

1º Congresso Brasileiro de Direito Público da Infraestrutura

Machado
Meyer

M

São Paulo, 7 de junho de 2018

Painel Garantias do Poder Público
nos Contratos de PPPS

Existe Modelo Ótimo de Garantias ?

José Virgílio Lopes Enei

Sócio de Machado Meyer Advogados
Mestre e Doutor em Direito de Estado
pela Faculdade de Direito da USP
Professor do Insper

Conteúdo

- ✓ **Histórico das PPPs no Brasil**
- ✓ **Necessidade de Garantias**
- ✓ **Objetivo das Garantias**
- ✓ **Como Estruturar Garantias Mais Sólidas**
- ✓ **Aprimoramentos ao Regime Legal das Garantias**

Experiência de PPPs no Brasil: Contratos Firmados

- ✓ 1ª PPP em sentido estrito foi contratada em 29 de novembro de 2006, pelo Estado de SP, Linha 4 do Metrô
- ✓ Entre nov 2006 e dez 2017, **104** PPPs foram contratadas

✓ No Reino Unido, **716** PPPs estavam vigentes até 31 de março de 2016 (686 já em operação)

Nível Federativo do Contratante	Número de PPPs Contratadas
PPP Federal	1 (datacenter)
PPPs Estaduais	51
Estado de São Paulo	11
Estado de Minas Gerais	10
Estado da Bahia	6
PPPs Municipais	52
Belo Horizonte	5
Rio de Janeiro	3
TOTAL	104

Modalidade das Concessões	Número de PPPs
Concessões Patrocinadas	15
Concessões Administrativas	89
Total de PPPs	104

✓ Em **2018**, foram mais 3 PPPs:

- ✓ Piauí: Conecta/Fibra ótica
- ✓ Mun. SP: Iluminação pública
- ✓ Mun. Dom Eliseu (PA): Ilum Pública

Experiência de PPPs no Brasil: Contratos por Ano de Celebração

POR ANO	TOTAL	Federal	Estaduais	Calendário Eleitoral	Municipais	Calendário Eleitoral
2006	3		3	Eleição		
2007	3		1		2	
2008	5		1		4	Eleição
2009	4		4			
2010	12	1	7	Eleição	4	
2011	3		1		2	
2012	16		1		15	Eleição
2013	13		11		2	
2014	17		13	Eleição	4	
2015	11		7		4	
2016	13				13	Eleição
2017	4		2		2	
2018				Eleição		
TOTAL	104	1	51		55	

✓ Historicamente, picos de contratação ocorrem em anos eleitorais

Experiência de PPPs no Brasil: Contratos Firmados - Setores



Setores Beneficiados	Número de PPPs Contratadas
Resíduos Sólidos	24
Saneamento (água e/ou esgotamento)	19
Iluminação Pública	11
Saúde	11
Transportes (Mobilidade, Rodovias, Aeroporto)	14
Equipamentos Esportivos (Estádios e Parque Olímpico)	7
Centros de Atendimento ao Cidadão	5
Presídios	3
Habitação	2
Tecnologia (datacenter e CGI – DF)	2
Centros Administrativos (Centrad – DF)	1
Educação (Unidades Básicas de Educação Infantil - BH)	1
Urbanismo (Operação Urbana – Porto Maravilha)	1
Cinema Paulínia – SP	1
Mercados (Shopping Popular Pelotas – RS e Mercado Municipal de Ponta Grossa)	2

✓ **PPPs Municipais** têm mais potencial para crescimento

PPPs	Valor - R\$
Total dos Contratos (investimentos mais serviços)	142 bilhões
Total dos investimentos (ap 50%)	70 bilhões
Linha 6 do Metrô - SP	15 bilhões
Porto Maravilha Rio de Janeiro	8,1 bilhões
41 PPPs	> 1 bilhão

Estudos x Efetiva Contratação: Baixa Taxa de Conversão



- ✓ PPPs devem ser obrigatoriamente precedidas de estudos prévios (Planejamento Público e prioridades; Value for Money; Viabilidade Econômica, Técnica, Ambiental e Jurídica; Modelagem etc.)
- ✓ Modalidades dos Estudos: Administração Pública; Contratação de Consultores (direta ou por licitação); Convênios e PMIs

ANO	PMIs Publicadas
2005 a 2009	Não disponível
2010	4
2011	24
2012	31
2013	54
2014	49
2015	161
2016	105
2017	138 (até 09/2017)
Total:	566

- ✓ Radar PPP:
 - estima prazo médio de 21 meses para PMI resultar em licitação
 - taxa de conversão declinante: atualmente em apenas 8,13%
- (das 161 PMIs iniciadas em 2015, resultaram 48 consultas públicas, das quais 42 evoluíram para licitação efetiva, resultando em apenas 13 contratos assinados)

Situação Jurídica dos Contratos de PPPs: Taxa de Mortalidade



SITUAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS DE PPPS (10/2017)

<u>CONTRATOS TERMINADOS ANTECIPADAMENTE</u>	<u>CONTRATOS COM EXECUÇÃO SUSPensa</u>	<u>CONTRATOS COM TÉRMINO IMINENTE</u>	<u>CONTRATOS COM CONTRAPRESTAÇÃO OU APORTE SUSPENSOS OU INADIMPLENTES</u>	<u>OUTROS CONTRATOS COM IRREGULARIDADES APONTADAS P/ TRIB.CONTAS</u>
10 (9,6% dos Contratos)	3 (2,9% dos Contratos)	8 (7,7% dos Contratos)	7 (6,7% dos Contratos)	2 (1,9% dos Contratos)
TOTAL DE CONTRATOS OU CONTRATAÇÕES COM VÍCIOS MATERIAIS				30 (28,8% dos Contratos)

	PPP Federal	PPPs Estaduais	PPPs Municipais	Conjunto das PPPs
Prazo Médio de Vigência Total Prevista conforme Contratação Original	15,00	23,02	25,15	24,01
Prazos mais frequentes	N/A	30 anos (21 ocorrências)	30 anos (9 ocorrências)	30 anos (30 ocorrências)
Prazo médio de vigência percorrida dos contratos até out 2017				4,42 anos (18,42% do Prazo Médio de Vigência)

Diagnóstico e Conclusões:



- ✓ Existe enorme espaço para uma disseminação muito maior das PPPs para atender necessidades relevantes da administração pública e da sociedade
- ✓ Embora o histórico de 104 PPPs em 13 anos da vigência desse modelo legal mostre uma contribuição relevante, ela é ainda muito aquém das necessidades do Brasil, com sua dimensão continental, população, 26 Estados, o DF e cerca de 5.570 Municípios
- ✓ Baixa taxa de conversão (8%) e alta e precoce taxa de mortalidade (30%) revelam disfunções também presentes e materiais nessa modalidade mais avançada de contratação

DESAFIOS

- Baixa capacidade institucional dos entes públicos contratantes
- Baixa qualidade dos estudos e projetos – ineficiências nos modelos pelos quais tais estudos são preparados
- Comprometimento dos empreendedores locais com maior capacidade técnica e financeira para projetos complexos em infraestrutura (Lava Jato)
- Embora em evolução, cultura administrativistas ainda é excessivamente burocrática; desconfiança do setor privado e avessa a inovações
- Controle frequentemente excessivo e disfuncional (Tribunais de Contas; Ministério Público; Judiciário; Agências Reguladoras; Controle Interno)
- Insegurança jurídica
- **Garantias do setor público e financiabilidade dos projetos**

Necessidade das Garantias

- ✓ Risco de Inadimplemento e Atraso nos Pagamentos é historicamente alto
- ✓ Risco agravado com a crise econômica e política dos últimos anos
- ✓ Primeiros precedentes judiciais desfavoráveis: PPP de Rio das Ostras
- ✓ Precatório não é uma alternativa viável – 5 moratórias sucessivas e grande incerteza
- ✓ Sem garantias sólidas, investidores internacionais ou de maior porte tendem a não participar
- ✓ Investidores com maior apetite de risco apresentam maior risco de execução e precificação mais onerosa
- ✓ Sem garantias sólidas, financiabilidade do projeto fica comprometida

RISCO DE CRÉDITO (INADIMPLEMENTO ABSOLUTO)

X

RISCO DE ILIQUIDEZ

Inseguranças quanto à legalidade ou exequibilidade de garantia frustram o seu propósito que é de oferecer segurança ao adimplemento tempestivo da obrigação garantida

Modalidades de Garantias



+ Solidez
Jurídica



- 1) Cessão de Créditos (Receitas) Privados (disponível para estatais operacionais)
 - 2) FGP/Federal – FGIE ABGF
 - 3) Estatal Garantidora Não Dependente
 - 4) Fundos Garantidores de Direito Privado Estaduais ou Municipais
 - 5) Contas Garantias com recursos depositados ou receitas vinculadas
 - 6) Garantia Real sobre Bens da Administração Direta
- a) Mecanismos de Financiamento com liberação atrelada a aporte de recursos

Como estruturar garantias mais seguras

- ✓ Garantia deve ser estruturada para resistir a questionamentos e **manter-se exequível durante o trâmite de eventual disputa**, ao menos até que sobrevenha decisão de mérito (i) reconhecendo que a obrigação garantida não é válida, devida ou não foi inadimplida; ou que (ii) a garantia não é válida ou exequível
- ✓ Contrato deve **explicitar tal objetivo** da garantia como premissa do contrato de PPP, a fim de que o Poder Judiciário ou Tribunal Arbitral possam dar efetividade à intenção manifestada pelas partes
- ✓ Art. 190 do CPC – Negócio Jurídico Processual
- ✓ Ativos líquidos x Valor das Garantias
- ✓ Agentes de Garantia Independentes; Verificadores Independentes
- ✓ Programas de PPPs

- ✓ Lei Federal com autorização para Estados e Municípios criarem Fundos Garantidores com personalidade jurídica própria e de Direito Privado
- ✓ Ajustes pontuais ao art. 167, IV e §§ da CF para confirmar a possibilidade de vinculação em garantia-real de receitas oriundas dos FPEs e FPMs e dívida ativa
- ✓ Lei Geral de Garantias Públicas
- ✓ Ajustes à Res. CMN que trata das normas de contingenciamento de crédito ao setor público
- ✓ (...)

OBRIGADO

José Virgílio Lopes Enei

Sócio

Head da Área de Infraestrutura e Energia

jvirgilio@mmso.com.br

11.3150-7041

LEGAL INTELLIGENCE CENTER

Our insights on issues that impact your business

MACHADO, MEYER, SENDACZ E OPICE ADVOGADOS
SÃO PAULO / RIO DE JANEIRO / BRASÍLIA / PORTO ALEGRE / BELO HORIZONTE / NEW YORK

MACHADO
MEYER
.COM

