

Aporte de recursos em PPPs - notas sobre a natureza, tratamento tributário e modificações implementadas pela Lei nº 12.766/12

Ana Lúcia C. Freire Pires O. Dias¹

Lucas Pessôa Moreira²

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve histórico da remuneração nas concessões; 3. Remuneração das PPP – Aporte de recursos; 4. Análise de caso: O aporte de recursos em PPPs e a experiência da Linha 6 do Metrô de São Paulo; 5. Conclusões; 6. Bibliografia

1. Introdução

O artigo pretende analisar o tema do “aporte de recursos” no panorama atual dos estudos sobre parcerias público-privadas, indicando a evolução do instituto ao longo do período que se seguiu à publicação da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e culminou na sua positividade, promovida pela Medida Provisória nº 575, de 7 de agosto de 2012, convertida na Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012. Aponta-se que a evolução legislativa traduz um esforço de promoção desta modalidade de contratação – cujas complexidades ensejam o seu emprego ainda de

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

forma tímida, comparando-se com os cenários desenhados em outros países – na medida em que a lei passa a dispor de forma expressa acerca de alguns dos reflexos tributários relativos ao aporte de recursos em sociedades de propósito específico.

2. Breve histórico da remuneração nas concessões

A superação da conceituação clássica de concessão gera efeitos diretos no estudo da remuneração do concessionário.

Para o conceito tradicional de concessão, a remuneração do concessionário seria obtida unicamente mediante a cobrança de tarifas dos usuários do serviço público concedido, o que reforça a impressão de que somente serviços industriais e comerciais, bem como os serviços *uti singuli*, seriam passíveis de exploração mediante a utilização da técnica concessória.³

Em tal conceituação não se enquadravam, contudo, uma série de serviços, seja por envolverem serviços *uti universi*, não passíveis de fruição individualizada, seja por não serem prestados ao público.

Com o intuito de viabilizar tais delegações – antes impossibilitadas – foram sendo previstas outras formas de remuneração do concessionário: em primeiro lugar, passou-se a admitir que o concessionário fosse remunerado por meio de recursos provenientes da exploração de todas as potencialidades do serviço; em segundo lugar, foi sendo viabilizada a aplicação de ajudas financeiras ou subsídios estatais no âmbito das atividades concedidas; em terceiro lugar, reconheceu-se que a Administração também poderia assumir o encargo de efetuar pagamentos de forma direta ao concessionário, sem que isso desvirtuasse a utilização da técnica concessória⁴.

No final de 2004, com a edição da Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.079/2004, confirmou-se⁵ a viabilidade do emprego de recursos estatais no custeio da prestação de serviços delegados.

3 SCHIWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: Concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 28.

4 SCHIWIND, Rafael Wallbach. *Op. Cit.* p. 32.

5 Parte da doutrina já considerava possível que recursos do Poder Público fossem repassados ao concessionário com base em dispositivos das Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95.

A sistemática criada pela Lei das PPPs permitiu a aplicação da lógica concessória às atividades em que a cobrança de tarifas fosse insuficiente para o custeio do empreendimento ou fosse absolutamente inviável.

Em um contexto de escassez de recursos públicos, as PPPs surgiram com o objetivo de cometer à iniciativa privada a busca de financiamentos necessários à obtenção de recursos para a constituição de infraestrutura indispensável a diversas atividades de relevância coletiva, que não são autossustentáveis economicamente.

A adoção de modelo de PPP se dá sob a lógica da conveniência e oportunidade da contratação, como enuncia o art. 10, I, “a”⁶, da já mencionada Lei, ou seja, com a comprovação da identificação de vantagem na comparação com alternativas de que disponha o Poder Público para executar os empreendimentos/obras/serviços de grande porte que se afigurem necessários.

Ainda que se admita como pertinente a sua adoção, especialmente em cenários de escassez de fontes de financiamento ou constrição fiscal, de se ver que tais condições são variáveis, cumprindo observar se, para além da análise do custo de capital do Estado, a alternativa é realmente interessante do ponto de vista da melhoria da qualidade dos serviços, inovação, eficiência, e efetiva redução dos recursos públicos demandados.

3. Remuneração das PPPs – Aporte de recursos

A contratação pública prevê, para o caso de parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa, a remuneração por contra-prestação pecuniária em caráter exclusivo e, para o caso de concessão patrocinada, remuneração de maneira complementar à receita proveniente da cobrança de tarifa, que passa a ocorrer na fase de operação do serviço.

No contexto apresentado surge a figura do “aporte de recursos”, expressão genérica introduzida na Lei das PPPs pela Lei n° 12.766/12 (conversão da Medida Provisória n° 575, de 2012), que engloba os recursos repassados independentemente de sua natureza ou do momento em que tal repasse ocorre.

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm

Assim, esta análise do chamado aporte de recursos na contratação sob regime de PPPs, buscou mapear o desenvolvimento da legislação e doutrina produzidas a partir da Lei das Parcerias Público-Privadas e suas alterações.

Para tanto, necessário inicialmente mencionar que, a Lei nº 11.079/2004 vedava, em seu art., 7º, *caput*, o pagamento de contraprestação pelo Poder Público, antes do início da prestação dos serviços pelo parceiro privado, nos seguintes termos:

“Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.”⁷

Tal vedação, conforme comprovaram, por um lado, as tímidas tentativas de implantação do procedimento e, por outro, os alertas da doutrina que se debruçou sobre o tema a partir da edição da lei, implicava ineficiências tributárias e financeiras nas situações em que obras ou outros investimentos relevantes se fizessem necessários antes do início da prestação do serviço.⁸

Ineficiência financeira porque gerava a necessidade de remunerar o intervalo temporal (juros) entre os investimentos iniciais feitos pela Sociedade de Propósito Específico (SPE) e o pagamento da contraprestação pública, que somente poderia ocorrer quando da fruição do serviço prestado, sendo que, muitas vezes, o Poder Público já tinha disponibilidade de caixa para pagar por tais investimentos desde a época da contratação da PPP. Esse descasamento entre a fase de investimentos vultosos, pelo setor privado e o recebimento da contraprestação pecuniária, portanto, poderia originar um custo financeiro elevado, a ser refletido na própria contraprestação.

Igualmente, verificou-se que, a partir da crise do sistema financeiro em 2008 nos EUA, o acesso ao crédito pelos agentes privados tornou-se mais escasso e caro, colocando, desse modo, em xeque a própria premissa financeira da PPP, qual seja, a antecipação de recursos privados para

7 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm

8 RIBEIRO, Maurício Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; PRADO, Lucas Navarro. *Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas*. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-explicando-mp-57512-especialistas-e-n%C3%A3o-especialistas>>

fazer frente às despesas de infraestrutura necessária à operação contratada pelo Poder Público.

Pareceu indispensável, portanto, imprimir maior racionalidade econômica à contratação, reduzindo o custo do diferimento – às vezes desnecessário – da recuperação do valor do investimento feito pelo parceiro privado através de financiamentos, o que se daria somente após o início das operações.

Para reduzir a ineficiência financeira, diversos projetos de PPP passaram a prever pagamentos de contraprestações públicas elevadas nos primeiros anos de concessões ou até mesmo imediatamente após a disponibilização, ainda que parcial dos serviços. Com isso, antecipava-se o *pay back*⁹ do negócio, reduzindo-se o risco e a necessidade de financiamento, o que, conseqüentemente, diminuía o valor a ser pago pelo Poder Público.

Ocorre que, tais atitudes geravam outro problema: a ineficiência tributária, que acabava por eliminar parte dos ganhos financeiros. Essa ineficiência tributária se verificava porque o ingresso de recursos na SPE na fase pré-operacional, sob a forma de receita, consiste, em princípio, hipótese de incidência de variados tributos, notadamente IRPJ, CSLL e PIS/COFINS.

Portanto, a solução dos problemas de caráter econômico-financeiro ensejou um impasse sob o ponto de vista tributário, como se mencionou acima, pois passou a compor o risco do parceiro privado uma eventual interpretação, pela fiscalização tributária, no sentido de que essa concentração do pagamento nos primeiros anos ou logo após a conclusão do investimento, demandasse antecipação da tributação.

Isso porque, a base de cálculo do PIS e do COFINS é o faturamento pelos serviços prestados. Além disso, para fins de apuração do IRPJ e CSLL, é preciso considerar que as depreciações fiscais dos ativos apenas ocorreriam no médio e longo prazo, tudo a desenhar um impasse¹⁰, que configura o chamado *travamento* da PPP.

Aliás, o impasse fica representado não só pela onerosidade da contratação, como também pelos riscos futuros em relação à manutenção

⁹ Tempo decorrido entre o investimento inicial e o momento no qual o lucro líquido acumulado se iguala ao valor desse investimento.

¹⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; PRADO, Lucas Navarro. *Op. Cit.*

do seu equilíbrio: como já indicaram experiências anteriores, até mesmo em casos de expressa previsão de isenções tributárias, é possível ainda a instauração de discussão sobre competência tributária.¹¹

Tendo como um de seus objetivos, dar solução ao problema da antecipação dos tributos e, possibilitar a transferência de recursos pelo Poder Concedente ao parceiro privado antes do início da fruição dos serviços objeto da PPP, nos casos em que houvesse a concentração de pagamentos no início do contrato, em 7 de agosto de 2012 foi editada a Medida Provisória nº 575, posteriormente convertida na Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012, que buscou suprir tais omissões constantes da lei originária das PPPs.¹²

A própria exposição de motivos da MP 575/12 esclarece que *“tal medida faz-se necessária devido ao fato de não existir previsão legal expressa do tratamento tributário dos aportes de recursos públicos em contratos de PPP, efetuados a uma SPE”*.

Verifica-se que referida medida provisória foi o primeiro diploma a isolar o conceito de “aporte de recursos”, a ele conferindo contornos de “nova modalidade”, tendo repetido a exposição de motivos que *“a medida ora proposta não traz renúncia de receitas, já que prevê uma nova figura em sede de contratos de Parceria Público-Privado, denominada aporte”*¹³ (g.n.).

Na verdade, a doutrina, desde sempre, abonou a existência desta transferência de recursos sob a modalidade de subvenção para investimentos, prevista desde a edição do DL 1538/77, transferência esta que se destinava a estimular a implantação ou expansão de empreendimento econômico contratado com parceiro privado, sem configurar receita. Sob o ponto de vista da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui as normas gerais de direito financeiro, é possível identificar, dentre as várias formas de repasse de recursos públicos ao setor pri-

11 Vide contencioso tributário instaurado no caso da Linha 4 do METRÔ em São Paulo (Adin nº 0304416-55.2011.8.26.0000/50001 – Órgão Especial TJSP)

12 COELHO, Pedro Henrique Lacerda Miranda. *Aspectos tributários da contraprestação pecuniária nas PPPs na modalidade de concessão patrocinada*. Disponível em: <http://www.pmradv.com.br/novo_site/noticias/interno.aspx?codigo=1040>

13 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Exm/EMI-135-MP-Mpv-575-12.doc>

vado, a possibilidade de transferência de capital, na forma de auxílios ou contribuições¹⁴. Essa transferência, que para o Poder Público se caracteriza como *despesa*, e para o privado beneficiado adquire a forma de *subvenção*, quando vinculada aos investimentos da concessionária, não se constitui receita propriamente dita, e, por tal razão, estaria em tese fora do alcance da tributação. Portanto, doutrinariamente, a subvenção para investimento – diferentemente da subvenção para custeio – não seria computável na base de cálculo dos tributos sobre renda e lucro (IRPJ e CSLL) e sua realização também não consistiria hipótese de incidência de PIS e COFINS.

De qualquer sorte, sob a denominação genérica de “aporte de recursos”, imaginou-se ter ocorrido um avanço legislativo na consagração expressa de tal figura, com o objetivo de afastar questionamentos e esclarecer a sua utilização como mecanismo de racionalização financeira e tributária e, portanto, um importante incentivo na contratação via PPP.

Em sua redação final, a Lei nº 12.766 exhibe como alterado o art. 6º da Lei de PPPs – o parágrafo único transformado em § 1º, sendo acrescentados os §§ 2º, 3º e 4º¹⁵.

A inclusão do § 2º possibilita que o contrato preveja o aporte de recursos para o parceiro privado para a construção ou aquisição de bens reversíveis, aqueles que retornam ao governo depois do término do contrato de exploração do serviço, nos termos dos incisos X e XI, do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

Já o § 3º permite que o valor do aporte de recursos concedido seja excluído da determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Lí-

14 Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

(...)

§ 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.

15 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112766.htm>

quido – CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

O § 4º determina que a parcela excluída seja computada, na proporção da realização dos bens a que se refere o § 2º, na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.

Portanto, a MP passou a usar a expressão genérica “aporte de recursos” para englobar tanto os pagamentos realizados antes da disponibilização dos serviços (subsídios, subvenções, auxílios a investimentos, ou reembolso de investimentos), quanto pagamentos realizados após a disponibilização dos serviços, a título de contraprestação.

Aparentemente a intenção é permitir que o benefício tributário estabelecido possa ser utilizado independentemente do título a que tal pagamento seja definido no contrato, evitando-se a controvérsia a respeito da natureza do repasse. Embora o foco da Lei de PPPs esteja na ideia de contraprestação, seria possível considerar que o regime dos subsídios anteriormente existente, que discernia entre subvenções e transferências de capital, aquelas dependentes de autorização legislativa e estas não, sob certas condições, continua vigente.¹⁶

Deve-se recordar que, no âmbito do Estado de São Paulo, o art. 119, parágrafo único, da Constituição Estadual, proíbe que o Estado subsidie, em qualquer medida, os serviços concedidos ou permitidos quando prestados por particulares. Todavia, tal dispositivo deve ser interpretado segundo o panorama legislativo vigente, na medida em que a intenção do constituinte bandeirante foi evitar que recursos públicos pudessem subsidiar ineficiências financeiras do concessionário prestador de serviço, sem qualquer contrapartida aos usuários.

16 RIBEIRO, Maurício Portugal, GALÍPOLO, Gabriel. *Subsídio a investimento em concessões e PPPs*. Disponível em: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>. Apontam os autores que, dada a discrepância de entendimentos acerca do conceito de subsídio, havia entendimento doutrinário acerca da desnecessidade de previsão legal para os chamados “auxílios a investimentos” porque não expressamente qualificados como “subsídios”; muitos juristas entendiam, por sua vez, inviável a realização de subsídio a concessionário comum de serviço público e também a parceiro privado em concessão patrocinada ou administrativa, mesmo com previsão legal em lei especial no âmbito do Poder Público Concedente.

Permitiu-se, assim, em oposição à restritiva regra do art. 7º da Lei de PPPs, que sejam feitas transferências de recursos, do Poder Público para a SPE, ao longo da fase de investimento, mesmo antes da disponibilização ou início da prestação dos serviços.

Passou a ser possível eliminar parte relevante da ineficiência financeira mencionada, transferindo ou pagando valores relevantes à SPE no período de investimento ou logo após sua conclusão, sem gerar os efeitos tributários negativos – pois a incidência dos tributos se dará apenas, conforme a lei, quando da realização dos custos dos bens reversíveis, inclusive por depreciação.

Cabe ressaltar que tal efeito restringe-se ao IRPJ e CSLL, não podendo ser estendido ao PIS/COFINS, pois tal tributo não contempla, em suas hipóteses de extinção ou dedução da base de cálculo, a depreciação de ativos, como o faz a legislação do IRPJ e CSLL. Para solucionar as dúvidas decorrentes do recolhimento do PIS/COFINS, foi editada a Instrução Normativa nº 1.342, de 5 de abril de 2013, que, por interpretação extensiva, considera que a parcela excluída da base de cálculo do PIS/COFINS decorrente do recebimento do aporte seja computada no cálculo desse tributo na proporção em que for computada a parcela excluída de IRPJ e CSLL, sendo admissível o uso de créditos apenas se for o caso de PIS/COFINS não cumulativa.

A tributação passa a ocorrer ao longo da prestação de serviço, junto com a depreciação dos bens adquiridos ou construídos com os valores do aporte financeiro, que nos projetos de infraestrutura são, em regra, 4% ao ano¹⁷, ante a determinação de que seja incluído na base de cálculo dos tributos o valor equivalente ao aporte de recursos na proporção em que os custos de investimento forem realizados.

Tal procedimento visa à neutralidade tributária da operação, uma vez que o ingresso do recurso não foi tributado.

Destaca-se, ainda, que a nova redação do § 2º ao art. 7º da Lei de PPPs determina que, somente haverá desembolso de recursos públicos proporcionalmente às etapas efetivamente executadas, quando reali-

17 COELHO, Pedro Henrique Lacerda Miranda. *Aspectos tributários da contraprestação pecuniária nas PPPs na modalidade de concessão patrocinada*. Op. Cit.

zado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado. Ou seja, deve haver uma proporção entre a transferência de recursos públicos, consubstanciados nos aportes, com as etapas efetivamente cumpridas.

Busca-se reforçar o incentivo contratual ao parceiro privado para executar as obras necessárias à prestação do serviço objeto do contrato de PPP com a celeridade devida, bem como limitar a exceção ao art. 7º, fruto da inovação por meio do já mencionado art. 6º, § 2º, da Lei 11.079/2004.

No entanto, o texto da lei ainda suscitava dúvidas a respeito do delineamento desse tratamento tributário específico, o que vinha gerando maior cautela e incertezas na aplicação do aporte. Inicialmente, porque a efetiva desoneração da contratação por PPP não se verificou em relação ao PIS/COFINS. Ainda que se tenham saudado sem maiores ressalvas o esclarecimento quanto ao tratamento do IRPJ e CSLL, não havia consenso, por exemplo, quanto ao momento de recolhimento do PIS/COFINS, bem como não se sabia ao certo como seria contabilizado o aporte, o que trazia incertezas quanto à possibilidade de se contabilizar a receita do aporte concomitante com a depreciação desses custos.

Para solucionar essas dúvidas, em 8.4.2013, a RFB – Receita Federal do Brasil editou a IN nº 1.342/13, que consigna expressamente em seu art. 3º, § 1º, que os custos objeto do aporte devem ser contabilizados no ativo do parceiro privado¹⁸. Como o PIS/COFINS não contempla, em suas hipóteses de extinção ou dedução da base de cálculo, a depreciação de ativos, como o faz a legislação do IRPJ e CSLL, a instrução prevê que a parcela excluída da base de cálculo do PIS/COFINS decorrente do recebimento do aporte seja computada no cálculo desse tributo na proporção em que for computada a parcela excluída de IRPJ e CSLL, sendo admissível o uso de créditos apenas se for o caso de PIS/COFINS não cumulativa.

Antes, nos §§ 2º e 3º, a instrução deixa claro que a realização desses custos pode ocorrer pela depreciação ou baixa do bem, ou pela extinção

18 LOUREIRO, Caio de Souza. *Receita Federal edita Instrução Normativa sobre a tributação do aporte em PPP*. Disponível em: <<http://www.manesco.com.br/site/pt/litteraDetalhe.php?id=977>>

da concessão, devendo a parcela referente ao aporte ser excluída da base de cálculo tributária proporcionalmente à realização do ativo, inclusive considerando eventual depreciação acelerada incentivada.

Portanto, a IN nº 1.342/13 veio em boa hora, não apenas para esclarecer as dúvidas advindas da redação da Lei nº 12.766/12, mas por encampar interpretação mais benéfica à racionalidade dos custos tributários, contribuindo para o efetivo *destravamento* da PPP, ao menos sob o ponto de vista do tratamento tributário entendido como correto pelos órgãos da Fiscalização, na medida em que disciplinou mais detalhadamente a contabilização de recursos e apuração dos tributos correlatos, de forma a melhor situar os contratantes em termos de expectativas e custos relacionados à contratação.

Ainda que se considere que *destravamento* e *desoneração* são conceitos diversos e sujeitos a interpretação variada, é inegável o avanço em termos de positivação de institutos, cuja construção vem sendo elaborada desde o início das PPPs, podendo ser referido que há uma tentativa efetiva de estimular a contratação com o esclarecimento do que se entende por desoneração tributária, ainda que sobre esse específico tema não haja consenso entre os especialistas da área.

Certamente o aporte de recursos, na forma em que foi concebido, pretende configurar elemento de efetiva desoneração para as parcerias público-privadas, que poderá ser utilizado para viabilizar projetos relevantes ao interesse público, como foi o caso do Edital da Concorrência Internacional nº 4/2013, da Linha 6-Laranja de Metrô de São Paulo, que prevê em seu item 7.2.4:

“a desoneração do PIS/COFINS nas receitas decorrentes da prestação de serviços de transporte coletivo metroviário de passageiros, por força da Lei federal nº 12.860, de 11/09/2013, inclusive sobre a receita decorrente de aportes diferidos, nos termos do §4º do art. 3º da Lei federal nº 11.079/04, tendo em conta que as alíquotas, previstas na Instrução Normativa RFB nº 1342, de 05 de abril de 2013, estão sendo consideradas igualmente zeradas pelos efeitos da Lei;”¹⁹

19 Disponível em: <<http://www.stm.sp.gov.br/index.php/edital-linha-6>>

É certo que as últimas notícias na seara tributária não são tão alvissareiras: a recente edição da IN nº 1.397 de setembro de 2013, que determina a obrigação de utilização do padrão contábil brasileiro vigente até 2007 para apurar lucro fiscal e patrimônio líquido fiscal – e não os critérios internacionais (IFRS), como vinham fazendo muitas empresas, além das alterações de classificação contábil de bens, que fatalmente produzirão reflexos na aplicação do critério de depreciação para fins fiscais, traz novas dúvidas e instabilidades que merecerão análise mais aprofundada, mas não menos urgente, uma vez que os dispositivos já produzirão efeitos a partir de 2015.

Num campo de atuação fortemente integrado por consórcios de empresas nacionais e estrangeiras, esta instabilidade, ainda que aparente, infelizmente contribui para manter inseguro e imprevisível o cenário das contratações via PPP, no que tange aos aspectos tributários.

4. Análise de caso: O aporte de recursos em PPPs e a experiência da Linha 6 do Metrô de São Paulo

A prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo (Concorrência Internacional nº 004/2013) foi licitada no segundo semestre de 2013, apresentando o Consórcio Move São Paulo, formado pelas empresas Odebrecht, Queiroz Galvão, UTC Participações e Eco Realty Fundo de Investimentos, como vencedor.

Nessa oportunidade, contemplou-se o uso do mecanismo de aporte de recursos até o sexto ano de vigência do respectivo Contrato de Concessão Patrocinada, dispondo do valor de R\$ 4.469.400.000,00 para auxiliar com os custos de implantação das obras civis, sistemas, fornecimento do material rodante e, em suma, todos os demais bens reversíveis da concessão.

O aporte será pago à Concessionária (SPE) pelo Poder Concedente (Estado de São Paulo, representado pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos)²⁰, com base nos valores garantidos contratualmente por meio de financiamento obtido junto ao BNDES e, em caráter comple-

²⁰ A título de informação sobre os dispositivos destacados da Lei Federal de PPPs, o glossário do Edital faz referência aos artigos 6º e 7º, assim como suas eventuais alterações posteriores.

mentar, por recursos orçamentários do próprio Poder Concedente. O empréstimo com o banco federal foi devidamente autorizado pela Lei estadual nº 14.987, de 17 de abril de 2013, respeitando, assim, o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal²¹.

Para mitigar os riscos de desvio dos recursos do aporte, estes foram todos vinculados ao pagamento dos bens reversíveis da Concessão²² por meio de seu isolamento em conta bancária com destinação exclusiva. Cabe esclarecer sobre mais uma ferramenta de segurança, na forma do Contrato de Administração de Conta Vinculada, que deve ser celebrado em até 30 dias do Contrato de PPP ou do Contrato de Financiamento. Em apertada síntese, tal contrato visa, da mesma forma que o depósito em conta bancária vinculada, assegurar que os recursos destinados ao aporte sirvam exclusivamente para seu pagamento.

Além dessas disposições, o pagamento do aporte em si tem outra característica: é que, com o objetivo de assegurar que os valores transferidos à Concessionária correspondessem à entrega efetiva dos bens reversíveis, criou-se um mecanismo de remuneração vinculada a eventos, correspondendo a algo muito similar aos marcos (“Milestones”) de um contrato de EPC – “Engineering, Procurement and Construction”²³. Sobre

21 Art. 32 da Lei federal complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.

22 A Lei estadual nº 14.987/2013, por exemplo, estabelece o seguinte:

Artigo 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a realizar operações de crédito em moeda nacional e estrangeira junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, a Caixa Econômica Federal – CEF, o Banco do Brasil – BB, o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, ou outras instituições financeiras internacionais, organismos multilaterais e bilaterais de crédito, agências de fomento, bancos privados nacionais e internacionais, agência multilateral de garantia de financiamentos, cujos recursos serão aplicados, obrigatoriamente, na execução do projeto Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo, até o valor equivalente a R\$ 3.879.000.000,00 (três bilhões, oitocentos e setenta e nove milhões de reais).

(...)

Artigo 7º - Fica o Poder Executivo autorizado, na forma do artigo 6º, § 2º, da Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (com redação dada pela Lei federal nº 12.766, de 27 de dezembro 2012), a aportar recursos em favor do parceiro privado, com destinação específica à construção ou aquisição de bens reversíveis que comporão a infraestrutura vinculada ao projeto mencionado no “caput” do artigo 1º desta lei, na forma do que dispuserem o Edital, a proposta vencedora, o contrato de concessão e a Lei Orçamentária Anual. (g.n.)

23 Os contratos de EPC, via de regra, designam limites amplos de atuação da contratada, que, por sua vez, se responsabiliza pelo projeto (“*engineering*”), pela aquisição de materiais e equipamentos (“*procurement*”) e pela construção (“*construction*”). Não é anormal que nesses contratos, devido à característica de empreendimentos de construção com longos prazos e que

isso, destaca-se o Anexo VI do Volume I do Edital, como sendo o documento que prevê um “Fluxo de Desembolso de Parcelas do Aporte de Recursos”. Neste Anexo está disposta a definição e a ordem de cada evento passível de remuneração via aporte de recursos, havendo, ainda, uma proporção do pagamento de aporte na ocasião de conclusão de cada etapa.

Para que haja uma melhor compreensão deste mecanismo, disponibilizamos, abaixo, um exemplo, retirado do próprio Anexo VI do Edital:

<p>ANEXO VI</p> <p>VOLUME II - EVENTOS PARA O DESEMBOLSO DE APORTE DE RECURSOS</p> <p>7 – IMPLANTAÇÃO DE OBRAS CIVIS – TBM</p> <p>Evento nº 7 = Contra apresentação de realização das atividades necessárias ao início das obras com TBM:</p> <p>Definição = Apresentação/comprovação de:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Licença Ambiental de Instalação; – Projetos de concepção concluídos; – Projetos executivos apresentados <p>Proporção para Aporte = 2% do Total</p>
--

Tabela I: Exemplo do fluxo de pagamento do aporte de recursos da Linha 6 do Metrô de São Paulo

O procedimento de remuneração pelo aporte, no entanto, não se extingue nas considerações acima. Também está prevista a contratação de uma entidade que atuará como Certificadora da Implantação durante o período de instalação da infraestrutura para realizar o apoio à fiscalização do cumprimento dos marcos contratuais da etapa pré-

necessitam de fluxo de caixa, haja mecanismos para assegurar pagamentos intermediários. Tais pagamentos podem ser pactuados de diversas formas, contudo, se por um lado o contratado necessita de fluxo de caixa para executar o empreendimento, por outro, o contratante deve saber estar pagamento por um serviço realmente executado. Isso nos leva para adoção de duas práticas costumeiras para o condicionamento de pagamentos em contratos de EPC, quais sejam: (i.) a remuneração por serviço concluído (“*progress payment*”), onde são medidas e pagas somente as atividades realizadas em períodos de tempo determinados, normalmente certificado por um Boletim de Medição; e (ii.) a remuneração por meta atingida (“*milestone payment*”), na qual os pagamentos são liberados na medida em que são atingidas certas metas, que na maioria das vezes representam eventos relevantes para a construção.

-operacional²⁴. Tal Certificadora tem estrita relação com os pagamentos do aporte, pois caberá à mesma instrumentalizar a aferição da conclusão satisfatória dos eventos, emitindo relatórios técnicos sobre cada etapa. O Poder Concedente, então, decidirá sobre a realização ou não dos pagamentos de aportes, com base nessas análises, sem prejuízo de solicitação de novos esclarecimentos.

Independentemente do atingimento do cronograma de eventos para desembolso dos recursos do aporte inicialmente fixado, deve-se ressaltar que é facultado à Concessionária, no decorrer da implantação dos bens da Linha 6, modificar os prazos de pagamento, desde que formal e justificadamente, em novo cronograma de eventos por ela fixado.

É igualmente possível que haja o cumprimento antecipado das obras. Nessas circunstâncias, todavia, poderá ocorrer antecipação do pagamento relacionado ao evento antecipado, limitado a três bimestres do marco inicialmente previsto. A única exceção ao limite semestral fica por conta da fração de aporte correspondente à entrega da estação, em operação comercial antecipada. A limitação temporal quanto à possibilidade de antecipar o pagamento dos aportes deve-se, principalmente, a restrições de natureza orçamentária.

Por fim, explica-se que, para manter a atualização monetária dos recursos do aporte, os valores serão reajustados anualmente, pela Concessionária, e encaminhados ao Poder Concedente para avaliação. Os índices utilizados para a recomposição dos valores reais do aporte são destacados, dentro de uma cesta, mediante aplicação do Índice Nacional de Custo da Construção (“INCC”), fornecido pela Fundação Getúlio Vargas; do índice de Preços ao Produtor Amplo – Estágio de Processamento (“IPA-EP”), também da Fundação Getúlio Vargas; e o Índice de Preços de Obras Públicas – Índice Geral de Estrutura e Obras de Arte em Concreto, da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (“FIPE/USP”).

24 Os requisitos para a contratação da Certificadora de Implantação estão previstos na “Cláusula Nona – Da Fiscalização e da Certificação da Implantação” do Contrato de Concessão. Nesse sentido, a título de curiosidade, cabe destacar que o instrumento contratual buscou estipular parâmetros para que a Certificadora detenha condições técnicas específicas, bem como que não seja influenciada diretamente pelo concessionário e seus respectivos acionistas. Para tanto, previu-se, por exemplo, que a Certificadora não poderá ser controladora, controlada ou coligada ou sob o controle comum de nenhum desses *players*.

Já no caso de atraso do pagamento do aporte superior a 5 (cinco) dias, pelo Poder Público, os valores devidos deverão ser automaticamente acrescidos de juros de mora, com base na taxa SELIC.

5. Conclusões

Analisando-se a evolução do tema “aporte de recursos”, desde a sua previsão implícita até a positivação expressa pela Lei nº 12.766/12, verifica-se que as ineficiências tributárias e financeiras ainda compõem o horizonte de análise da viabilidade de contratações via parcerias público-privadas, afigurando-se prematuro arriscar conclusões sobre a efetividade da sua previsão legal expressa em termos de *destravamento* do procedimento.

A adoção de determinado entendimento sobre a natureza do instituto impacta, em consequência direta, o tratamento tributário a ser conferido a diversas hipóteses normativas que daí decorrem, sendo ainda pouco claro o cenário tributário e, por isso, ainda incertos os mecanismos para obter equilíbrio na repartição de riscos entre os contratantes.

6. Bibliografia

SCHIWIND Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: Concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RIBEIRO, Maurício Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; PRADO, Lucas Navarro. *Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas*.

COELHO, Pedro Henrique Lacerda Miranda. *Aspectos tributários da contraprestação pecuniária nas PPPs na modalidade de concessão patrocinada*.

RIBEIRO, Maurício Portugal, GALÍPOLO, Gabriel. *Subsídio a investimento em concessões e PPPs*.

PEIXOTO, Gabriel. *Fisco regula sistema de tributação de PPPs*.

LOUREIRO, Caio de Souza. *Receita Federal edita instrução normativa sobre a tributação do aporte em PPP*.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

