



CONTRIBUIÇÕES DA CBIC

À COMISSÃO ESPECIAL DO NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA PPPS, CONCESSÕES E FUNDOS DE INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA



CONTRIBUIÇÕES DA CBIC À COMISSÃO ESPECIAL DO NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA PPPS, CONCESSÕES E FUNDOS DE INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA

José Carlos Martins PRESIDENTE DA CBIC

Carlos Eduardo Lima JorgeVICE-PRESIDENTE DE ÁREA DE INFRAESTRUTURA - CBICLuis Henrique Macedo CidadeCOORDENADOR DE RELAÇÕES INSTITUCIONAISGeórgia Grace BernardesGERENTE DE NEGÓCIOS E PROJETOS - CBICAllan de CarvalhoCOORDENADOR DE COMUNICAÇÃO - CBICDenise Soares PutzkeGESTORA DOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

CONTEÚDO

APRESENTAÇÃO E TEXTO ARGUMENTATIVO:

José Carlos Martins - PRESIDENTE DA CBIC

Carlos Eduardo Lima Jorge - VICE-PRESIDENTE DE ÁREA DE INFRAESTRUTURA - CBIC

CONTEÚDO DAS PROPOSTAS DE PROJETO LEGISLATIVO:

Baseado nas contribuições de **Fernando Vernalha** (Professor de Direito Administrativo e Sócio do VGP Advogados) apresentadas à Comissão Especial do Novo Marco Regulatório para PPPs da Câmara dos Deputados

CONTEÚDO DO ANEXO 1 - COMO MELHORAR A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DE MÉDIO PORTE NO MERCADO DE INFRAESTRUTURA

José Carlos Martins – CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO (CBIC) Fernando Vernalha – VERNALHA GUIMARÃES E PREREIRA ASSOCIADOS VG&P

CONTEÚDO DO ANEXO 2 - TOOLKIT

Cristiana Fortini – CARVALHO PEREIRA FORTINI ADVOGADOS Fernando Vernalha – VERNALHA GUIMARÃES E PREREIRA ASSOCIADOS VG&P Gesner Oliveira – GO ASSOCIADOS

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Denise Soares Putzke GESTORA DOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

DIAGRAMAÇÃO

Paulo Henrique Freitas de Paula DESIGN GRÁFICO

IMAGENSShutterstock

www.cbic.org.br

www.cbicservicos.com.br

f www.facebook.com/cbicbrasil

www.twitter.com/cbicbrasil

www.instagram.com/cbic.brasil/

www.youtube.com/user/cbicvideos

in www.linkedin.com/company/cbicbrasil/

www.flickr.com/photos/cbicfotos

Brasília-DF, Setembro 2019

Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC SBN - Quadra 01 - Bloco I Ed Armando Monteiro Neto, 3° e 4° andar CEP: 70040-913 Telefone: (61) 3327-1013



ÍNDICE

Anexo 2: Proposta para a padronização de minutas de leis, decretos, edita e contrato para programas municiais de concessão e parceria público-privada	
Anexo 1: Como melhorar a participação de empresas de médio porte no mercado de infraestrutura	23
Art. XXX. A Lei 11.079/2004 passa a vigorar com o acréscimo do seguinte artigo: Artigo 28-A e Artigo 29-A	22
Artigo 34-A Artigo 39-A Artigo 39-B	21 21 22 22 22
Artigo 24-A Artigo 24-B Artigo 24-C Artigo 24-D Artigo 29	20 20 21 21 21
Artigo 23-D Artigo 23-E Artigo 23-F Artigo 23-G	16 17 19 19
Artigo 23 Artigo 23-A Artigo 23-B Artigo 23-C	14 15 16 16
Artigo 18 Artigo 22-A Artigo 22-B Artigo 22-C Artigo 22-D Artigo 22-E Artigo 22-F	09 11 12 13 13 14
Art. XX. A Lei 8.987/95 passa a vigorar com a seguinte redação e acrescido dos seguintes artigos:	09
II- Alterações Legislativas	09
I - Princípios	08
Atualizações propostas para a Lei de Concessões (Lei 8.987/95)	08
Apresentação	06

APRESENTAÇÃO

Prezado Senhores Deputados Federais João Maia e Arnaldo Jardim, Presidente e relator da Comissão Especial do Novo Marco Regulatório para PPPs, Concessões e Fundos de Investimentos em Infraestrutura,

O Brasil tem na Construção Civil uma mola propulsora do desenvolvimento, mas que atualmente está comprimida (acumula a perda de 1,4 milhão de empregos, ou 41% de sua força de trabalho, entre 2014 e 2019), afetada especialmente por uma crise fiscal que reduziu a capacidade do Poder Público de investir com recursos próprios e que tem obrigado à correta implementação de uma política de redução do tamanho e das funções do Estado. Na esteira desse processo histórico, envidamos esforços do setor por reformas estruturantes nas políticas trabalhista, previdenciária e tributária.

Em momento de crise é necessário pensar em alternativas para fazer com que a economia nacional volte a gerar dividendos suficientes à população. A Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) sempre priorizou o diálogo como forma de elaborar diretrizes e ações públicas que possam contribuir para o crescimento do País, objetivando melhorar a qualidade de vida do cidadão.

Mostra do potencial da Indústria da Construção de alavancar o trabalho e a geração de riqueza nacionais é a reversão da expectativa de queda do Produto Interno Bruto (PIB) no segundo trimestre de 2019, com um crescimento de 0,4% no período puxado pela alta de 1,9% do PIB da Construção, com destaque para o Mercado Imobiliário – único com bom desempenho dentre os quatro pilares da Construção. Os outros são Obras Industriais, Obras Públicas e Infraestrutura. Entretanto, é este último, o segmento da Infraestrutura, o que reúne condições de tornar-se o carro-chefe da retomada do desenvolvimento.

Os investimentos em Infraestrutura são indispensáveis no cenário atual, por impactarem positivamente a produtividade da economia em todos os setores, inclusive o da Construção Civil. Existe uma capacidade ociosa. Há quase três décadas os investimentos em infraestrutura giram entre 2% e 3% do PIB, ou seja, o País, na melhor das hipóteses, tem conseguido repor o capital de infraestrutura que se deprecia.

Com base na experiência internacional, o investimento deveria ser, no mínimo, de 3% do PIB para manter o estoque de capital existente. Faz-se necessário pavimentar e iluminar o caminho para o investimento privado, por meio de Parcerias e Concessões.

Nesse contexto, o presente documento – Contribuições da CBIC à Comissão Especial do Novo Marco Regulatório para Parcerias Público-Privadas (PPPs), Concessões e Fundos de Investimentos em Infraestrutura –, em correalização com o SENAI Nacional, busca contribuir com a sociedade no objetivo de formular regras que ajudem a fomentar a realização de Parcerias e Concessões. Isso porque a CBIC acredita que estes constituem instrumentos fundamentais para o desenvolvimento da infraestrutura e, consequentemente, para o crescimento sustentado da Nação. O amplo acesso a estes mecanismos pelo setor privado poderá contribuir decisivamente para o aumento do investimento e atenuação da atual recessão.

Como temos percebido que o Brasil deve ampliar o uso das concessões e de parcerias, como forma de manter o desenvolvimento da infraestrutura num período de ajuste fiscal que implicará em retração dos investimentos com recursos exclusivamente públicos, pretendemos contribuir proativamente com as três esferas de Poder Executivo nessa temática. Aliás, entendemos que é necessário que a inclinação do Governo Federal e do Congresso Nacional a favor das Parcerias e Concessões passe a fazer parte do cotidiano do setor, tornando-se, de fato, uma política pública orgânica, perene e transparente.

Sabe-se que há diversos entraves à entrada de um número maior de empresas em PPPS e Concessões. Tais obstáculos se manifestam em diversas fases de formatação de uma parceria ou concessão: concepção do projeto, elaboração do arcabouço jurídico-legal, levantamento de formas recorrentes de funding e prestação de garantias públicas.

Neste material, propomos formas de mitigar as dificuldades existentes, durante a revisão e o aperfeiçoamento do marco regulatório sobre essas atividades. Entendemos que esse trabalho complementa o esforço da Indústria da Construção por uma agenda positiva para retomar o emprego e o crescimento e também o desenvolvimento do nosso País e esperamos que todos sejam beneficiados com os bons frutos que esse processo, temos certeza, vai gerar nos próximos anos.



ATUALIZAÇÕES PROPOSTAS PARA A LEI GERAL DE CONCESSÕES (LEI 8.987/95)

I - Princípios

As contribuições ora encaminhadas, baseiam-se em cinco princípios fundamentais para o aprimoramento do instituto das Parcerias:

1. Parceria por metas

Não é possível tratar os projetos de Parcerias (Concessões, PPPs) com os mesmos regramentos das empreitadas definidas através da Lei Geral de Licitações. O novo modelo de Parcerias deve se inspirar no setor de Energia Elétrica, qual seja o de Parceria por Metas.

O setor privado deve garantir uma determinada prestação de serviço, focando em alcançar metas previstas em contrato – com liberdade de estruturar seu projeto, o formato da parceria, com a liberdade de propor as inovações que julgar compatíveis.

2. Major flexibilidade nos contratos

Nos contratos de Parcerias, não cabe a aplicação dos limites de 25% e de 50% do valor do contrato às alterações contratuais havidas no âmbito das Concessões. Esses limites vigoram para contratos de curto prazo (Lei 8.666/93). Os contratos de Parcerias não devem se submeter aos limites de alterabilidade aplicados em contratos de obras.

3. Segurança Jurídica – Menos Judicialização

A nova legislação deve tornar expressa a possibilidade de que verificadores e auditores independentes, atuem na aferição dos resultados da Concessão e também na execução de cálculos de reequilíbrios e de indenizações, mitigando o risco de interferências políticas e administrativas nestes expedientes, ou mesmo de incapacidade técnica das Administrações Públicas.

Outro ponto que contribui para ampliar a segurança jurídica nos contratos de Parcerias é a permissão para que o objeto dos contratos possa ser adaptado ou alterado durante sua execução, por proposição do poder concedente ou do concessionário privado, inclusive quando demonstrada a sua obsolescência por razões técnicas ou econômicas, ou por inadequação do projeto original, nos termos previstos em contrato, vedada a desnaturação de seu objeto.

4. Aprimoramento da Matriz de Riscos

A definição antecipada de quem melhor poderá administrar os riscos

de execução de contratos de longo prazo, é fator de segurança para contratantes e contratados.

Assim, a execução do contrato de Parceria deverá ser precedida da firmatura de termo para disciplinar prazos e condições ao cumprimento pelas partes de providências e obrigações preliminares à parceria (sem as quais não se inicia a contagem de prazo do contrato), como por exemplo a realização de desapropriações e/ou desocupações, a obtenção de licenciamentos ambientais.

5. Garantias

Grave problema na estruturação de projetos de Parcerias é a escassez ou a fragilidade das garantias disponíveis pela Administração Pública.

Uma forma de contribuir para melhorar essa barreira seria a da legislação permitir expressamente a possibilidade de os contratos de Parcerias pressuporem a criação de contas-garantias destinadas a reservar recursos oriundos de repasses do Fundo de Participação dos Estados ou do Fundo de Participação dos Municípios – de forma a garantir o cumprimento das contraprestações públicas.

II - Alterações Legislativas

Art. XX. A Lei 8.987/95 passa a vigorar com a seguinte redação e acrescido dos seguintes artigos:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, assegurando-se em todos os casos do direito do concessionário de percebe-las parcial ou integralmente a partir de sua exploração:

VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço, sendo inaplicáveis à hipótese os limites estabelecidos no § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/93;

Comentários: A proposta pretende afastar a aplicação dos limites de 25% e 50% do valor do contrato às alterações contratuais havidas no âmbito de concessões. Estes limites vigoram para contratos de curto prazo (Lei 8.666/93) e não raramente são aplicados aos contratos de concessão. Não faz sentido impor limites rígidos



à alterabilidade de contratos de longo prazo como são as concessões.

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;
 X - a relação completa dos bens reversíveis ou, quando esta não for possível de ser elaborada, a identificação conceitual dos atributos e das características de bem reversível, com vistas a orientar a classificação dos bens ao final do contrato;

Comentários: A proposta pretende acolher a boa prática de fazer constar nos contratos de concessão a definição conceitual de bem reversível, mitigando o risco de disputas sobre a classificação e bens que ocorre ao final da execução da concessão. Boa parte dos bens reversíveis ou não existirão ao tempo da licitação ou não constarão do inventário disponível em virtude de dificuldades na sua contabilização.

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, a identificação das suas principais funcionalidades e de eventuais parâmetros necessários para a definição dos indicadores de qualidade e de quantidade do serviço que comporão o sistema de pagamento do concessionário, vedadas especificações mais avançadas para a execução da obra que caracterizem nível de detalhamento de anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo; (ALTERNATIVA – Vide art. 23-B)

Comentários: A proposta pretende limitar o nível de detalhamento das especificações de obras que integrem contratos de concessão, assegurando a autonomia de gestão do concessionário para definir as suas características, comprometendo-se com o atingimento dos indicadores de serviço. Embora essa já seja uma característica do modelo concessionário, não raramente as concessões, especialmente aquelas que englobam a execução e obra, têm sofrido intervenções dos controladores acerca de ques-

tões atinentes às obras e aos EPCs, como se fossem equiparáveis a contratos de empreitada.

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

Art. 22-A. Para a execução de serviços técnicos de estruturação de projetos de concessão, envolvendo a elaboração de estudos técnicos, de engenharia, jurídicos e econômico-financeiros, assim como todas as demais prestações inerentes à sua estruturação completa, será utilizado preferencialmente o processo de colação, com a observância dos seguintes procedimentos e diretrizes:

I - O processo de colação será realizado por meio do envio de consulta a no mínimo três profissionais, empresas, ou entidades capacitadas, que atendam a requisitos de habilitação em função de suas qualidades e atuação anterior em porte e complexidade equivalente ou superior ao objeto a ser contratado;

II - A consulta terá por objeto a apresentação de proposta de honorários para a estruturação integral ou parcial de projeto de parceria público-privada ou de concessão de serviço público ou, ainda, de contratos equivalentes, podendo envolver todas as atividades inerentes à elaboração dos estudos, projetos e levantamentos, apoio técnico no processo de consulta pública, audiência pública e licitação, assim como na divulgação do programa a interessados e demais prestações que integrem o programa concessionário, de acordo com as especificações contidas na consulta.

III – A consulta poderá prever fase única de apresentação de propostas de honorários, a partir da qual se definirá o licitante vencedor segundo os critérios estipulados pela Administração Pública no instrumento convocatório, podendo alternativamente prever a realização de fases sucessivas, sendo permitido à Administração Pública incluir ou excluir consultados para viabilizar a comparação dinâmica, efetiva e realista de propostas, inclusive mediante revisão de seu conteúdo e negociação direta com os proponentes, observados o interesse público e as características do mercado respectivo;

IV – A Administração Pública poderá considerar acréscimos de escopo, metodologias e demais alterações propostas pelos licitantes, ainda que não previstas inicialmente na consulta, facultada aos licitantes a possibilidade de revisão de suas propostas para sua adequação;

V – O critério de seleção da proposta mais vantajosa será definido pela Administração Pública segundo avaliação discricionária, de



acordo com as características do objeto e do respectivo mercado, observadas as boas práticas de mercado;

VI – Para fins da seleção da proposta vencedora, e de acordo com os termos da consulta, a Administração Pública poderá considerar o menor preço, a melhor técnica, a combinação de preço e técnica, assim como a melhor técnica em função de preços pré-estabelecidos de acordo com pesquisa simplificada de preços, admitindo-se a proposição pelo ofertante ou a estipulação pela Administração de preços unitários por hora trabalhada, assim como de preços máximos globais ou por etapa de execução;

VII – Na hipótese de o regime de remuneração basear-se na hora trabalhada, o valor de remuneração será definido a partir da apresentação pelo contratado de relatórios de hora trabalhada nos marcos temporais definidos na consulta;

VIII - A estruturação do processo de colação obedecerá a procedimento e prazos definidos na consulta, segundo avaliação discricionária da Administração Pública, de acordo com as características do objeto e do respectivo mercado, observadas das boas práticas de mercado:

IX - Ao final do processo de seleção a Administração poderá contratar os respectivos serviços técnicos com:

a - consórcio privado de profissionais, empresas ou entidades capacitadas; ou

b - profissionais, empresas ou entidades capacitadas, garantida a adequada integração dos estudos a serem desenvolvidos por cada um dos contratados por meio de mecanismos de coordenação a serem previstos nos contratos.

X - O contrato poderá autorizar a subcontratação de parcelas dos serviços técnicos, desde que:

a - o contratado inicial assuma a obrigação pela sua execução completa e pela sua coordenação geral; e

b - os subcontratados comprovem a sua especialização, conforme critérios definidos pela Administração, a quem incumbirá a sua aceitação, observada, ainda, a sua regularidade fiscal e trabalhista.

Parágrafo único. O processo de colação poderá ser utilizado para a contratação de serviços de treinamento e capacitação das Administrações à estruturação de programas de concessões, bem como para dotá-las de conhecimento técnico para realizar o planejamento

administrativo e proceder às análises e avaliações inerentes à implementação e estruturação do programa concessionário.

Art. 22-B. As Administrações poderão utilizar processo de credenciamento para a contratação dos serviços referidos no artigo 22-A, hipótese que observará as seguintes regras e diretrizes:

I – Poderá ser criado credenciamento de prestadores de serviços de estruturação de projetos, integrada ou não, a partir de parâmetros e critérios de habilitação definidos em edital de credenciamento;

 II – O sistema de credenciamento poderá prever níveis distintos de qualificação, com vistas a subsidiar a contratação de objetos mais ou menos complexos, a depender dos termos do edital de credenciamento:

III – Uma vez constituída a lista de prestadores credenciados, a Administração poderá convocar os credenciados, conforme a ordem e os critérios definidos no edital de credenciamento, para que, no prazo indicado, respondam à proposta de contratação para a execução de serviços especificados;

IV – A proposta será instruída com definição do preço a ser pago, extraído de sistema de precificação de serviços de estruturação de programas concessionários ou de pesquisas de mercado, de todas as condições de execução e de remuneração;

V – A remuneração proposta para o prestador poderá basear-se, alternativa ou cumulativamente, em valor de hora trabalhada, em valores fixos ou máximos por etapa de execução;

VI – O credenciamento poderá valer-se de cadastro de profissionais ou de empresas desenvolvido por entidades das Administrações Públicas federal, estadual ou municipal, por autarquias de fiscalização profissional, desde que apto a satisfazer as necessidades de qualificação;

VII – A Administração manterá sistema de monitoramento dos contratos de execução dos serviços referidos no caput, com vistas a atribuir níveis de qualidade ao prestador, a partir da avaliação dos resultados do serviço prestado, para fins de atestação do serviço executado.

Art. 22-C. O Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI poderá ser utilizado no âmbito da Administração Pública para a elaboração, atualização ou complementação de projetos, estudos e levantamen-



tos para instruir programas de concessão e de parceria público-privada com vistas a subsidiar total ou parcialmente o desenvolvimento de contratação de contratos de parceria, podendo envolver atividade de capacitação e treinamento das Administrações, nos termos desta Lei e do regulamento.

Art. 22-D. Qualquer interessado da iniciativa privada poderá provocar a Administração Público por meio de Manifestação de Interesse Privado (MIP) com vistas a propor a elaboração de projetos, estudos e levantamentos para instruir programas de concessão ou de parceria público-privada, ou de contratos análogos, a qual, se aprovada, poderá dar origem ao desenvolvimento de um PMI.

Parágrafo único. A Administração Pública poderá condicionar a apresentação de MIPs ao recolhimento de valores estipulados em função do ressarcimento de custos de análise.

Art. 22-E. O desenvolvimento dos projetos, estudos ou levantamentos pelo interessado depende da formalização de um ato de autorização pela Administração Pública, que poderá ser conferido à pessoa física, jurídica ou a consórcio de pessoas físicas ou jurídicas, segundo os critérios definidos no edital de chamamento público.

Parágrafo único. O ato de autorização poderá ser conferido com exclusividade, hipótese em que:

I - a exclusividade da autorização deverá constar do edital de chamamento público de PMI;

II - o ato de autorização exclusiva deverá estar acompanhado da indicação das razões que justificam a opção pelo autorizatário, contendo análise comparativa das credenciais técnicas e jurídicas dos interessados, a partir do exercício de discricionariedade técnica da Administração e de acordo com os critérios e parâmetros definidos no edital de chamamento público;

III - o autor do projeto poderá participar da licitação para a execução do contrato de concessão ou parceria público-privada, salvo disposição diversa contida no edital de chamamento público.

Art. 22-F. O cancelamento do ato de autorização pela Administração fica condicionado à demonstração de fato superveniente devidamente justificado, que demonstre as razões de interesse público que as ensejam, assegurado o ressarcimento indenizatório ao autorizatário na hipótese do eventual aproveitamento do projeto.

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço, aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas, **assim como ao sistema de pagamento**;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la, admitindo-se a participação de verificadores e auditores independentes na aferição dos resultados e dos indicadores de serviço, na execução de cálculos de reequilíbrio econômico-financeiro e de indenização às partes, na aprovação de projetos ou no recebimento de parcelas da obra, quando for o caso, assim como na resolução de dúvidas acerca de questões técnicas inerentes às fiscalização da concessão;

Comentários: A proposta pretende tornar expressa a possibilidade de que verificadores e auditores independentes atuem na aferição dos resultados da concessão e também na execução de cálculos de reequilíbrio e de indenização, mitigando o risco de interferências políticas e administrativas nestes expedientes, ou mesmo de incapacidade técnica das Administrações.

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária **e o Poder Concedente** sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis, contendo sua indicação ou a definição conceitual das características e atributos de bem reversível para o fim da classificação de bens ao final da concessão;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária;

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

XVI – à matriz de riscos da concessão, alocando-se à responsabili-



dade do Concessionário apenas riscos que consiga gerenciar adequadamente ou que sejam objeto de seguro a preços acessíveis de mercado.

Art. 23-A. O contrato de concessão **preverá preferencialmente** o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da <u>Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.</u> (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Comentários: O objetivo desta proposta é tornar a arbitragem o método preferencial para dirimir os conflitos oriundos concessão. Embora já possível, muitos contratos de concessão ainda preveem o Poder Judiciário como instância própria para a solução de controvérsias. A arbitragem pode ser uma instância mais célere e qualificada para esse fim.

Art. 23-B. Os contratos de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública pressuporão a autonomia de gestão do concessionário quanto à elaboração dos projetos básico e executivo, à eleição das metodologias construtivas e dos materiais a serem empregues na obra, à definição de quantidades e da qualidade dos insumos e serviços inerentes à construção e à manutenção da obra, observado em todos os casos o cumprimento dos indicadores de serviço nos termos do sistema de pagamento definido em contrato; (Tem relação com o inciso XV do art. 18)

Comentários: A proposta pretende limitar o nível de detalhamento das especificações de obras que integrem contratos de concessão, assegurando a autonomia de gestão do concessionário para definir as suas características, comprometendo-se com o atingimento dos indicadores de serviço. Embora essa já seja uma característica do modelo concessionário, não raramente as concessões, especialmente aquelas que englobam a execução e obra, têm sofrido intervenções dos controladores acerca de questões atinentes às obras e aos EPCs, como se fossem equiparáveis a contratos de empreitada.

Art. 23-C. Com vistas a definir os níveis de qualidade e de disponibilidade na prestação do serviço, os contratos de concessão deverão prever indicadores de serviços a serem periodicamente aferidos para o fim de informar o sistema de remuneração variável do concessionário;

Parágrafo único. Os contratos de concessão definirão indicadores mínimos de qualidade e de quantidade na prestação do serviço, cujo descumprimento ensejará a aplicação de sanções estipuladas contratualmente para cada caso.

Art. 23-D. Os contratos de concessão preverão a constituição de comitês técnicos formados por profissionais capacitados e auditores independentes, indicados pelas partes, encarregados de deliberar sobre ou de manifestar opiniões e pareceres técnicos, com força vinculativa ou não às partes, a depender dos termos do contrato, a propósito das seguintes matérias, exemplificativamente:

I - aprovação de projetos executados pelo parceiro privado, no que se refere aos aspectos técnicos, e de correspondência com as metas e parâmetros definidos no edital e no contrato;

II - divergências de natureza técnica ou contábil relativamente ao pagamento de ressarcimentos indenizatórios e de reequilíbrio econômico-financeiro;

III - adequação técnica e correção contábil de aditivos contratuais a propósito de adaptações, ajustes e alterações, programadas ou não, no objeto da parceria;

IV - divergência quanto ao cálculo do reajuste de tarifa e da atualização de contraprestação pública, inclusive quanto a encargos moratórios, quando for o caso;

V - divergências quanto a aspectos técnicos fundamentais relacionados à alegação das partes quanto ao cumprimento ou descumprimento de encargos pela outra, nos limites definidos em contrato.

VI – resolução de dúvidas ou de ambiguidade relativamente ao conteúdo das obrigações contratuais e quanto aos fatos relevantes que possam interferir na sua execução.

Parágrafo único. Os comitês técnicos poderão reunir-se por provocação das partes ou na periodicidade estipulada em contrato.

Comentários: A proposta desta norma é inspirada na Lei do PAR e pretende acolher a participação dos dispute boards nas concessões para dirimir questões sensíveis ao interesse do concessionário. É uma proposta que contribui para mitigar o risco das interferências políticas ou administrativas em decisões relevantes, assim como para admitir uma instância tecnicamente qualifica-



da para instruir os expedientes de resolução de controvérsias (os números atinentes aos dipute boards na experiência internacional são bastante positivos). O objetivo de especificar (exemplificativamente) as matérias que podem ser objeto de deliberação pelo dispute board é evitar dúvidas e discussões no âmbito do sistema de controle.

Art. 23-E. O objeto dos contratos de concessão poderá ser adaptado ou alterado durante a sua execução, por proposição do poder concedente ou do concessionário privado, inclusive quando demonstrada a sua obsolescência por razões técnicas ou econômicas ou por inadequação do projeto original, nos termos previstos em contrato, vedada a desnaturação de seu objeto.

§ 1º Toda a alteração no objeto da concessão deverá pressupor a manutenção das condições econômicas da proposta classificada na licitação, assegurando-se a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato.

§ 2° Os contratos de concessão de serviço público não estão sujeitos aos limites à alteração do objeto e de valor impostos pelo art. 65 da Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 3° Serão admitidas alterações na concessão que acresçam ou diminuam seu objeto, com a inclusão ou exclusão no programa concessionário de obras e serviços, assim como de tecnologias e serviços acessórios, desde que convenientes para assegurar a maior eficiência na prestação do serviço e na execução do contrato, exigindo-se motivação;

§ 4° As alterações implementadas no contrato de concessão serão acompanhadas da manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, a partir de critérios e parâmetros estabelecidos em contrato, ou, ausência deste, em aditivo;

§ 5° O ato de alteração unilateral da concessão pelo Poder Concedente, inclusive para a hipótese referida no § 4° do artigo 9° desta Lei, apenas produzirá efeitos a partir de sua aprovação pelo comitê técnico referido no artigo 23-D desta Lei, após a demonstração da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro embasada por cálculos realizados ou auditados por consultoria independente;

§ 6° O ato de alteração unilateral da concessão será preferencialmente precedido de negociação entre o poder Concedente e o Concessionário, com vistas à celebração de um acordo integrativo adjeto ao

ato de alteração, que cuidará de estipular todas as condições para a sua implementação, assim como as obrigações do Concessionário e do Poder Concedente, inclusive quanto à realização de providências instrumentais por este e quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro.

Comentários: A proposta desta regra é inspirada na Lei do PAR (Programa de Parcerias do Paraná) e pretende contribuir para ampliar a segurança jurídica de ajustes e aditivos que alterem o conteúdo do contrato de concessão com vistas a para adaptá-lo a novas circunstâncias. Não raramente as alterações e adaptações de concessões - inevitáveis nesses contratos de longo prazo – são censuradas pelos controladores sob a alegação de uma suposta violação ao princípio da licitação. A proposta desta norma visa a oferecer maior segurança jurídica para que adaptações que não desnaturem o objeto da concessão possam ser implementadas.

23-F. Os contratos de parceria deverão prever regras e procedimentos para a postulação de reequilíbrio econômico-financeiro pelo concessionário, prazo para análise e resposta pela Administração não superior a sessenta dias, metodologia de cálculo do valor do desequilíbrio, inclusive da forma de cálculo da taxa de desconto intertemporal e da identificação das formas de reequilíbrio.

Parágrafo único. Será admitida a prorrogação do prazo referido no caput deste artigo, na hipótese de sua insuficiência em função de complexidades de análise devidamente justificadas pela Administração.

Comentários: A proposta desta regra é melhorar a governança pública para a tramitação dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Art. 23-G. A execução do contrato de concessão poderá ser precedida da firmatura de termo para disciplinar prazos e condições ao cumprimento pelas partes de providências e obrigações preliminares à parceria, assim consideradas, exemplificativamente:

I - a realização de desapropriações e desocupações necessárias ao início da parceria;

II - a obtenção de licenciamentos ambientais e a regularização de passivos ambientais;

III - a estruturação de garantias contratuais, inclusive aquelas destinadas a acautelar o parceiro privado, quando ainda não concluídas;



IV - a obtenção de aceite por agente financiador de longo prazo sobre as garantias públicas, quando for o caso;

V - outras medidas e providências consideradas fundamentais e prévias ao início do curso do prazo da parceria.

Parágrafo único. O termo para o cumprimento de providências e obrigações preliminares referido no caput deste artigo será um anexo obrigatório do edital de licitação do contrato de parceria e conterá prazos próprios e independentes dos prazos e da vigência da parceria.

Comentários: A proposta desta norma é possibilitar que as concessões contem com uma etapa prévia, para que providências preparatórias possam ser implementadas, sem que inicie a contagem do prazo do contrato.

Art. 24-A. O poder concedente deverá reequilibrar o contrato sempre que durante a sua execução se verifique a materialização de riscos alocados contratualmente à sua esfera de responsabilidade e que repercutam prejuízos ao parceiro privado, ou na hipótese de ocorrência de evento atinente à álea extraordinária e extracontratual de que trata a alínea "d" do inciso II do art. 65 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

- § 1°. Quando instituído pelo contrato de parceria comitê técnico cujas atribuições abranjam a análise de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, sua manifestação opinativa ou vinculativa, a depender dos termos contratuais, deverá ser considerada pela Administração em sua resposta.
- § 2°. O contrato de concessão estipulará as formas jurídicas para a implantação do reequilíbrio econômico-financeiro, a serem definidas consensualmente.
- § 3°. A alteração de prazo pode ser prevista pelo contrato de concessão como forma de restabelecer, parcial ou integralmente, o seu equilíbrio econômico-financeiro, sendo inaplicáveis para a hipótese os limites de prazo ou de prorrogabilidade de concessões estabelecidos em contrato ou definidos na legislação.

Comentários: A proposta desta norma é disciplinar melhor o tratamento do reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Art. 24-B. As alterações de prazo nos cronogramas de entrega de projetos, de entregas das obras ou de disponibilização do serviço, e aquelas no prazo contratual de operação da concessão, a que fizer jus o concessionário em virtude de hipóteses previstas em contrato ou na legislação, não estarão sujeitas aos limites de prazo e de prorrogabilidade definidos em contrato ou em lei.

Comentários: O objetivo desta proposta desta norma é tornar explícita a diferença entre alteração de prazo pela ocorrência de fatos alheios ao domínio do concessionário e prorrogação ordinária da concessão. Não raramente os controladores censuram modificações de prazo da concessão para compensações, em virtude destas extensões ultrapassarem o prazo máximo da concessão (computadas prorrogações).

Art. 24-C. As oportunidades de negócios vinculadas direta ou indiretamente à operação da concessão capazes de gerar receitas alternativas ao projeto, e que não estiverem definidas no edital de licitação e no contrato, poderão ser exploradas pelo concessionário, a partir da anuência do Poder Concedente.

Comentários: O objetivo desta proposta desta norma é disciplinar melhor o tratamento jurídico das receitas alternativas, assegurando-se ao concessionário o direito de explorar as oportunidades de negócio associadas à concessão.

Art. 24-D. As decisões e escolhas do regulador e do administrador público relativamente ao planejamento e à execução da concessão não poderão ser anuladas ou constituir motivo de censura e penalização pelos órgãos de controle em função de divergência de entendimento técnico.

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários, admitindo-se em todos os casos a participação de verificadores e auditores independentes e externos aos



quadros da Administração, nos termos definidos nesta Lei e no contrato de concessão.

Comentários: O objetivo desta proposta é acolher (novamente) a participação de verificadores independentes na aferição do serviço concedido.

Art. 34-A. Os efeitos do ato de intervenção estarão condicionados à aprovação pelo comitê técnico.

Art. 34-B. Quando os fatos considerados para a decretação da intervenção envolverem descumprimento de obrigações financeiras ou de outra natureza que demandem cálculos e aferições de ordem técnica, a submissão ao comitê técnico será acompanhada das devidas demonstrações, preferencialmente auditadas por consultores independentes, quando a urgência não comprometer a providência.

Art. 39-A. Os efeitos do ato de caducidade estarão condicionados à aprovação pelo comitê técnico, sendo que os fatos que a autorizem e que dependam da produção e cálculos e de aferições técnicas serão atestados por consultorias independentes.

Art. 39-B. Em casos da utilização pelo Poder Concedente de bens do concessionário será objeto de indenização concomitante ao seu uso.

Art. XXX. A Lei 11.079/2004 passa a vigorar com o acréscimo do seguinte artigo:

Art. 28-A. Os contratos de parceria poderão pressupor garantias prestadas pela Administração Pública ou por suas entidades, inclusive por fundo garantidor ou empresa criada ou afetada a essa finalidade, com vistas a acautelar as contraprestações públicas de qualquer natureza, nos termos definidos em contrato.

Parágrafo único. Será admitida a criação de contas garantia destinadas a reservar recursos oriundos de repasses do Fundo de Par-

COMO MELHORAR A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DE MÉDIO PORTE NO MERCADO DE INFRAESTRUTURA

José Carlos Martins Fernando Vernalha

RESUMO

O conteúdo deste documento representa a posição institucional da CICA - Confederação Internacional de Associações de Empreiteiros relacionada à ampliação da participação de mercado de Empresas de Médio Porte no setor de infraestrutura. A CICA entende que a abertura do mercado de infraestrutura para empresas de médio porte pode melhorar a qualidade dos programas de infraestrutura e serviços públicos, além de trazer economias para as administrações públicas. Com esse propósito, a CICA elaborou algumas recomendações e ações políticas que podem auxiliar governos e organizações internacionais relevantes na abordagem dessa questão. As recomendações visam promover (i) uma maior segurança jurídica e regulatória relacionada à contratação pública e estruturação de projetos de infraestrutura; (ii) o desenvolvimento de mercados municipais relacionados à infraestrutura; (iii) a divisão de projetos de grande porte em pequenos lotes, quando isso for tecnicamente viável e economicamente vantajoso; (iv) uma participação mais ampla das empresas de porte médio em consórcios, em compras públicas e em PPPs; e (v) permitir, por contratos adaptados às empresas de porte médio, porém negligenciados pelos principais empreiteiros internacionais, a disseminação dos efeitos benéficos da infraestrutura de estruturação aos quais os líderes da indústria da construção deveriam oferecer mais apoio; (vi) formas alternativas de resolução de conflitos, como a arbitragem; e (vii) a adoção de altos padrões de governança corporativa por parte das EPMs, o que inclui sua efetiva conformidade (compliance).

Contexto

As empresas de médio porte desempenham um papel importante no crescimento econômico em todo o mundo. Elas são consideradas um fator-chave para impulsionar o desenvolvimento econômico e aumentar a criação de empregos, especialmente em países emergentes. Segundo o Banco Mundial, as PMEs formais contribuem com até 60% do emprego total e até 40% da renda nacional (PIB) nas economias em desenvolvimento.



No entanto, apesar de sua recente relevância no crescimento econômico, sua participação de mercado na área de infraestrutura ainda é muito restrita. Os projetos de infraestrutura são geralmente projetos de grande escala, o que vem impedindo que empresas de médio porte tenham acesso ao mercado de infraestrutura. Essas empresas, na maioria das vezes, não têm o porte necessário para atender aos requisitos exigidos para esses projetos e, portanto, permanecem fora do processo de licitação. Como resultado, o mercado de infraestrutura, em geral, tem sido explorado quase exclusivamente por grandes empresas, embora algumas de suas operações possam ser realizadas por empresas menores.

A CICA entende que as empresas de médio porte podem desempenhar um papel mais relevante no mercado de infraestrutura. Ao ampliar sua participação nesse mercado, três objetivos importantes poderiam ser alcançados ao mesmo tempo.

Primeiro, as administrações públicas poderiam conseguir melhores negócios, economizando recursos públicos. Incentivar a participação de empresas de porte médio nesses projetos pode aumentar a concorrência justa e a eficiência do processo de licitação, aumentando as chances de um melhor acordo para as administrações públicas (financiadas pelos contribuintes) e para os usuários dos serviços públicos.

Em segundo lugar, o aumento de sua participação no mercado de infraestrutura pode contribuir para o desenvolvimento macroeconômico, dada a relação entre o desenvolvimento de empresas menores e o crescimento econômico. Empresas de porte médio são obrigadas a demostrar grande habilidade e agilidade em adaptar-se a desenvolvimentos técnicos e econômicos nos vários mercados da construção. Para alcançar tal objetivo, demonstram criatividade e inovação que são, no entanto, insuficientemente reconhecidas.

Em terceiro lugar, ao compartilhar o mercado de infraestrutura com um número maior de empresas, em vez de um mercado mais restrito, pode-se obter uma melhor distribuição da riqueza.

Esses objetivos são relevantes o suficiente para justificar os esforços para a criação de políticas voltadas ao fomento de uma maior e eficiente participação de empresas de médio porte no mercado de infraestrutura.

A CICA, através do seu Grupo de Trabalho Acesso das Empresas Médias ao Mercado de Infraestrutura, desenvolveu algumas recomendações e ações políticas, apresentadas abaixo, com o objetivo de contribuir com os esforços de governos, instituições públicas e organismos internacio-

nais comprometidos com o desenvolvimento do mercado de infraestrutura e crescimento econômico mundial.

Critérios para definir uma empresa de tamanho médio, para os fins deste documento

Para orientar as recomendações e políticas propostas adiante, a CICA entende que é importante apresentar uma definição de Empresa de Médio Porte. Algumas definições de PMEs - Pequenas e Médias Empresas – são encontradas em documentos políticos relevantes elaborados por bancos de desenvolvimento, como o Banco Mundial, ou organizações internacionais, como a OCDE, e na regulamentação europeia. Mas todos eles são orientados para o desenvolvimento de PMEs em economias abertas, o que os torna inúteis para os propósitos das Recomendações oferecidas abaixo, que se concentram no mercado de infraestrutura. Vale ressaltar que o mercado de infraestrutura normalmente compreende um tipo de negócio que exige investimentos de alto nível, exigindo qualificação de alto nível dos atores do mercado. É por isso que a noção de pequenas ou médias empresas para os fins do mercado de infraestrutura tende a ser diferente daquela de um contexto de mercado mais amplo. Uma empresa de médio porte no contexto do mercado de infraestrutura é geralmente maior e financeiramente mais forte do que uma empresa média em um contexto de mercado mais amplo.

A CICA entende que o capital acionário das empresas seria um critério adequado para construir uma definição de empresas de médio porte sob o contexto dessas Recomendações. Levando em conta as Recomendações abaixo e o que foi coletado do mercado mundial de infraestrutura, a faixa de valores estimados para projetos adequados para médias empresas seria entre US\$ 50 milhões e US\$ 250 milhões. Como a capacidade econômica disponível das empresas é geralmente baseada em seu valor patrimonial, definido como 15% do valor de cada projeto, a referência em valor patrimonial para esses projetos varia de US\$ 7,5 a US\$ 37,5 milhões. Considerando ainda que metade desse valor pode ser consumido em projetos equivalentes, espera-se que as empresas que pretendem ter acesso a esses projetos possuam valor patrimonial em torno de 30% do valor do projeto, o que se traduziu em um patrimônio líquido mínimo de US\$ 15 milhões.

Com isso em mente, as empresas de médio porte, para os fins das recomendações abaixo, seriam aquelas com um capital social mínimo de US\$ 15 milhões e um máximo de US\$ 75 milhões. É importante destacar que esses critérios são construídos em uma base média. Eles podem ser adaptados dependendo da realidade de cada um dos países, do seu PIB e de outros parâmetros econômicos.



Recomendação nº 1:

Melhoria do quadro legal e regulamentar e do ambiente institucional para o desenvolvimento de programas internacionais de infraestrutura, bem como a participação de empresas de médio porte neles.

Os governos e suas instituições devem encorajar e assegurar um maior nível de segurança jurídica, assim como políticas regulatórias estáveis e de longo prazo relacionadas aos negócios de infraestrutura. Essa iniciativa é imprescindível para trazer investimentos para projetos de infraestrutura, especialmente aqueles provenientes de financiamento internacional, e também para promover maior eficiência nesses projetos. Ao melhorar o nível de segurança jurídica e a estabilidade regulatória, os custos de transação são reduzidos, tornando os programas menos onerosos. Essa eficiência tende a beneficiar usuários e governos (contribuintes), dependendo do financiamento da fonte contratante.

1.1. Assegurar uma política de regulação tecnicamente racional e de longo prazo para setores estratégicos como saneamento, mobilidade urbana e iluminação pública, com o objetivo de promover programas de PPPs em governos descentralizados e locais, especialmente nas cidades

Os governos e suas instituições devem estabelecer políticas regulatórias de longo prazo para projetos de infraestrutura. Isso significa que uma regulamentação tecnicamente racional, clara e suficientemente detalhada deve ser criada antes que os programas de PPP e concessão sejam lançados. A regulamentação deve evitar uma margem demasiadamente grande para decisões públicas discricionárias sobre questões relevantes relacionadas aos projetos. As regras relativas às principais questões do setor de infraestrutura relacionado ao projeto devem ser previamente estabelecidas e o mais detalhadas possível. O objetivo de melhorar o nível de exatidão e detalhes da regulamentação é a redução do risco de influências políticas irracionais sobre os projetos, proporcionando maior segurança aos investidores e financiadores.

Também é imprescindível ter canais efetivos para entender as regras e seus problemas técnicos, e para fiscalização e conformidade.

1.2. Envolvendo controladores externos e financiamento na fase de preparação do programa PPP, a fim de reduzir a incerteza jurídica durante o ciclo de vida do contrato

Os governos e suas instituições devem desenvolver canais para levar controladores e instituições financeiras à fase de preparação dos projetos de infraestrutura. Ao fornecer um bom nível de informação a essas entidades e permitir-lhes a possibilidade de interagir e interferir no alicerçamento do projeto, as chances de não aprovação de financiamento tendem a ser reduzidas, assim como os custos de financiamento relacionados, os quais podem representar um excedente de até 20% da quantia inicialmente prevista.

Em relação ao apoio financeiro, os governos devem considerar a criação de pontes para facilitar a interação entre investidores e promotores de projetos, através de portais da Internet onde informações sólidas podem ser acessadas e propostas para a melhoria das fundações de um projeto podem ser feitas. Um bom exemplo é o Portal Europeu de Projetos de Investimento (EIPP), que publica projetos provenientes de promotores com o objetivo de agir como uma ponte entre investidores e empreiteiros de projetos. Embora o EIPP não pretenda substituir o processo de due diligence sobre os projetos que são submetidos a ele, há critérios para considerá-los projetos publicáveis e visíveis para os investidores (internacionais). O portal funcionou como um canal eficaz para tornar projetos bons e viáveis visíveis para os investidores.

Em relação à interferência dos controladores, que é um problema em países onde os mesmos podem desempenhar um papel mais invasivo durante o ciclo de vida do contrato, é importante trazê-los para a fase de preparação dos projetos, reduzindo as chances de interferências supervenientes durante a vida do contrato. Isso pode ser alcançado por meio de canais oficiais criados para facilitar a interação entre os controladores e os titulares do projeto (geralmente, administrações públicas). É importante lembrar que o risco de interferências externas sobre o contrato durante sua execução aumenta os custos do projeto. É por isso que pode ser bom, para o propósito de diminuir os custos de um projeto, aproximá-lo da perspectiva do seu controlador.

No entanto, é importante mencionar que os canais e pontes que podem ser desenvolvidos para esses fins, embora sejam muito úteis, não são suficientes para incentivar projetos de alta qualidade e aumentar a participação de empresas menores. A adequada elaboração de projetos pelo órgão público é um fator essencial para ampliar a participação das médias empresas, conforme descrito abaixo.

1.3. Estabelecimento de agências independentes para o exercício da regulação, supervisão e gestão de contratos



A questão relevante da contratação, incluindo o regulamento técnico e sua supervisão, deve ser dirigida por agências independentes e tecnicamente preparadas. O papel dessas agências pode ser ainda mais relevante em pequenas administrações, que podem fornecer projetos menores e mais adequados para empresas de médio porte. Em muitos casos, as pequenas administrações públicas não têm capacidade suficiente para construir projetos de infraestrutura ou fornecer regulamentação tecnicamente racional em relação ao respectivo setor de serviço público.

Em muitos casos, a criação da agência será muito mais onerosa para os governos, em um contexto de restrições fiscais. Portanto, essa opção pode ser inviável. Uma alternativa é permitir a contratação de consultores tecnicamente qualificados e independentes para apoiar as administrações nessa questão, incluindo a mensuração periódica dos produtos e resultados do contrato de PPP. Este ponto é relevante porque, infelizmente, mais frequentemente do que nunca, notamos a captura política de contratos. É por isso que recomenda-se que esse recrutamento seja realizado sob uma carta assegurando a independência e profissionalismo do consultor.

A fim de abordar a falta de assistência por parte das administrações públicas para projetos de construção e sua regulamentação, meios específicos para uma contratação menos burocrática de consultores devem ser desenvolvidos.

Recomendação nº 2:

Estimular mercados municipais de PPP e garantir projetos de alta qualidade, a fim de possibilitar o engajamento de empresas de médio porte em serviços públicos por meio de PPPs

Um mercado municipal para concessões e PPPs deveria ser conduzido por instituições públicas e privadas como forma de desenvolver serviços públicos locais e estimular uma participação mais ampla de empresas de médio porte nesses negócios. Dada a experiência internacional com tais tipos de contratos, concessões e PPPs tendem a ser uma forma mais eficiente de construir infraestrutura e fornecer serviços públicos localmente, se comparados à contratação convencional. Além disso, o desenvolvimento de um mercado municipal pode promover uma maior participação de empresas de médio porte em concessões e projetos de PPPs, uma vez que projetos municipais, devido à sua dimensão e escopo, tendem a ser mais adequados para empresas menores. No entanto, as administrações locais, na maioria dos casos, não pos-

suem experiência ou expertise suficiente na estruturação de contratos de longo prazo, como concessões e PPPs. É por isso que é fundamental apoiar entidades públicas e privadas para ajudar os municípios a estruturar esses projetos.

2.1. Incentivar a criação de órgãos focados no desenvolvimento de projetos de infraestrutura, difundindo boas práticas para PPPs e fornecendo padrões para uma relevante documentação relacionada à estruturação de projetos de PPP e concessão, de forma a auxiliar entidades públicas (especialmente municípios) a conduzir programas de PPP.

O governo central e suas instituições devem desenvolver e reforçar uma política de apoio técnico e institucional para entidades públicas subnacionais, que geralmente não são capazes de desenvolver tais programas. Especialmente em países onde o procedimento de Propostas Não Solicitadas (Unsolicited Proposals) tem sido amplamente utilizado como uma ferramenta para a estruturação de projetos de PPP. Como entidades públicas carecem de conhecimento técnico, são frequentemente incapazes de avançar em seus procedimentos e eventualmente morrem. A assimetria da informação e do conhecimento que permanece entre entidades subnacionais que são insuficientemente equipadas representa um risco. O risco reside em não considerar o interesse público. É por isso que é importante assitir os municípios na estruturação de PPPs, o que pode ser feito através da criação de órgãos especializados e do fornecimento de subsídios (conjunto de ferramentas) com a documentação padrão exigida pelo processo. Esses municípios devem contar com um quadro institucional e legal que reja a tradicional concessão de aquisições, bem como as concessões de PPPs. A esse respeito, as normas e padrões possuem caráter complementar e devem melhorar a interpretação dos quadros legal e institucional.

Entidades públicas poderiam ser criadas ou alocadas para prestar apoio técnico e institucional a tais Administrações Públicas menores, a fim de diminuir ou reduzir esses riscos e, consequentemente, ajudá-las a realizar análises técnicas e tomar decisões relacionadas a procedimentos de propostas não solicitadas, criando e provendo essas entidades subnacionais com conjuntos de projetos e contas, decretos, avisos públicos e contratos. Essa abordagem não apenas facilita o desenvolvimento desses programas, como também ajuda a controlá-los. Vale ressaltar que muitos países enfrentam o problema da insegurança jurídica relacionada a contratos e licitações. Os contratos de longo prazo precisam de segurança jurídica adequada para serem eficazes. Portanto, tornar esses projetos mais acessíveis aos controladores é uma forma de



fortalecer a segurança jurídica dos contratos. Além disso, o governo e suas instituições devem apoiar os municípios, fornecendo programas de treinamento sobre PPPs e a padronização da documentação fundamental, como esboços de contratos e documentos normativos básicos (conjunto de ferramentas).

Recomendação nº 3:

Encorajar projetos de grande escala a serem fracionados em partes menores quando é economicamente vantajoso e tecnicamente viável.

Os projetistas de contratos de PPPs e concessões devem considerar a divisão de projetos de grande porte em partes menores, a fim de promover maior concorrência no processo de licitação, permitindo a participação mais ampla de empresas menores. Se o fracionamento do projeto for tecnicamente viável, ele deve ser incentivado nos casos em que os ganhos derivados de uma melhor concorrência superem a economia de perdas de escala. Essa análise deve considerar os efeitos positivos externos que podem ser gerados pelo desenvolvimento do mercado de empresas de médio porte.

Ao reduzir a dimensão dos projetos, as exigências de licitação tendem a ser reduzidas, ampliando a participação de empresas de médio porte. Quanto menores os requisitos de licitação, maior o número de participantes, aumentando a eficiência do processo de concurso. Portanto, um número maior de licitantes pode contribuir para um melhor negócio tanto para a administração pública (contribuintes) quanto para os usuários. É importante mencionar que a divisão de projetos de larga escala é uma forma de reduzir os requisitos quantitativos, mas não os qualitativos, que deveriam sempre ser estabelecidos, a fim de assegurar uma grande performance na execução do contrato.

Se o gerenciamento de contratação e a integração do escopo forem bem planejados, a divisão do projeto também poderá economizar tempo na execução do contrato. Além disso, uma cota de participação de empresas de médio porte em licitações públicas seria considerada como um piso.

Recomendação nº 4:

Permitir e incentivar a participação de empresas menores por meio de consórcios em projetos de PPP:

(i) personalizar condições legais e regulatórias para facilitar a

participação em um consórcio e favorecer um regime tributário favorável, criando incentivos fiscais como dedutibilidade, ritmo de spread, provisão dedutível de impostos, taxa de depreciação/ amortização, etc.;

- (ii) permitir a criação de consórcios entre atores com diferentes conhecimentos técnicos e
- (iii) promover e facilitar a associação entre empresas internacionais e locais.

A CICA entende que os consórcios são uma ferramenta relevante e eficaz para permitir que empresas de médio porte acessem projetos de infraestrutura. Por meio de consórcios, empresas de médio porte podem realizar-se nesses projetos por meio de associação com outras empresas. Além disso, ao favorecer a participação de consórcios, especialmente em licitações de projetos maiores, há maior concorrência e os contratos se tornam menos onerosos.

A esse respeito, os governos e suas instituições devem estabelecer uma estrutura legal para as aquisições públicas, de forma a facilitar a participação de pequenas empresas em um consórcio. Existem, pelo menos, duas questões importantes que devem ser consideradas na regulamentação do consórcio em relação a contratos públicos.

O primeiro está relacionado à possibilidade de associação entre negócios heterogêneos, o que pode facilitar a participação de empresas de médio porte em projetos de infraestrutura. Ao permitir que em consórcios públicos de licitações, formados por empresas de diferentes setores de atuação e mercado, seja fomentada a associação entre empresas de menor porte, permitindo que atendam aos requisitos técnicos e financeiros exigidos pelo processo de licitação de infraestrutura.

O segundo refere-se a uma desejável parceria entre empresas nacionais e internacionais na participação de licitações públicas e execução de projetos de infraestrutura, que são fortemente recomendadas pela OCDE. Esse tipo de parceria tende a ser estratégica para os atores internacionais. As informações de assimetria entre elas e empresas locais podem ser reduzidas se forem apoiadas por um parceiro local. Também pode tornar os contratos menos onerosos, pois os custos derivados da falta de compreensão sobre questões locais relacionadas ao projeto de negócios serão evitados. Além disso, estimular parcerias e a associação entre empresas locais e internacionais deveria ser uma maneira de inserir empresas locais de médio porte em negócios de infraestrutura de larga escala.



Recomendação nº 5:

Incentivar métodos alternativos de resolução de conflitos, como comitês de resolução de disputas e arbitragem.

Percebeu-se que um dos aspectos mais críticos envolvidos na contratação de longo prazo é o método de resolução de controvérsias. Isso é particularmente crítico para empresas de médio porte, que geralmente não estão preparadas para enfrentar os custos materiais e temporais de longas disputas. Sabe-se que normalmente o sistema judiciário tende a ser mais lento e menos eficiente do que os meios privados de resolução de conflitos. Além disso, a eficácia do sistema judicial tende a variar muito de um país para outro em relação a métodos privados, como a arbitragem. Com isso em mente, os governos e suas instituições devem estabelecer um marco regulatório que favoreça o uso da arbitragem, bem como outras técnicas de resolução de conflitos, como os comitês de resolução de disputas.

Recomendação nº 6:

Incentivar o aprimoramento dos padrões de governança corporativa, a partir de referências internacionais de boas práticas, incluindo o estabelecimento de políticas para a eficiência em conformidade, a fim de promover melhor acesso a seguros e financiamentos e desenvolver a capacidade associativa das empresas para facilitar a configuração de consórcios.

Os governos e suas instituições devem incentivar a adoção, por empresas de médio porte, de altos padrões de governança corporativa, incluindo eficácia em conformidade, que são amplamente divulgados por Organizações Internacionais, como a OCDE, bancos multilaterias de desenvovimento/ instituições financeiras de desenvolvimento e ONGs como a Transparência Internacional. Seguindo altos padrões de governança corporativa, essas empresas podem ter acesso às demandas de financiamento e seguro para projetos de infraestrutura. Em relação a este assunto, certas ações podem ser tomadas, incluindo (i) a difusão da cultura de padrões de boa governança através de workshops e guias, e a interação com seguradoras e financiadores do setor de infraestrutura; (ii) a difusão de boas práticas de conformidade por meio de seminários, guias, etc., e o desenvolvimento de organismos de certificação para boas práticas de conformidade, evitando assim o uso de tais programas de integridade para fins meramente formais.

PUBLICAÇÕES CBIC SOBRE INFRAESTRUTURA

www.cbic.org.br/publicacoes



Novo ciclo de investimentos em Infraestrutura e a transparência na construção civil



Distribuição de Riscos nas Concessões Rodoviárias Ano: 2018



Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas Ano: 2018



Excelência em gestão na construção Ano: 2017



Concessões e Parcerias Público-Privadas - Guia para o Gestor Público Ano: 2018



PPPs e Concessões -Propostas para Ampliar a Participação de empresas - (2ª Edição) Ano: 2016



PPPs e Concessões Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios Ano: 2016 - EN/PT



PPPs e Concessões Propostas para Ampliar a Aplicação em Estados e Municípios



PAC - Radiografia dos Resultados 2007 a 2015 Ano: 2016



PPPs e Concessões - Guia para Organização das Empresas em Consórcios



PAC - Avaliação do Potencial de Impacto Econômico Ano: 2016



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs (Volumes I e II) Ano: 2016 - EN/PT



Um debate sobre Financiamento de Longo Prazo para Infraestrutura Gargalos e Perspectivas



Report International Meeting Infrastructure and PPPs Ano: 2015 - PT/EN/ES



Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia Ano: 2015 - PT/EN/ES



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs (Volumes I e II)







