão Técnica de PPP

Abreviatura: CTP. Compõe-se de 28 pessoas, metade das quais é de suplentes. Dos 14 titulares, seis são dos mesmos ministérios que compõem o CGP. Os outro oito vi-

rão de órgãos da administração pública federal, a saber: três bancos — BNDES, Banco do Brasil e Caixa — e cinco ministérios — Desenvolvimento, Transportes, Minas e Energia, Integração Nacional e Meio Ambiente.

Em nome da transparência, um website

Merece elogios o esforço da administração federal em se valer da internet para aumentar a transparência de seus atos. No decreto que criou o Comitê Gestor e a Comissão Técnica, há menção específica à obrigação de o Comitê divulgar pela internet informações extraídas do relatório anual dos contratos de PPP a ser enviado ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União. Exceção será feita às informações "classificadas como sigilosas". O relatório anual é um documento público e, em tese, não deveria haver preocupação com tal sigilo de certas informações. Espera-se que a discricionariedade que permite definir o que é informação sigilosa não ultrapasse, sob nenhuma hipótese, os limites do interesse público. Feita a ressalva, fica o comentário, principal, de que é louvável o texto do decreto fazer menção específica à internet. Observe-se que a Lei de PPP, de dezembro de 2004, parece ter buscado tal resultado quanto a outro tema — a divulgação de editais —, mas não foi tão clara quanto o decreto, à medida que seu texto se limita a expressão "meio eletrônico", universo maior do qual a internet é apenas sub-conjunto. O decreto, entretanto, veio a esclarecer a dúvida. E mais: estabeleceu a obrigatoriedade de se criar um website para "divulgação dos relatórios aprovados pelo CGP e de demais documentos de interesse público relativos a projetos de parceria público-privada". Espera-se que, cada vez mais, administrações públicas em todos os níveis e instâncias valham-se da internet para

divulgar seus atos, seus números e suas contas à população. O interesse público só tem a ganhar.

O que fará o Comitê Gestor

São 12 competências específicas. Destaca-se, inicialmente, que depende do Comitê a autorização para "a abertura de procedimentos licitatórios e aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos e suas alterações". Cria-se, assim, um mecanismo de controle a impedir que ministérios ou órgãos da administração indireta lancem projetos de parceria público-privada que antes não tenham passado pelo crivo do Comitê. Sem a última palavra do CGP, não haverá PPP federal. Outra competência: aprovar o Plano de Parcerias Público-Privadas, apelidado de PLP pelo próprio decreto. O nome é auto-explicativo. Deverá ser elaborado pela Comissão Técnica. Na ampla gama de poderes do Comitê, estão também propor "normas sobre a apresentação de projetos de PPP" e "estabelecer modelos de edital de licitação e de contratos de parceria público-privada, bem como os requisitos técnicos mínimos para sua aprovação".

O que fará a Comissão Técnica

Se por um lado o Comitê tem um papel eminentemente deliberativo e de criação de políticas gerais, a Comissão Técnica executará o trabalho do dia-a-dia. Não é à toa que dentro da própria estrutura da Comissão vai haver um "Grupo Executivo", tal como definido no decreto. Observe-se, finalmente, que o decreto também criou uma Secretaria Executiva, a quem compete, por exemplo, "orientar os órgãos ou entes públicos que pretendam celebrar contratos de parceria público-privada".

Voltaremos ao tema

(*) Advogado, especial para a Gazeta Mercantil

Avança rapidamente a formatação das PPP

Cláudio Maurício Freddo *

Primeiros ativos do Fundo Garantidor

O governo federal informa que somam R\$ 4 bilhões. Trata-se do valor estimado das primeiras ações que vão integralizar o FGP-Fundo Garantidor das Parcerias. Nos termos do decreto federal publicado uma semana atrás, o FGP vai incluir participação acionária que a União detém em empresas como Eletropaulo, Banco do Brasil, Vale do Rio Doce, Embraer, Petrobras, Usiminas e Gerdau, entre outras. Sob a perspectiva do mercado, duas observações. Primeiro, é positivo sejam incluídas ações que têm liquidez em bolsas de valores. Segundo, questão a ser enfrentada, é o fato de que o valor das ações oscila — e é por isso que compete aos financistas fazer com cuidado as contas para não ter de se prender aos R\$ 4 bi, até agora nada mais que um número oficial. Como o preço de cada uma das ações varia no dia-a-dia, seria interessante, por exemplo, que se calculassem os valores mínimo e máximo de cada uma das ações, a partir de uma média histórica que incluisse pelo menos os últimos três anos. Aos interessados, os dados do recém-publicado decreto presidencial: nº 5.411, de 06/04/2005.

As prioridades do Ministério dos Transportes

A carteira de projetos inclui, neste momento, cinco obras principais. Primeiro, trechos dos longos 1.550 quilômetros da ferrovia Norte-Sul, dos quais a esta altura estão concluídos apenas 215. Pelo projeto, a Norte-Sul sai do longínquo município de Açailândia, no Maranhão, e termina em Anápolis, em Goiás. Segundo, o ferroanel de São Paulo, que inclui dois trechos. O sul, de 48

quilômetros, tem valor estimado em US\$ 160 milhões. Para o norte, de 66 quilômetros, estimam-se US\$ 240 mi. Estão ambos perto da capital paulistana. Terceiro, outra ferrovia, Guarapuava-Ipiranga. Fica no Paraná, tem 130 quilômetros e valor de obra, em reais, estimado em 330 mi. Quarta PPP federal: o arco rodoviário do Rio de Janeiro. Trata-se de uma estrada com 145 quilômetros, que liga o norte ao sul do estado sem passar pela capital carioca — sai da BR-101, contorna a Baía de Guanabara e termina no porto de Sepetiba. Finalmente, também por meio de parceria público-privada, o governo federal quer dar novas feições a um trecho de 1.434 quilômetros da famosa rodovia BR-116, incluindo a duplicação do trecho que começa na divisa entre os estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais e termina no município baiano de Feira de Santana.

O centro do debate

Há uma série de detalhes das parcerias cujas discussões estão em andamento. Sem dúvida, entretanto, um dos pontos centrais é fórmula ideal para a concessão patrocinada. Não nos percamos pela memória: em tal modalidade de concessão, criada em dezembro de 2004 pela lei de PPP, a administração pública paga ao parceiro privado "contraprestação pecuniária" em complemento à tarifa cobrada do usuário. Pergunta simples: qual o valor de tal pagamento? Resposta: o mercado ainda não a encontrou, uma vez que a discussão apenas se inicia. É de se acreditar, entretanto, que não seja o ideal uma fórmula imutável para os vários anos de contrato, se considerarmos, por exemplo, que o volume de tráfego de hoje será bem diferente daquele 10 ou 20 anos à frente. Defende-se, portanto, uma so-

lução que considere a premissa maior de que uma obra de infra-estrutura é dinâmica e não estática. Uma estrada tem vida própria. Engessar uma fórmula de pagamento hoje pode significar o fracasso do projeto no futuro. Em qualquer cenário, na modelagem financeira e elaboração dos editais, competirá ao parceiro público prestar atenção a um aspecto de extrema importância para o setor privado, a saber, o risco de demanda. Traduzindo: o parceiro privado não aceitará suportar, exclusivamente, o risco de que diminua o movimento em uma ferrovia ou estrada. Dada a impossibilidade de se prever exatamente qual será o fluxo de trens ou automóveis ao longo dos anos, a fórmula variável parece ser uma alternativa saudável. Tem-se como certo, adicionalmente, que pagamentos por disponibilidade são também um excelente caminho para diminuição do risco de demanda. A razão é simples: quando se fala em disponibilidade, nem todos os pagamentos feitos ao parceiro privado são calculados a partir do critério de movimento da estrada ou ferrovia. Escapa-se, assim, da possibilidade de a alteração na demanda prejudicar os valores a que o privado tem direito. Disponibilidade, como se sabe, é manter a obra de infra-estrutura dentro de parâmetros, preferencialmente de excelência, devidamente definidos em contrato. Quanto menos disponível estiver a estrada, menores são os valores a que o parceiro privado tem direito — o que o estimula a manter a obra sempre em excelentes condições. Maior beneficiário: o usuário.

Voltaremos ao tema.

(*) Cláudio Maurício Freddo, advogado, especial para a Gazeta Mercantil

E-mail: cfreddo@gazetamercantil.com.br

DIREITO & MERCADO

PPP: mirem-se no exemplo daquela estrada de Minas

CLAUDIO MAURICIO FREDDO*

OS MINEIROS ESTÃO À FRENTE

Ser o primeiro não significa ser o melhor, mas Minas Gerais está com pressa. Até onde se possa enxergar, a rapidez com que o Estado se prepara para dar o pontapé inicial na pioneira parceria público-privada no País não parece significar perda na qualidade da oferta a se fazer à iniciativa privada. Ao contrário, questões legais são detidamente analisadas e, tão importante quanto, estudam-se com lupa as alternativas para tornar o projeto atrativo. Embora o público venha acompanhando recentemente a propaganda do governo mineiro a propósito de um roteiro turístico que denominou Estrada Real, não é dessa que trata o título deste texto. A PPP que Minas gesta com carinho e celeridade é a da MG-050, combinada com um trecho de outra estrada, o da BR-265. É conhecida em Minas como Projeto Piloto. Liga o município de Juatuba, perto de Belo Horizonte, a São Sebastião do Paraíso, na fronteira com o estado de São Paulo, em um total pouco superior a 370 quilômetros.

NÚMEROS DA REGIÃO

O Projeto Piloto de PPP atende uma região de 50 cidades, cuja população soma mais de um milhão e 300 mil habitantes, dos quais 85% é urbana.

A SITUAÇÃO HOJE

É uma típica estrada brasileira. A conservação é feita pelo Departamento de Estradas de Rodagem do estado. Não há cobrança de pedágio. A Minas — como, de resto, a todo o País — faltam os recursos financeiros suficientes para modernizar a MG-050. Nos cinco anos entre 1999 e 2003, investiram-se na estrada 3 milhões e 600 mil reais. É pouco, bem pouco. Segundo o governo mineiro, o número de acidentes é alto. O custo operacional, elevado. Uma estrada ruim inibe o desenvolvimento.

O MODELO EM DESENVOLVIMENTO

Minas Gerais antecipa-se naquela que deve ser a PPP na modalidade de concessão a ser mais usada no Brasil nos próximos anos, a patrocinada. Para o pedágio, já se fala em tarifa social, cujo nome é suficiente para explicar que, além daquele valor pago pelo motorista, o parceiro privado receberá pagamentos efetuados pelo parceiro público. Inspirada na terminologia da própria Lei de PPP, tal contraprestação já recebeu o apelido de CAT, sigla de contraprestação adicional à tarifa.

QUANTO DE TARIFA, QUANTO DE CONTRAPRESTAÇÃO?

A resposta a tal pergunta depende da análise de uma série de fatores — e é sobre isso que se debruça neste momento o governo estadual de Minas. Há algumas variáveis em consideração. Primeiro, quanto à receita do pedágio, o óbvio: será tão maior quanto maior for o seu próprio valor e o volume de tráfego. Tem-se como certo que as praças de pedágio devem estar situadas em pontos da estrada a capturar o maior número possível de usuários. Segundo, quanto à contraprestação do Estado: o pagamento ao privado se dará não só por critério de uso, mas também por disponibilidade. Parcela do dinheiro não será liberada de imediato. Ao contrário, ficará retida em uma conta, fiduciária. Só será liberada tal parte se o parceiro privado satisfizer determinadas condições de desempenho contratualmente pré-estabelecidas. Para definir o valor exato a que o privado terá direito segundo tal critério, o empreendimento estará sujeito a uma avaliação, cujos resultados finais são notas — maiores ou menores.

OS INDICADORES DE DESEMPENHO

Mais uma sigla: QID, iniciais de quadro de indicadores de desempenho. Serão quatro tipos principais: operacional, ambiental, social e financeiro. Mais subdivisões, em especial para o indicador operacional:

nível de serviço, segurança, conforto ao usuário e manutenção patrimonial. Atenção especial merece a questão ambiental, em que a nota do parceiro privado vai variar de acordo com a regularidade das licenças, em cada fase do projeto. Espera-se, adicionalmente, que a resposta seja rápida em caso de autos de infração impostos pela autoridade de meio ambiente. Finalmente, a fiscalização será rigorosa quanto ao cumprimento de metas do plano de gestão ambiental a ser definido, conjuntamente, entre a concessionária e o poder concedente. Não se pode esquecer, inclusive, que cada vez mais os financiamentos externos estão diretamente relacionados ao estrito cumprimento, no mínimo, da legislação ambiental. Para o desempenho social, o governo de Minas Gerais espera da concessionária ações de educação no trânsito. Adicionalmente, cuidados com o motorista que usa a estrada profissionalmente, em especial os caminhoneiros. Tais cuidados devem incluir, por exemplo, campanhas de prevenção de acidentes e distribuição de benefícios em educação e saúde. Finalmente, a remuneração do privado estará vinculada aos seus indicadores de desempenho financeiro. Um aspecto de extremo interesse: para também desfrutar das reduções de custos financeiros que o parceiro privado obtiver ao longo do projeto, o parceiro público receberá um relatório periódico contendo informações financeiras. O QID terá, assim, quatro usos principais: (a) estabelecer critérios objetivos para dar nota ao privado, (b) vincular pagamentos ao serviço recebido, incentivando ou punindo, conforme o caso, (c) facilitar a visualização dos aspectos mais importantes da performance do privado e (d) estabelecer mecanismo de indução de comportamento, sem necessariamente especificar determinada obra ou serviço.

Voltaremos ao tema...

(*) Advogado, especial para a Gazeta Mercantil

E-mail: cfreddo@gazetamercantil.com.br

DIREITO & MERCADO

Calendário eleitoral tornou-se determinante na agenda da PPP

CLAUDIO MAURICIO FREDDO*

PARECE QUE FOI ONTEM

Já havia minuta de projeto de lei no final da administração federal anterior. A atual mal tinha alguns meses de gestão quando definiu a PPP como uma prioridade. Entre tomar o pé da situação e enviar seu projeto ao Congresso Nacional, passaram-se 11 meses. Assim acabou o ano de 2003. O ano seguinte marcou, com o episódio Waldomiro Diniz, o início do enfraquecimento político que menos de um ano depois levaria à vitória de Severino. No meio, o projeto de PPP parou por mais tempo do que desejava o governo. Graças ao esforço pessoal do senador Mercadante e do próprio presidente Lula, o que era projeto transformou-se em lei em 30 de dezembro. Assim acabou o ano de 2004. Em março de 2005, saiu o primeiro decreto regulamentador, criando o Comitê Gestor. Logo depois, as primeiras regras do Fundo Garantidor. Discussão: o gestor do fundo será o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal ou o BNDES? Ou os três? Ou dois dos três? Com sugestões que buscam assegurar a devida liquidez do fundo, interveio a tempo a Associação Brasileira das Indústrias de Base (ABDIB). O novo decreto regulamentador do FGP, então previsto para o final de abril, está agora anunciado para o fim de maio. Eis que então faltarão cerca de 16 meses para o primeiro turno das próximas eleições presidenciais. Anunciam-se para outubro os primeiros editais. Previsão de assinatura dos contratos: março de 2006. O governo federal corre contra o relógio.

AS DUAS ESTRADAS

Entre os cinco projetos prioritários, ao quais a imprensa deu destaque nesta semana, têm-se os 145 quilômetros do Arco Rodoviário do Rio de Janeiro e os quase 1.500 quilômetros de duplicação da BR-116 da divisa entre Rio e Minas até Feira de Santana, na Bahia. Não será surpresa se o trecho da BR-116 for dividido em lotes — talvez dois, talvez três —, hipótese que, se consumada, poderá resultar na existência simultânea de diferentes operadores para a mesma rodovia. A situação é inédita, porém absolutamente admissível — e até mesmo desejada — se considerada a dimensão do projeto. A se consumir, merecerá elogios pela criatividade da solução.

AS TRÊS FERROVIAS

A soma das três PPP prioritárias resulta em quase 1.800 quilômetros de estradas de ferro. As ferrovias já foram descritas anteriormente neste mesmo espaço: "Primeiro, trechos dos longos 1.550 quilômetros da ferrovia Norte-Sul, dos quais a esta altura estão concluídos apenas 215. Pelo projeto, a Norte-Sul sai do longínquo município de Açailândia, no Maranhão, e termina em Anápolis, em Goiás. Segundo, o ferroanel de São Paulo, que inclui dois trechos. O sul, de 48 quilômetros, tem valor estimado em US\$ 160 milhões. Para o norte, de 66 quilômetros, estimam-se US\$ 240 mi. Estão ambos perto da capital paulistana. Terceiro, outra ferrovia, Guarapuava-Ipiranga. Fica no Paraná, tem 130 quilômetros e valor de obra, em reais, estimado em 330 mi".

O FUNDO GARANTIDOR

Trata-se do grande tema, objeto do debate do momento em Brasília. O que o mercado espera — e é justo que assim espere — é um fundo garantidor que garanta. A frase parece óbvia, mas no final das contas não é tão simples assim para um privado tirar dinheiro do bolso e, na hipótese de inadimplência do parceiro público, receber como pagamento ações de empresas, algumas estatais, outras não. É interessante observar que se trata de um modelo ao qual o próprio BNDES está acostumado, porém na posição de emprestador que recebe a garantia. Tome-se um exemplo, a Eletropaulo, distribuidora de energia em São Paulo: na privatização, o BNDES emprestou e, como garantia, aceitou ações da própria empresa. No caso da PPP, o conceito é diferente, já que as ações que serão oferecidas em garantia são como qualquer outro patrimônio que pertence à União. Imóveis, por exemplo. Nesse sentido, não há relação direta entre a empresa que toma o empréstimo — uma SPE de PPP — e as ações que o garantem. É igual, porém, à medida que o bem dado em garantia são valores mobiliários. Pergunta: considerando que o valor de uma ação varia de um dia para o outro, como vincular um determinado número de ações a uma quantia certa em dinheiro? São questões como essa sobre as quais, espera-se, debruçam-se neste momento os técnicos do Ministério do Planejamento.

Voltaremos ao tema.

(*) Advogado, especial para a Gazeta Mercantil
E-mail: cfreddo@gazetamercantil.com.br

DIREITO & MERCADO

O Instituto PPP busca ser referência em parceria público-privada

CLAUDIO MAURICIO FREDDO*

MISSÃO

Na gênese, a colaboração do privado a uma iniciativa que se originou no público. Na essência, uma instituição sem fins lucrativos, necessariamente apartidária. Política, apenas se considerado o sentido amplo da palavra. Nada a ver com siglas de partidos de qualquer natureza. O Instituto Parceria Público-Privada - Instituto PPP tem como missão ser reconhecido no Brasil e no exterior como centro de excelência e referência, desenvolvendo estudos e divulgando conhecimento, em português e em inglês, em quatro áreas: de comunicação, econômica, financeira e jurídica.

CAMINHOS

Para atingir seus objetivos, o Instituto PPP vai concentrar esforços em focos definidos. Primeiro, interagir com key players, a saber, agentes privados e administração pública, em nível federal, estadual e municipal, além de organismos internacionais multilaterais de fomento ao desenvolvimento.

O WEBSITE

A concepção do Instituto PPP também inclui a criação de um website, que já está no ar em fase experimental em www.institutopp.org.br. Os interessados em participar desde o início das atividades do Instituto PPP lá encontrarão como fazê-lo. O primeiro passo será o cadastramento. Planeja-se haver clipping eletrônico, grupos de discussão, atualização diária de notícias redigidas por equipe do próprio instituto, artigos, editoriais, entrevistas e divulgação de eventos, com portas abertas a interessados em geral, associados e patrocinadores. Ferramenta de longo alcance, websites tendem a ser, no longo prazo, uma das principais formas de comunicação

assídua de instituições de qualquer natureza com o seu público. Para ficarmos em apenas um exemplo, as companhias que têm ações negociadas na bolsa de Nova York "falam" com seus investidores sempre por meio de websites, nos quais divulgam — entre outras informações — seus relatórios de informações financeiras trimestrais e anuais.

PRODUÇÃO DE CONHECIMENTO

Como não poderia deixar de ser a uma associação civil sem fins lucrativos que tem por objetivo gerar conhecimento, está previsto também organizar cursos, palestras e seminários. O espaço está aberto ainda para a produção de livros, boletins e periódicos de diferentes naturezas. Finalmente, caminho natural, o Instituto PPP vai desenvolver o networking entre seus associados, prestando o serviço de aproximação os profissionais em PPP e temas diretamente correlatos, como licitações, garantias e project finance.

A CÂMARA DE ARBITRAGEM DE PPP

O Instituto PPP concebeu e instituiu a Câmara de Arbitragem de PPP e Outros Contratos de Direito Público com mais de um objetivo. Primeiro, por meio da Câmara de Arbitragem, o Instituto PPP colabora com o Estado. Cada disputa resolvida por uma câmara de arbitragem é uma ação a menos no sobrecarregado Poder Judiciário brasileiro. Segundo, a Câmara de Arbitragem é o melhor meio para a solução de questões complexas de PPP, à medida que, espera-se, os seus árbitros venham a ser as pessoas melhor indicadas para julgar uma questão de PPP ou de qualquer outro contrato de direito público. O Instituto PPP informa que a câmara de arbitragem terá árbitros e árbitros juniores. O árbitro júnior não é uma figura reconhe-

cida no direito brasileiro, mas desempenhará um papel importante na condição de assistente em arbitragens.

NECESSÁRIA VISÃO DE LONGO PRAZO

O Instituto PPP parte da premissa de que — também no Brasil, tal como já acontece em vários países — as PPP virão para ficar. Mais que isso: a lei federal de PPP é tão moderna que algumas das inovações que trouxe, como os "step-in rights", tendem a ser incorporadas também na própria Lei de Concessões. No Ministério do Planejamento, é o próprio ministro Paulo Bernardo quem está a anunciar que se iniciam, também, os estudos para alterar a Lei de Licitações. Especificamente quanto a este mês de junho conturbado no cenário político, os jornais informam que o senador Aloisio Mercadante, acertadamente, entende que, nesta hora, o governo federal está patinando quanto às PPP. A ministra Dilma Roussef desembarca na Casa Civil com o desafio prioritário de fazer com que as PPP dêem certo — quanto antes melhor, eis que está atrasada a agenda com que o governo vinha trabalhando em janeiro, de 2005, logo depois da sanção da lei federal. A exemplo do que tinha acontecido no começo de 2004 com o escândalo Waldomiro Diniz, uma vez mais, em junho de 2005, a crise política atravança a solução para a falta de investimentos em infra-estrutura. É de se esperar, entretanto, que governo, Congresso Nacional e agentes privados entendam que não é a crise política, momentânea ou não, que deva atrasar ainda mais a agenda das parcerias público-privadas.

Voltaremos ao tema.

* Advogado, especial para a Gazeta Mercantil.

E-mail: cfreddo@gazetamercantil.com.br