

REALIZAÇÃO

CONTEÚDO



RADAR **PPP**

CASOS PRÁTICOS

FORMAÇÃO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)

2014

NOVA FÁBRICA DE PRODUÇÃO DA FURP
Estado de São Paulo

ÍNDICE

1. Síntese do Caso.....	3
2. Perfil do Projeto e Linha do Tempo.....	4
3. Contexto e Gestão do Contrato.....	5
Audiência, Consulta Pública e Licitação.....	9
4. Aspectos contratuais de destaque.....	10
Regra de Alocação de Riscos.....	10
Indicadores de Desempenho.....	11
Mecanismo de Pagamento.....	13
Metodologia de Reequilíbrio Econômico-Financeiro.....	16
Regra de Solução de Conflitos.....	17
Estrutura de Garantias.....	18
5. Questões para debate.....	19

1. SÍNTESE DO CASO¹

A PPP da FURP é o primeiro projeto eminentemente fabril contratado no regime da Lei Federal nº 11.079/2004.

Trata-se de um projeto inovador, que contou com a colaboração da iniciativa privada na fase de estudos de viabilidade e que foi contratado no prazo de 21 meses desde que houve a sua priorização pelo Estado de São Paulo.

Além de inovações decorrentes do desenho de seu contato de concessão administrativa, a PPP da FURP chama a atenção pelo fato de que inaugura um modelo de contratação que poderá ser replicado em outros Estados a partir de 2015. A existência de ativos públicos voltados para a produção de medicamentos é uma realidade em outros Estados da federação.

¹O caso foi escrito com o objetivo de apresentar a melhor informação organizada sobre o contrato de PPP analisado, seu contexto e sua situação atual. Entretanto, pode haver eventuais imprecisões e equívocos que, a despeito do método e recursos empregados, não foram detectados e corrigidos em tempo. Adicionalmente, a despeito da tentativa de harmonizar os enfoques e estilos de cada caso, fatores como a dificuldade de acesso a documentos públicos e informações sobre os projetos acabaram por gerar resultados e enfoques diferentes para cada caso. Incentivamos que os leitores enviem críticas, sugestões e comentários sobre o caso para info@radarppp.com.

2. PERFIL DO PROJETO E LINHA DO TEMPO

NOVA FÁBRICA DE PRODUÇÃO DA FURP	
Objeto	Concessão administrativa para gestão, operação e manutenção, com fornecimento de bens e realização de obras para adequação da infraestrutura existente da Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense - IFAB, de titularidade da Fundação para o Remédio Popular "Chopin Tavares de Lima" - FURP, vinculada à Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo, e serviços de assessoria à FURP na obtenção de Registros de Medicamentos perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.
Órgão Responsável	Fundação para o Remédio Popular "Chopin Tavares de Lima" - FURP
Valor Teto do Ressarcimento do PMI	R\$ 3.600.000,00
Ressarcimento do PMI	R\$0,00
Recebedor(es) do Ressarcimento dos Estudos	Não houve
Segmento do Projeto	Saúde
Estado, Município, Distrito Federal ou União?	Estado
Tipo de Licitação	Menor Preço
Modalidade de Licitação	Concorrência
Modalidade de Concorrência	Concessão Administrativa
Limite Máximo de Empresas no Consórcio	Sem limitação
Licitantes	Consórcio EMS S.A. e EMS Participações S.A.
Empresas que Compõe a Concessionária	EMS S.A. e EMS Participações S.A.
Concessionária	CPM-Concessionária Paulista de Medicamentos S.A..
Prazo de Concessão	15 anos
Valor do Contrato	R\$ 2.544.100.000,00
Investimento Estimado	R\$ 63.053.719,10
Aporte Público de Recursos	N/A
Garantia Inicial do Vencedor para Execução do Contrato	R\$ 100.000.000,00
Data de "Priorização" do Projeto:	23/09/2011 ²
Data de Publicação da Consulta Pública	27/10/2011
Data de Publicação do Edital	01/03/2013
Data de Assinatura do Contrato	22/08/2013
Data de Início das Obras	20/11/2013 ³
Data de Início da Operação:	22/08/2015⁴
Data de Assinatura dos Aditivos	Não houve aditivos até o momento
Data Prevista para Encerramento do Contrato	22/08/2028

² Data de realização da 40ª Reunião Ordinária do Conselho Gestor do programa de PPPs do Estado de São Paulo, em que foi aprovada por unanimidade a proposta preliminar da PPP da Planta de Produção de Medicamentos Américo Brasiliense.

³ Não foi possível confirmar a data efetiva. A data é uma estimativa, decorrente das regras do contrato.

⁴ Não foi possível confirmar a data efetiva. A data é uma estimativa, decorrente das regras do contrato.

3. CONTEXTO E GESTÃO DO CONTRATO

A Fundação para o Remédio Popular “Chopin Tavares de Lima” - FURP, do Estado de São Paulo, foi criada em 1974, é uma entidade vinculada à administração indireta e tem como principal função a produção de remédios.

A lei que autorizou que o poder executivo criasse a FURP, de 1968, estabeleceu as seguintes finalidades para a entidade:

- fabricar medicamentos e produtos afins, utilizando-se de matéria prima de síntese própria, de aquisição local, de importação, bem como os de extração ou de cultura de origem vegetal, animal ou mineral;
- realizar pesquisas concernentes às suas finalidades;
- fornecer medicamentos aos órgãos de saúde pública e de assistência médica da União, dos Estados e dos Municípios, bem como às entidades particulares do Estado que prestem assistência médica e social à população, reconhecidas de utilidade pública e previamente cadastradas na Fundação;
- vender medicamentos para estabelecimentos comerciais farmacêuticos, incluídos em seu preço final os valores correspondentes aos tributos pagos pelos demais laboratórios;
- proporcionar treinamento a estudantes e técnicos especializados das profissões relacionadas com as suas atividades; e
- colaborar com órgãos da saúde pública e da assistência social estaduais, federais ou municipais.

A FURP nasce de um contexto específico. Na década de 1960, havia um debate público crítico à presença de empresas farmacêuticas de capital estrangeiro no Brasil. Esse ambiente gerou uma Comissão Parlamentar de Inquérito, no governo de Jânio Quadros, com foco na indústria farmacêutica⁵.

Foi neste ambiente de reforço da importância do caráter nacional da indústria farmacêutica que foi criada a FURP, cuja iniciativa de avaliar uma PPP tornou-se pública em 18 de julho de 2007, com a publicação da ata da 16ª Reunião Ordinária do Conselho Gestor do programa de PPPs do Estado de São Paulo⁶.

Nesta reunião foi apresentada a proposta preliminar de PPP do projeto “Planta de Produção de Medicamentos Américo Brasiliense”. A necessidade de investimentos para a produção de medicamentos e para a ampliação da assistência farmacêutica do Estado de São Paulo gerou a proposta preliminar desta PPP.

⁵ Para mais informações, ver SANTOS, Gabriel Ferrato dos. Política de assistência farmacêutica e o setor produtivo estatal farmacêutico: o caso da Fundação para o Remédio Popular de São Paulo – FURP. Campinas, SP, 1996. Tese de Doutorado, UNICAMP. Orientador: João Manuel Cardoso de Mello.

⁶ Neste momento, a FURP já tinha iniciado a construção da planta de Américo Brasiliense, que estava na iminência de entrar em operação, conforme percebe-se da matéria a seguir indicada, de 29 de janeiro de 2004: “Licitação para a construção da FURP 2 sai amanhã”, da Gazeta Mercantil (<http://notes.abcp.org.br:8080/Producao/clipp/clipp.nsf/59dac160bc7df2ba03256aef00407549/6daa46e721b6d75203256e2a00508ceb?OpenDocument>) e conforme matéria “Segunda fábrica da FURP terá gestão privatizada”, Valor Econômico de 29 de janeiro de 2007 (<http://www.investe.sp.gov.br/noticia/segunda-fabrica-da-furp-tera-gestao-privatizada/>).

Segundo apresentado pelo Superintendente da FURP à época, Ricardo Oliva⁷, “a proposta de parceria com o setor privado, na modalidade de PPP, pode ser uma alternativa estratégica interessante por permitir à FURP a capacitação necessária para a produção de medicamentos, inclusive genéricos, dentro dos melhores padrões, mediante a incorporação de inovações tecnológicas, implantação de plataforma de pesquisa e desenvolvimento, melhorias na logística de atendimento farmacêutico, aumento da produção e redução de custos, com ganhos consideráveis para a política pública de saúde do governo estadual”.

O Conselho Gestor aprovou por unanimidade a proposta preliminar de PPP apresentada e autorizou a Secretaria de Saúde a aprofundar os estudos técnicos para elaborar a modelagem mais apropriada.

A despeito disso, a primeira tentativa de desenvolver estudos de viabilidade de uma PPP para a FURP teve vida curta. Já em novembro de 2008, por intermédio de solicitação da Secretaria de Saúde, o projeto de PPP foi excluído da carteira de projetos de PPP do Estado de São Paulo.

Os argumentos apresentados foram dois: havia a necessidade de que a FURP equipasse a planta de Américo Brasiliense e realizasse registros junto à ANVISA, e, adicionalmente, não havia clareza sobre a lista de medicamentos, premissa essencial para o desenvolvimento do projeto de PPP⁸.

⁷ Em entrevista publicada em 2009, Ricardo Oliva comenta sobre a iniciativa de PPP da FURP: “(...) Veja, quando estávamos para inaugurar a fábrica de medicamentos da FURP em Américo Brasiliense, foi desenvolvido um projeto que é uma parceria público-privada, licitada, seguindo as regras de parceria público-privada. Exemplos mais evidentes são as macroestruturas como Linha 4 do metrô, metrô expresso aeroporto, trem-bala. E veja, durante toda a discussão e nós demoramos um tempão, quase um ano, construiu-se um modelo de uma sociedade de propósitos específicos, formada pelo público e pelo privado. O público aportando uma fábrica, o privado aportando conhecimento e capacidade operativa dentro do processo produtivo e os dois produzindo produtos de interesse comum e os dois ganhando. E se mostrou absolutamente possível enquanto um modelo dado no papel, um modelo teórico de ser lucrativo de um lado e ampliador de acesso por outro. E cumprindo as regras de licitação que deviam ter sido feitas. Por questões administrativas e políticas... o Estado só tem capacidade de execução de atividades de Parcerias Público-Privadas (PPP) até um determinado limite, que é 1% das receitas líquidas do Estado. E cinco PPPs na área de transporte já ultrapassam os limites e é muito mais visivelmente interessante você pegar R\$ 6 bilhões e botar em transporte do que pegar R\$ 200 milhões para operar uma fábrica de remédios. Mas veja, é possível e é viável você criar as SPE com base na legislação da Lei de Inovação, ou criar empresa pública que tenha capacidade. Por exemplo, a Companhia Paulista de Parcerias Público-Privadas (CPP) é uma empresa pública de capital de risco. Ela pode se associar a quem quiser e até 30% do seu capital são para gerar recursos para ela mesma. Então, existem alguns instrumentos que já estão dados e somos incapazes de usar porque desconhecemos, ou porque somos muito velhos para administrar e administramos com as regras do princípio do século XIX. Estamos no século XXI, com estruturas do século XIX. Nós chegamos ao século XXI sem instrumentos de gestão do século XXI, com um pensamento do século XIX”. (http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-7634200900200007&lng=en&nrm=iso, Cadernos de História da Ciência, vol.5, no.2, São Paulo, Dec. 2009).

⁸ A planta de Américo Brasiliense foi construída via modelos de contratação tradicional da lei de licitações e inaugurada em 2009. Para mais informações sobre a inauguração, ver a notícia “Serra inaugura primeira fábrica pública de genéricos do país”

Passados alguns anos, quando a planta de Américo Brasiliense foi construída e já estava operacional, a PPP da FURP voltou à pauta do Conselho Gestor. Na 40ª Reunião Ordinária do Conselho Gestor, realizada em 23 de setembro de 2011, foi apresentada nova proposta preliminar.

Aproximadamente três anos depois da exclusão do projeto da carteira de PPPs do Estado de São Paulo, a proposta preliminar da PPP da FURP para a operação e manutenção da planta fabril da Unidade Américo Brasiliense foi aprovada pelo Conselho Gestor, que autorizou⁹ a Secretaria de Saúde a desenvolver os estudos de viabilidade do projeto por intermédio de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).

Segundo a ata da 40ª Reunião Ordinária, foi explicitado que o conteúdo da nova proposta preliminar diferia parcialmente da anterior, principalmente com relação ao dimensionamento dos investimentos necessários e ao perfil da cesta de medicamentos em função de novas diretrizes e prioridades constantes da atual política estadual pública de saúde e de assistência farmacêutica.

No contexto da defesa do projeto, o Secretário de Saúde argumentou sobre a importância dos laboratórios oficiais, da produção de medicamentos genéricos, assim como mencionou os desafios associados ao investimento em pesquisa e desenvolvimento para a manutenção e melhoria dos padrões de atendimento farmacêutico à população do Estado.

Em seguida ao sinal verde do Conselho Gestor, a Secretaria de Saúde publicou, em 27 de outubro de 2011, o Edital de Chamamento Público nº 002/2011, com a finalidade de obter estudos técnicos e modelagem do projeto de PPP “Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense (IFAB) - Nova Fábrica de Produção da Fundação para o Remédio Popular “Chopin Tavares de Lima” - FURP.

<http://www.cidadao.sp.gov.br/noticia.php?id=202445>). A primeira parte da obra foi licitada em 2004. A licitante vencedora foi a empresa MPD Engenharia e o valor de sua proposta foi de R\$ 15,4 milhões (http://www.imprensaoficial.com.br/Portal/O/DO/GatewayPDF.aspx?link=/2004/executivo%20secao%20i/junho/26/Pagnot_0001_3G9B2P57GJTEFe8DM8TSH7BSP03.pdf)

⁹ No contexto desta autorização, foi apresentado um rol de pontos que deveriam ser levados em consideração no desenvolvimento dos estudos de viabilidade: i) Análise da proposta de implantação e operação deste empreendimento, em comparação com outros modelos institucionais que permitam conciliar os objetivos da política de saúde pública e os aspectos financeiros e tecnológicos envolvidos, além das questões de concentração de mercado, incluindo-se a alternativa de permanência da IFAB sob administração direta estadual; ii) Definição do elenco inicial de medicamentos e o estabelecimento dos critérios de revisão e atualização e da respectiva forma de contratualização deste elenco, de forma a garantir maior flexibilidade e eficiência ao atendimento da política pública de assistência farmacêutica; iii) Quantificação e tratamento a ser dado a eventual capacidade produtiva residual e definição contratual quanto à destinação desse excedente de produção; iv) Impacto orçamentário da PPP devido ao pagamento da contraprestação pecuniária, bem como dos benefícios proporcionados à Secretaria Estadual da Saúde (SES) através do fornecimento de medicamentos sob o modelo de PPP vis a vis às compras e aquisições atualmente realizadas junto ao mercado privado; v) Composição da demanda requerida para este empreendimento por ente adquirente (SES, Ministério da Saúde e demais); vi) Formas de contratualização dos serviços de P&D envolvidos; vii) Obtenção Desenvolvidos registros de medicamentos junto à ANVISA, incluindo-se o cronograma e as exigências legais e normativas correlatas; e, viii) Avaliação sobre a possibilidade de inclusão da logística de distribuição da FURP no escopo deste empreendimento.

O PMI previu um teto de ressarcimento de R\$ 3.600.00,00 (três milhões e seiscentos mil reais), tendo atraído duas empresas que responderam ao chamamento: Ideen Farmacêutica Ltda. e Germed Farmacêutica Ltda. (do grupo EMS).

Ambas as empresas cadastradas apresentaram os estudos de viabilidade solicitados em março de 2012. Entretanto, nada foi aproveitado pelo Estado de São Paulo na modelagem final do projeto¹⁰.

Na 51ª Reunião Ordinária do Conselho Gestor, realizada em 7 de novembro de 2012, foi aprovada a modelagem final da PPP denominada “Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense-IFAB – Nova Fábrica de Produção da FURP”.

Essencialmente, o modelo de negócio previu que a futura concessionária produziria, mediante operação e manutenção da fábrica de Américo Brasiliense, os medicamentos sólidos e injetáveis de interesse da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo que, por sua vez, compraria toda a produção da FURP, contratante da PPP¹¹.

Adicionalmente, os registros dos medicamentos na ANVISA deveriam ser feitos em nome da FURP e os medicamentos devem ter marca FURP estampada nas embalagens dos medicamentos. Outra limitação envolveu o modo de comercialização dos medicamentos produzidos na IFAB, que poderiam ser comercializados somente por meio da FURP no mercado público.

¹⁰ Ata da 51ª Reunião do Conselho Gestor de PPP: “(...) os estudos entregues apresentaram baixo desenvolvimento do Projeto de PPP; foi constatada abordagem bastante genérica das questões técnicas, operacionais, financeiras e jurídicas. Quanto à análise da lista de medicamentos e das adequações técnicas para produção (CAPEX, OPEX e modelos de contratualização), ambos os estudos não apresentaram listas de medicamentos compatíveis com o perfil de compra praticado pela SES, nenhum dos estudos forneceu parâmetros de custos que pudessem balizar os cálculos de contraprestação apresentados, além de os valores atribuídos aos medicamentos e registros, em ambos os estudos, se mostrarem superiores aos praticados pela FURP. Em relação à análise dos aspectos tributários, ambos os estudos demonstraram grande generalidade, sem proposta sobre a efetiva carga tributária arcada pela SPE, de modo que não puderam ser aproveitados para a modelagem final da PPP. Por fim, a análise da viabilidade jurídica do projeto apresentou pouco cuidado de ambas as propostas quanto à tecnicidade jurídica relativa à possibilidade de comercialização dos medicamentos, titularidade destes bens e forma de previsão contratual adequada das listas de medicamentos. Concluindo, o Secretário Executivo deste Conselho anunciou o não aproveitamento dos estudos apresentados, não cabendo, portanto, a previsão de ressarcimento às empresas proponentes”.

¹¹ Um dos anexos do edital foi uma minuta de convênio cujo objeto é estabelecer normas sobre a maneira e condições segundo as quais a aquisição da demanda de medicamentos da Secretaria de Saúde, produzidas pela IFAB, será garantida ao longo do prazo da concessão, bem como que os pagamentos pelo fornecimento de medicamentos à Secretaria de Saúde serão realizados e garantidos com recursos orçamentários.

Audiência, Consulta Pública e Licitação

A audiência pública da PPP foi realizada em 6 de dezembro de 2012 e gerou 17 perguntas, feitas pelas empresas Novartis e RM. A consulta pública ocorreu em março de 2013 e não foi divulgado um relatório que sintetizasse as críticas recebidas e as respostas do poder público.

A licitação, publicada em maio de 2013¹², transcorreu bem e contou com apenas uma proposta, da licitante que, posteriormente, foi declarada vencedora. Apesar desse fato, representantes de outras empresas participaram da sessão de licitação (Eurofarma, Cristália, SGE – Serviços Globais de Engenharia e Comércio Ltda. estavam presentes e acompanharam a apresentação da única proposta apresentada).

A EMS S/A apresentou uma proposta com o percentual de desconto de 49,99%. Na lógica da licitação, isso significou que a EMS ofertou um valor de desconto de 49,99% sobre a Lista Básica de Medicamentos constante no Anexo XI do contrato, cujo preço total seria definido por tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, gerando a figura do PMVG deste contrato (Pagamento Máximo de Venda ao Governo)¹³.

Em valores correspondentes à época de publicação do edital, o PMVG era de R\$366.884.879,00 ao ano e o desconto dado pelo licitante vencedor foi aplicado a este montante.

Do ponto de vista do controle externo, o contrato está sendo analisado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) e o processo de fiscalização encontra-se em fase regular de coleta de informações¹⁴.

¹² “Governador Alckmin lança edital da PPP da FURP de Américo Brasiliense” (http://www.furp.sp.gov.br/imprensa/noticia_detalhe.aspx?id=12).

¹³ O desconto mínimo que deveria ser dado era de 47,3%, nos termos da Cláusula 12.3.ii do edital. O licitante vencedor, portanto, deu um desconto de 2,69% maior que o mínimo exigido pelo edital.

¹⁴ Processo: TC-030871/026/13 – Expediente: TC-044277/026/13. Contratante: Fundação para o Remédio Popular - FURP. Contratada: CPM Concessionária Paulista de Medicamentos S/A.

4. ASPECTOS CONTRATUAIS DE DESTAQUE

Regra de Alocação de Riscos

O contrato estabeleceu a regra geral de transferir a integralidade dos riscos inerentes à concessão administrativa ao parceiro privado. As exceções ficam elencadas nas hipóteses da cláusula 20.2.

São riscos do parceiro privado que merecem destaque, lembrando que trata-se de um rol exemplificativo:

- Obtenção ou complementação de licenças, permissões e autorizações necessárias ao desenvolvimento da Concessão Administrativa;
- Custos excedentes relacionados ao objeto da Concessão Administrativa, ou custos subestimados pelo Parceiro Privado;
- Passivos e/ou irregularidades ambientais materializados após a Data de Assinatura do Contrato;
- Atraso no cumprimento do cronograma e prazos estabelecidos em contrato;
- Erro de projeto, erro na estimativa de custos e/ou gastos, falhas na prestação dos serviços, defeitos nas obras ou equipamentos, erros ou falhas causadas pelos terceirizados ou subcontratados;
- Aumento do custo de capital, variação nas taxas de câmbio, alteração de taxas de juros e/ou defasagem do valor da Lista Básica e/ou da Lista Adicional de Medicamentos em relação ao valor de mercado;
- Tecnologia ou técnica empregadas na prestação de serviços; e
- Fatores imprevisíveis, fatores previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou força maior que, em condições normais de mercado possam ser objeto de cobertura de seguro oferecido no Brasil e à época da materialização do risco.

Por outro lado, seriam riscos expressamente retidos pela administração pública:

- Decisões judiciais ou administrativas que impeçam ou impossibilitem o Parceiro Privado de prestar os serviços ou que interrompam ou suspendam o pagamento da Remuneração, seu reajuste ou revisão, exceto nos casos em que o Parceiro Privado tiver dado causa à decisão;
- Atrasos ou inexecução das obrigações do Parceiro Privado causados pela demora ou omissão do Poder Concedente ou de demais órgãos ou entidades da Administração Pública;
- Fatores imprevisíveis, fatores previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou força maior que, em condições normais de mercado não possam ser objeto de cobertura de seguro oferecido no Brasil e à época da materialização do risco;
- Alterações na legislação ou na regulação que alterem o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, exceto a alteração na legislação de impostos e contribuições sobre a renda;
- Manutenção de plenas condições da FURP na qualidade de fabricante de medicamentos, totalmente regular perante a ANVISA e demais entidades que exerçam qualquer regulação ou fiscalização das atividades desenvolvidas pela FURP.

Além da seção do contrato dedicada a, objetivamente, alocar os riscos entre as partes, a leitura de outras cláusulas permite a interpretação sobre o risco de demanda, por exemplo:

- O contrato permite revisão anual da Lista de Medicamentos presente no Anexo XI. De acordo com a Cláusula 17.2.iii do contrato, nestas oportunidades, poderão ser acrescentados, retirados ou substituídos os medicamentos, admitindo-se a variação de 10%, para mais ou para menos, no valor da lista. O parceiro privado, portanto, poderá ter que arcar com uma redução de 10% do valor correspondente à demanda de medicamentos, sem que isso introduza a necessidade de rever a equação financeira do negócio. Da mesma forma, em raciocínio inverso, a demanda por, no mínimo, 90% do valor da lista é garantida pelo poder concedente;
- Outra parte do escopo desta PPP é a assessoria na obtenção de registro de medicamento em favor da FURP, na chamada Lista Adicional de Medicamentos. Quando o poder concedente expressamente requerer esta assessoria, será devido um valor de R\$610.651,00 por medicamento. Portanto, o poder concedente controla a demanda deste serviço, no que se refere aos medicamentos não previstos na lista original.

Indicadores de Desempenho

Em função do fato de não haver um CAPEX muito vultuoso em relação ao valor do contrato (que é de aproximadamente R\$2,5 bilhões), reputou-se por razoável que parcela significativa da remuneração ao parceiro privado estivesse atrelada a aspectos operacionais da prestação do serviço. Pelo menos, esta era a lógica até a publicação da consulta pública¹⁵.

No edital da concorrência que deu origem à PPP, os 17 indicadores de desempenho previstos estão refletidos no Anexo II, em 4 grupos com os respectivos pesos:

ÍNDICE DE DESEMPENHO OPERACIONAL		
Sub-Índice	Peso	Descrição
Qualidade	50%	Atendimento aos requisitos sanitários de risco alto, médio e baixo (pré-definidos pela FURP), tomando-se como referência as normas reguladoras vigentes
Engenharia de Segurança	20%	Conservação e manutenção de todas as instalações segurança da fábrica (pré-definidos pela FURP)
Meio Ambiente	20%	Tratamentos dos Efluentes e Resíduos Industriais
Serviços Secundários	10%	Serviços de Jardinagem, Segurança Patrimonial e outros serviços secundários

¹⁵ No material disponibilizado para Consulta Pública, a integralidade da Parcela B seria submetida a indicadores de desempenho. Entretanto, o edital efetivamente publicado tratou de limitar este impacto em 20%, conforme cláusula 23.1 do contrato.

A mensuração do desempenho se dá de forma bastante objetiva, considerando o atingimento de determinada meta que pode ser estabelecida com base no número de inconformidades encontradas na amostra analisada e no cumprimento tempestivo do plano de produção da IFAB, por exemplo.

O indicador de desempenho medido gera uma correspondente dedução na Parcela B, limitada ao percentual de 20%¹⁶.

Considerando o valor do contrato de R\$2.544.100.000,00 e a definição posta no edital do valor da Parcela A de R\$331.200.000,00, deduz-se que a Parcela B poderia somar até R\$2.212.900.000,00. Como somente 20% deste valor da Parcela B é, efetivamente, condicionado a desempenho, temos que os indicadores podem afetar até 17,4% do total das contraprestações previstas neste contrato.

A FURP deverá detalhar a metodologia de aferição de desempenho no início da prestação do serviço, incorporando estas definições no “Anexo IX – Indicadores de Desempenho” do contrato.

Outra anotação importante sobre os indicadores de desempenho que merece ser destacada diz respeito à possibilidade de intervenção do poder concedente na concessão, no caso de atribuição ao parceiro privado de notas de desempenho inferiores a 60%, por 3 meses consecutivos.

¹⁶ Segundo a Cláusula 23.1 do contrato, “o valor da Remuneração do Parceiro Privado variará de acordo com o cumprimento dos Indicadores de Desempenho, descritos no Anexo IX deste Contrato, que poderão implicar na redução proporcional da Remuneração, em até 20% (vinte por cento) do valor devido a título da Parcela B.”

Mecanismo de Pagamento

Conforme a Cláusula 16ª do contrato, a contraprestação pública está dividida em duas parcelas¹⁷ :

■ Parcela A: compreende a remuneração pelos investimentos realizados para viabilizar a operação da Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense - IFAB. Esta parcela remunera dois componentes básicos: (i) os serviços de assessoria à FURP na obtenção dos registros de medicamentos que compõem a lista básica de medicamentos perante a ANVISA e (ii) os investimentos necessários à viabilização da plena operação da IFAB.

■ Parcela B: compreende a remuneração pelos serviços de gestão, operação e manutenção da IFAB e o fornecimento de insumos necessários para a produção da Lista Básica de Medicamentos, além dos demais serviços e atividades necessários à conservação da IFAB.

A Parcela A, portanto, conta com um valor fixo mensal de R\$25.000,00 por disponibilidade de registro de medicamento (liberação do medicamento para linha de produção) cuja assessoria na obtenção tenha sido solicitada pelo poder concedente¹⁸.

O “Anexo XII - Cronograma dos Investimentos da Parcela A” apresenta um cronograma de obtenção dos registros, conforme exposto a seguir:

ANO	Nº DE REGISTROS	Nº DE REGISTRO ACUMULADO
Ano 3	17	17
Ano 4	39	56
Ano 5	20	76
Ano 6	15	91
Ano 7	5	96

¹⁷ A Cláusula 19.1 do contrato, expressamente, veda ao parceiro privado o direito de auferir receitas extraordinárias do negócio, sendo, portanto, a contraprestação a única fonte de receitas da concessionária.

¹⁸ Conforme redação da Cláusula 16.1.2.1.i

Além deste componente, também faz parte da Parcela A o pagamento dos investimentos necessários para adequação da IFAB. Somando-se ambas as categorias, tem-se um valor total da Parcela A estabelecido conforme tabela abaixo, inspirada no “Anexo X – Cálculo da Contraprestação Básica”:

ANO	PARCELA A
	(Investimentos + Registros)
Ano 1	R\$ 0,00
Ano 2	R\$ 0,00
Ano 3	R\$ 5.100.000,00
Ano 4	R\$ 16.800.000,00
Ano 5	R\$ 22.800.000,00
Ano 6	R\$ 27.300.000,00
Ano 7	R\$ 28.800.000,00
Ano 8	R\$ 28.800.000,00
Ano 9	R\$ 28.800.000,00
Ano 10	R\$ 28.800.000,00
Ano 11	R\$ 28.800.000,00
Ano 12	R\$ 28.800.000,00
Ano 13	R\$ 28.800.000,00
Ano 14	R\$ 28.800.000,00
Ano 15	R\$ 28.800.000,00
TOTAL	R\$ 331.200.000,00

A Parcela B, por sua vez, além de estar sujeita à avaliação de desempenho do parceiro privado e ao Fator de Operação (que será explicado a seguir), decorre do desconto percentual dado na licitação pelo vencedor do certame (no caso, de 49,99%), o qual será aplicado sobre o somatório do preço máximo dos medicamentos divulgados pela CMED, na Lista Básica de Medicamentos a ser produzida na Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense – IFAB.

O cálculo da Parcela B seguirá a fórmula abaixo:

$$VPB = CA \times (1 - \text{dec}\%)$$

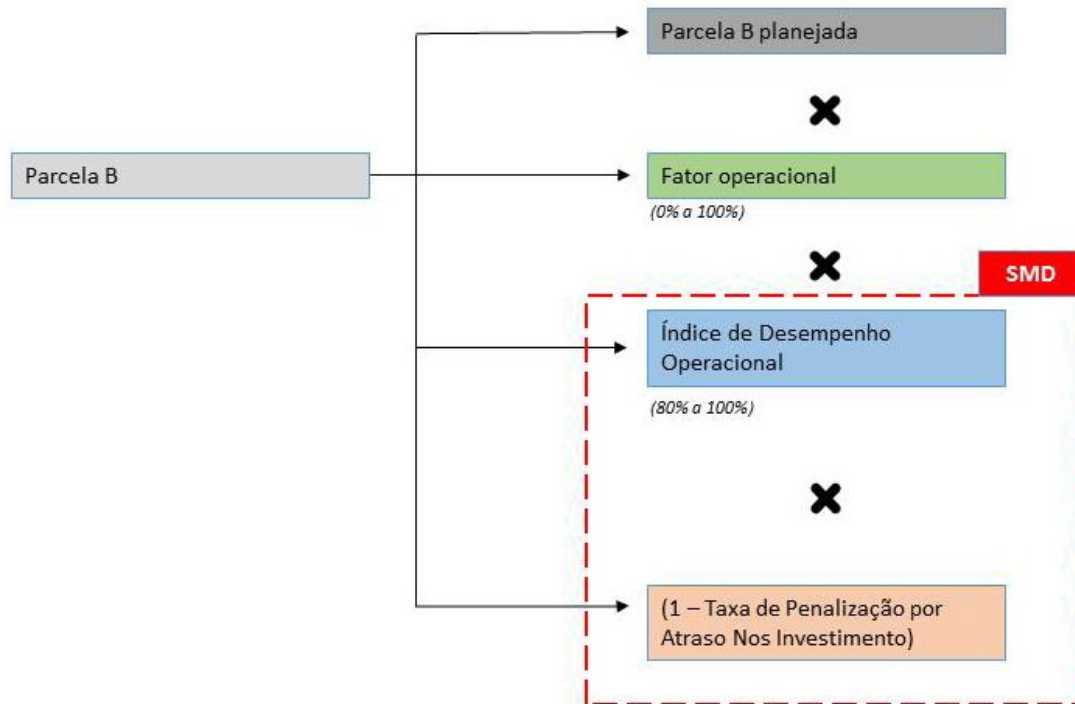
Onde:

VPB = Valor da Parcela B

CA = Valor da Cesta de Medicamentos (Anexo XI)

dec% = desconto a ser aplicado

Na perspectiva das deduções feitas na Parcela B, o diagrama abaixo demonstra o que a medição deverá considerar:



A *Parcela B Planejada* corresponde ao valor máximo de remuneração que pode ser atingido pelo parceiro privado, pois considera o somatório do preço referencial unitário de cada medicamento e o multiplica pelo respectivo volume estabelecido no Plano de Produção da IFAB. Em seguida, este produto é também multiplicado pelo desconto dado na licitação.

$$Parcela\ B\ Planejada = \sum_{i=1}^n (P_i \times QP_i \times Desconto)$$

A partir desta fórmula, aplica-se o *Fator Operacional*, responsável por medir o efetivo cumprimento do Plano de Produção e ajustar a Parcela B de acordo com esta aferição.

$$Fator\ operacional = \frac{\sum_{i=1}^n (P_i \times QE_i \times Desconto - Penalização_i)}{Parcela\ B\ Planejada}$$

Portanto, o *Fator Operacional* considera em seu numerador as mesmas premissas da *Parcela B Planejada*, entretanto, a quantidade de medicamento considerada passa a ser aquela efetivamente produzida e um componente de Penalização é acrescentado para, eventualmente, agravar o desconto dado na licitação. A *Penalização* será de 5%, quando a quantidade efetivamente produzida for inferior a 95% da quantidade planejada ($QE_i < 0,95 QPI$).

Além do Fator Operacional, o Sistema de Mensuração de Desempenho pode afetar até 20% sobre o total previsto para esta parcela, como visto no tópico anterior, que trata dos Indicadores de Desempenho.

Por fim, o diagrama apresenta como último redutor da Parcela B planejada as eventuais penalizações em função de atraso na entrega dos investimentos, como previsto na Cláusula 38.9.iii¹⁹

Metodologia de Reequilíbrio Econômico-Financeiro

O contrato estabelece, na sua Cláusula 21^a, um núcleo mínimo de documentos que devem acostar um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro e, assim, acaba por definir a metodologia que deve ser aplicada em pedidos desta natureza:

- Identificação precisa do evento que dá ensejo ao pedido de reequilíbrio, acompanhado de evidência da responsabilidade do Poder Concedente;
- Projeção de fluxo de caixa marginal decorrente do evento que ensejou o desequilíbrio, considerando: (i) os fluxos marginais, positivos ou negativos, calculados com base na diferença entre as situações com e sem evento; e (ii) os fluxos marginais necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato;
- Comprovação dos gastos, diretos e indiretos, efetivamente incorridos pelo Poder Concedente, decorrentes do evento que deu origem ao pleito;
- Em caso de avaliação de eventuais desequilíbrios futuros, demonstração circunstanciada dos pressupostos e parâmetros utilizados para as estimativas dos impactos do evento gerador do desequilíbrio sobre o fluxo de caixa do Parceiro Privado.

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será realizada de forma a tornar nulo o Valor Presente Líquido (VPL) da diferença no fluxo de caixa do negócio estimado, tomando-se em conta o evento que ensejou o desequilíbrio.

O contrato não estabelece quais as referências de preços que devem ser utilizadas para compor as linhas de serviços e insumos do pleito, apenas recomenda que se use as melhores disponíveis.

A taxa de desconto a ser adotada no cálculo do VPL será calculada por meio da metodologia do WACC (custo médio ponderado de capital).

¹⁹ “38.9.iii Atraso na execução dos investimentos necessários à viabilização da plena operação da IFAB, componentes da Parcela A da Contraprestação Básica, após o 3º (terceiro) ano do Contrato: penalização mensal de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do valor devido como Parcela B da Contraprestação Básica até que regularizado o cronograma de investimentos.”

Os encargos relacionados à análise dos pedidos de reequilíbrio econômico financeiro correrão às expensas das partes, em igual proporção, caso se verifique a procedência do pleito ao final.

Conforme a Cláusula 21.9, uma particularidade interessante deste contrato é a determinação de que os pleitos de recomposição da equação financeira do negócio, quando vindos do parceiro privado, devem considerar em seu cálculo a eventual diminuição do risco de crédito de financiamento a favor do Poder Concedente e, da mesma forma, os ganhos de eficiência que, por ventura, possam ter ocorrido e aumentado a produtividade do parceiro privado.

Ao que parece, o poder concedente não deve, pró-ativamente, exigir um reequilíbrio do contrato a seu favor em função das duas hipóteses previstas no parágrafo anterior. Entretanto, no momento de uma solicitação desta natureza que parta da concessionária, estes argumentos podem ser trazidos à toma para pesar em sentido oposto e favorável à Administração Pública na balança que medirá o potencial desequilíbrio do contrato.

Regra de Solução de Conflitos

O contrato apresenta um capítulo dedicado à solução de conflitos, o Capítulo XI.

A redação deste capítulo é introduzida pelas diretrizes para formalização de uma junta técnica, constituída por um membro da FURP, outro da concessionária e um especialista na área objeto de controvérsia. O objetivo desta junta é solucionar divergências que surjam relacionadas a aspectos técnicos e econômico-financeiros da execução do contrato.

Os pareceres da Junta Técnica serão considerados aprovados se contarem com o voto favorável de, pelo menos, dois de seus membros.

Para as questões que não puderem ser objeto de discussão na Junta Técnica ou no caso de discordância em relação ao parecer sobrevivendo desta junta, as controvérsias deverão ser tratadas em sede de arbitragem.

Caberá ao poder concedente indicar a Câmara de Arbitragem em que o Tribunal Arbitral será constituído, restando preservado o direito da concessionária de fazê-lo, em caso de omissão do parceiro público.

O tribunal será instalado na cidade de São Paulo e as custas relacionadas ao procedimento arbitral deverão ser suportadas pela parte vencida.

O laudo arbitral será considerado como decisão final em relação à controvérsia entre as partes, irrecorrível e vinculante entre elas.

Caso uma das partes se recuse a tomar as providências cabíveis para que o procedimento arbitral tenha início ou queira promover a execução de medida cautelar de decisão liminar ou sentença proferida no tribunal arbitral, a outra parte poderá recorrer a uma das Varas da Comarca de Guarulhos, Estado de São Paulo, para obter as medidas judiciais cabíveis.

Estrutura de Garantias

A Lei Estadual nº 11.688, de 19/05/2004, instituiu o programa de PPP do Estado de São Paulo.

Em seu art. 12º, esta lei autorizou o poder executivo a constituir pessoa jurídica, denominada Companhia Paulista de Parcerias – CPPP. Dentre as responsabilidades da empresa pública, o art. 15, VI, §2º autoriza a prestação de garantias reais aos parceiros privados das Parcerias Público-Privadas celebradas pelo Estado.

O contrato da PPP da nova fábrica de medicamentos da FURP estabelece que a CPP, na qualidade de Interveniente Garantidora, deverá assumir, em caráter irrevogável e irretratável, a condição de fiadora solidariamente responsável pelo fiel cumprimento da obrigação imputável ao poder concedente, no que se refere, exclusivamente, ao pagamento do valor equivalente a 6 parcelas mensais da Contraprestação Básica (Obrigação Solidária), que vigorará até a liquidação final, pelo poder concedente, da última parcela da Contraprestação Básica.

A garantia prestada pela CPP não se estende, entretanto, a eventual pagamento do poder público que não esteja relacionado à contraprestação básica (Parcela A e Parcela B), como por exemplo a Lista Adicional de Medicamentos.

A garantia estará lastreada em penhor sobre cotas do Fundo de Investimento Renda Fixa Longo Prazo, denominado “BB CPP PROJETOS”, da qual a CPP é cotista exclusiva, administrado pela BB DTVM.

5. QUESTÕES PARA DEBATE

Com a finalidade de contribuir para o debate sobre o caso, que será realizado no Formação em PPPs 2014, nos dias 26 e 27 de novembro, são apresentadas abaixo algumas questões sobre o projeto de PPP da FURP, que poderão servir de reflexão para o leitor antes e durante o Formação em PPPs 2014.

- Você concorda com a revisão que foi feita entre o edital que foi à consulta pública e o publicado para licitação no que se refere ao impacto dos indicadores de desempenho?
- O que você pensa da metodologia de definição da taxa de desconto a ser aplicada nos pleitos de reequilíbrio econômico financeiro a partir do cálculo do WACC?
- Em um projeto como este, deve ser incentivada ou não a busca de receitas extraordinárias?
- Faz sentido a prerrogativa do poder concedente de indicar a Câmara de Arbitragem no caso de emergir algum desacordo entre as partes com condições de ser arbitrável?