

REALIZAÇÃO

CONTEÚDO



CASOS PRÁTICOS

FORMAÇÃO EM PPPs

UNIDADES ESCOLARES DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO
MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

25 e 26 de Novembro 2015 - São Paulo

ÍNDICE¹

1. Síntese do Contrato.....	3
2. Perfil do Projeto e Linha do Tempo.....	4
3. Introdução.....	5
4. Estudos de Viabilidade e Licitação.....	7
5. Aspectos Contratuais de Destaque.....	9
Encargos da Concessionária	9
Estrutura de Garantias e Financiamento.....	11
Alocação de Riscos.....	12
Indicadores de Desempenho e Mecanismo de Pagamento.....	14
Reequilíbrio Econômico-Financeiro.....	17
Regra de Solução de Conflitos.....	18
6. Questões para Debate.....	19

¹Agradecimento a Luciano Teixeira Cordeiro, Gerente de Negócios Estruturados, da PBH Ativos S.A. (Unidade de PPP de Belo Horizonte) pelo trabalho de revisão deste caso, elaborado pela Radar PPP.

Copyright © 2014 RADAR PPP Ltda. licenciado para o evento Formação em PPPs™ 2015 – Todos os direitos reservados. Para solicitar cópias ou permissões para reprodução do material, envie e-mail para info@radarppp.com. Nenhuma parte deste material pode ser reproduzida, transformada em arquivo eletrônico em qualquer formato, ou transmitida por qualquer processo, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia e gravação, ou por qualquer sistema de armazenamento e recuperação de informações, sem a permissão escrita do RADAR PPP Ltda.

1. SÍNTESE DO CONTRATO

A Parceria Público-Privada das unidades de ensino da rede municipal de educação básica de Belo Horizonte é a primeira e, por enquanto, a única PPP de educação do Brasil que alcançou a fase de contrato assinado. O contrato já está com mais de dois anos de operação, com quase 90% das unidades entregues.

Neste contrato, a concessionária se responsabiliza pela construção, manutenção, gestão administrativa e operacional de 51 unidades de ensino, permitindo que os servidores públicos (gestores e professores) das escolas possam se dedicar prioritariamente às questões pedagógicas.

Recentemente, o contrato foi aditado para ampliar a quantidade de unidades a serem geridas pela concessionária. Com o aditivo, espera-se que um total de 25 mil alunos da capital mineira sejam atendidos, contribuindo para que a Prefeitura de Belo Horizonte cumpra as exigências da Lei de Diretrizes de Base da Educação Nacional, que determina a universalização do atendimento escolar a crianças de 4 e 5 anos até 2016.

A PPP possui uma sofisticada arquitetura para mensuração de desempenho, contendo 60 indicadores, e uma estrutura complexa para a prestação de garantias, sobretudo depois que o Poder Concedente precisou revisitar o formato de constituição originalmente previsto.

Com um investimento estimado de R\$250 milhões, o projeto contou com uma operação indireta realizada pelo BDMG - que foi o financiador da concessionária - de uma linha específica para o setor de educação do BNDES. Para a fase inicial de construção, o próprio BDMG realizou um empréstimo-ponte, com liberação rápida e quitação no curto prazo, no valor de R\$96 milhões.

2. PERFIL DO PROJETO E LINHA DO TEMPO

UNIDADES ESCOLARES DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE	
Objeto	Concessão administrativa para a realização de obras e serviços de engenharia e prestação de serviços de apoio, não pedagógicos, a Unidades de Ensino da Rede Municipal de Educação Básica do Município de Belo Horizonte.
Órgão Responsável	Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte
Valor Teto do Ressarcimento dos Estudos	US\$2.072.000,00
Ressarcimento dos Estudos	US\$1,554,000.00 (IFC) e R\$ 960.372,00 (Prefeitura de Belo Horizonte)
Recebedor(es) do Ressarcimento dos Estudos	International Finance Corporation (IFC) e Prefeitura Municipal de Belo Horizonte
Segmento do Projeto	Educação
Estado, Município, Distrito Federal ou União?	Município
Tipo de Licitação	Menor Preço
Modalidade de Concessão	Concessão Administrativa
Limite Máximo de Empresas no Consórcio	3 empresas
Licitantes	Consórcio Educar (Construtora Norberto Odebrecht Brasil S.A. e Odebrecht Participações e Investimentos) e Construtora Andrade Gutierrez S/A
Empresas que Compõe a Concessionária	Construtora Norberto Odebrecht Brasil S.A. e Odebrecht Participações e Investimentos
Concessionária	SPE Inova BH S/A
Prazo de Concessão	20 anos
Valor do Contrato	R\$975.658.364,65 (após 3º Termo Aditivo)
Investimento Estimado	R\$250.000.000,00 ²
Aporte Público de Recursos	R\$150.000.000,00 (após 3º Termo Aditivo)
Garantia Inicial do Vencedor para Execução do Contrato	R\$41.000.000,00
Data de "Priorização" do Projeto	12/04/2011
Data de Publicação da Consulta Pública	14/07/2011
Data de Publicação do Edital	28/03/2012
Data de Assinatura do Contrato	24/07/2012
Data de Início das Obras	02/2013
Data de Início da Operação:	21/09/2013 ³
Data de Assinatura dos Aditivos	1º TA (22/02/2013); 2º TA (21/11/2013); 3º TA (25/06/2014)
Data Prevista para Encerramento do Contrato	22/02/2033

²Ver em: <http://www.inovabh.com.br/>

³Verem:<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/noticia.do?evento=portlet&pAc=not&idConteudo=124322&pIdPlc=&app=salanoticias>

3. INTRODUÇÃO

A questão da educação nos Municípios brasileiros representa um grande desafio gerencial e administrativo. Os recursos são escassos e regulados por um regime de colaboração entre os três níveis da federação no qual a União, os Estados e os Municípios compartilham responsabilidades.

Como dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (9.394/96), artigo 11, inciso V, cabe aos Municípios “oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental”.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em outubro de 2005, proferiu decisão em sede do Recurso Especial nº 436996/SP dizendo que *“A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado [o Município], por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.”*

Segundo dados do relatório feito pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) intitulado *Education at a Glance*⁴, de 2014, as instituições públicas gastam 4 vezes mais por aluno do ensino superior do que do ensino fundamental. Esta é a maior diferença entre todos os países que têm dados disponíveis.

O novo Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) mostra que, em 2014, 60,4% dos municípios ficaram abaixo da meta estabelecida pelo Ministério da Educação para cada um deles para a rede pública⁵.

Segundo levantamento do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, existem no Brasil 3,4 milhões de crianças de até cinco anos de idade desassistidas do dever do Estado de oferecer creches e pré-escola. Com base em dados do IBGE (2012) e matrículas do Senso (2014), o TCE-RS afirma que, entre as capitais, Belo Horizonte ocupa a oitava posição no ranking de atendimento em creches, com 35,9% e a décima terceira posição no ranking de atendimento em pré-escola, com 84,9%.

Diante deste cenário, é preciso que os municípios brasileiros criem soluções eficientes que permitam a alocação de recursos públicos de maneira mais eficaz, sobretudo na educação infantil e no ensino fundamental.

Nesse contexto e buscando o aperfeiçoamento das estatísticas da rede municipal de educação pública, a Prefeitura de Belo Horizonte optou por inaugurar o segmento de PPPs de educação no Brasil.

O programa de PPP de Belo Horizonte foi criado por meio da Lei nº 9.038/05, fazendo da cidade a primeira capital do país a ter um marco regulatório específico para lidar com este tema. A lei foi elaborada ao longo do primeiro mandato do Prefeito Fernando Pimentel (PT) – que hoje é Governador do Estado de Minas Gerais – mas o primeiro contrato só foi assinado no fim do segundo mandato, depois que reeleito.

O vanguardismo belorizontino, entretanto, não parou por aí. Em novembro de 2008, a cidade tornou-se a primeira capital do Brasil a ter uma PPP assinada (a do segmento de resíduos sólidos) e hoje, ao lado do Rio de Janeiro, é o município brasileiro que mais possui contratos de PPP em operação (três, no total).

⁴ Ver em: <http://www.oecd.org/edu/Education-at-a-Glance-2014.pdf>

⁵ Ver em: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/>

A PPP das unidades de ensino da rede municipal de educação básica de Belo Horizonte, além de ser a primeira (e, por enquanto, a única PPP de educação no país), é a mais recente da capital mineira, tendo sido assinada em 24 de julho de 2012, no último ano do primeiro mandato do Prefeito Márcio Lacerda.

O contrato, no valor de R\$975.658.364,65⁶ e com previsão de 20 anos de duração, foi assinado com a SPE Inova BH S.A - que possui empresas do grupo Odebrecht como suas acionistas – e já foi objeto de três termos aditivos.

Em 2013, foram construídas 09 UMEIs, entre elas as 03 primeiras por meio da PPP. Em 2014, a cidade ganhou 29 novas unidades, sendo 26 UMEIs (17 construídas por meio da PPP) e 03 EMEFs (todas derivadas da concessão administrativa).

O projeto é reconhecido e premiado internacionalmente, sendo inclusive indicado pelo *Financial Times* como um dos 100 projetos de infraestrutura urbana mais inspiradores e inovadores do mundo⁷.

O contrato já foi objeto de três termos aditivos.

O 1º TA foi assinado em fevereiro/2013 e teve por objetivos a constituição parcial das garantias e prorrogação de prazo para integralização das garantias.

O 2º TA foi assinado em novembro/2013 e teve por finalidade dois itens: (i) uma adequação no valor das garantias e; (ii) estabelecimento da eficácia plena do contrato.

Por fim, o 3º TA foi assinado em junho/2014 e teve por finalidade três itens: (i) um reequilíbrio econômico-financeiro em favor do poder concedente, em razão dos benefícios tributários promovidos pela Lei Federal 12.766/2012; (ii) o aumento do valor do aporte público para R\$150 milhões e; (iii) um reequilíbrio econômico-financeiro em favor do privado, em função da inclusão de 14 novas UMEIs no escopo.

⁶Valor atribuído após a assinatura do 3º Termo Aditivo

⁷Ver em: <http://www.ft.com/cms/s/0/eea745f4-143a-11e3-9289-00144feabdc0.html#axzz3mZeFiZwH> e <http://aboutus.ft.com/2013/09/30/financial-times-and-citi-name-finalists-for-2013-ftciti-ingenuity-awards/>

4. ESTUDOS DE VIABILIDADE E LICITAÇÃO

A primeira PPP assinada em Belo Horizonte, a de Resíduos Sólidos, teve os seus estudos de viabilidade elaborados pela equipe interna da Prefeitura. A segunda PPP, a do Hospital Metropolitano, foi modelada pela EBP – Estruturadora Brasileira de Projetos, após a publicação de um PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse. A PPP das UMEIs, entretanto, não seguiu nenhum destes dois caminhos para a obtenção dos estudos de viabilidade que iriam dar sustentação ao procedimento licitatório.

Em 12 de abril de 2011, foi publicada a inexigibilidade de licitação, com fundamento no inciso II do artigo 25⁸ combinado com o inciso I do artigo 13⁹, ambos da Lei nº. 8.666/93, para contratação da *International Finance Corporation* – IFC para a prestação de serviços de consultoria técnica especializada com vistas à realização de estudos técnicos, financeiros e jurídicos de uma Parceria Público Privada para a rede municipal de escolas.

No dia 19 de abril de 2011, o extrato do contrato, no valor de US\$2.072.000,00, foi publicado, com o seguinte detalhamento do objeto: *Consultoria técnica, com apoio técnico do Brazil PSP Development Program, assessorando o Município por meio de levantamentos estatísticos, estudos, pesquisas e modelagem dos aspectos técnicos, financeiros e jurídicos na estruturação de uma PPP Parceria Público Privada para novas UMEIS e novas Unidades de Ensino Fundamental.*

Apesar de ter sido uma contratação por inexigibilidade, o ônus do pagamento da importância de US\$1.554.000,00 caberia à proponente adjudicatária do objeto, conforme cláusula 15.2.iv do edital, que condicionou a assinatura do contrato à comprovação do pagamento ao IFC pela realização de estudos relacionados ao objeto da concessão, nos termos do art. 21 da Lei n.º 8.987/95.

Além deste pagamento, a concessionária deveria apresentar o comprovante de quitação no valor de R\$960.372,00 em favor do Município de Belo Horizonte, conforme item 15.4.1.iv do edital, também pela realização de estudos relacionados ao objeto da concessão, com base no mesmo dispositivo da Lei n.º 8.987/95.

Este, entretanto, não foi o único projeto no município de Belo Horizonte que adotou esta estratégia para a obtenção de estudos. Em meados de 2010, foi firmado um acordo similar, também com o IFC, para um projeto de PPP da rede municipal de atenção básica à saúde. Este projeto foi licitado em meados de 2015 e a sua assinatura é aguardada para os próximos meses.

A consulta pública da PPP das UMEIs foi lançada em 14 de julho de 2011, seguida por uma audiência pública ocorrida em 06 de setembro do mesmo ano.

Na sequência, compartilhando responsabilidade com o poder legislativo, atendendo ao art. 67, §4º da Lei Orgânica do Município¹⁰ e aumentando o respaldo do projeto, houve a publicação da Lei Municipal nº 10.377/2012 que autorizava o Poder Executivo a delegar, por meio de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa e mediante prévia licitação, a realização de obras de construção e reforma, bem como o fornecimento de materiais e equipamentos para Unidades Municipais de Educação Infantil - UMEIs - e Escolas Municipais de Ensino Fundamental e a prestação de serviços não pedagógicos nessas unidades.

A concorrência, então, foi finalmente publicada em 28 de março de 2012.

Antes da abertura dos envelopes, tanto o IFC como o BDMG – Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais - divulgaram cartas de manifestação da intenção de financiar os eventuais futuros vencedores do certame para o cumprimento do objeto.

⁸ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”;

⁹ “Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos”

¹⁰ § 4º A concessão só será feita com autorização legislativa e mediante contrato, observada a legislação referente à licitação e contratação.

Depois de dois adiamentos, os envelopes finalmente foram entregues. Em 09 de junho de 2012, a proposta comercial do Consórcio Educar, formado pelas empresas Construtora Norberto Odebrecht Brasil S.A. e Odebrecht Participações e Investimentos, foi classificado em primeiro lugar, considerando o valor de R\$3.246.000,00 a título de valor máximo de contraprestação mensal requerida pela execução das obras e serviços da concessão. O curioso é que este valor foi apenas R\$4.000,00 inferior ao proposto pelo outro licitante, a Construtora Andrade Gutierrez S.A.

Com a posterior habilitação do Consórcio Educar, foi feita a declaração do vencedor do certame, a adjudicação e a homologação do objeto. Os licitantes vencedores constituíram a Concessionária SPE Inova BH S.A e assinaram o Contrato n.º 01/2012, em 24/07/2012, com a Secretaria Municipal de Educação.

5. ASPECTOS CONTRATUAIS DE DESTAQUE

Encargos da Concessionária

O objeto desta PPP é resumido na cláusula 4.1 do contrato como “a delegação, por meio de concessão administrativa, das obras e serviços não pedagógicos das unidades de ensino”.

Originalmente, em relação aos aspectos construtivos, a concessionária deveria erigir 32 UMEIs. Além disso, a concessionária também ficaria responsável pela construção de 5 Escolas Municipais de Ensino Fundamental.

Um aditivo firmado no final de julho de 2014 aumentou para 46 o número de UMEIs a serem construídas, sendo que as 14 acrescidas deveriam respeitar o padrão tipologia III daquelas originalmente previstas, ou seja, 1.100m² de área construída, com salas de aula, cozinha, refeitório, biblioteca, sala multiuso, berçário e fraldário.

O Anexo V do contrato estipula o cronograma de entrega das obras UMEIs e das Escolas Municipais. Em conformidade com a cláusula 36.5.6 do contrato, está prevista a aplicação de multa no valor de R\$2.000,00 por dia em função do descumprimento do prazo final de conclusão de cada unidade de ensino.

O projeto foi percebido como um caso de sucesso, celebrado no âmbito do Poder Executivo¹¹ e na imprensa¹².

A boa impressão que as UMEIs entregues no âmbito deste contrato iam deixando (e a economia derivada do benefício tributário estabelecido pela Lei Federal 12.766/2012, como será melhor tratado adiante) contribuíram para que fosse feito o aditivo que ampliou o escopo da concessionária, acrescentando as novas unidades ao objeto do contrato.

Em relação aos encargos relacionados à prestação de serviços, na Lei n.º 10.377/12 (que autorizou a realização da PPP de educação de Belo Horizonte), o legislador municipal foi bastante cuidadoso ao especificar que a prestação dos serviços pedagógicos nesta PPP não poderia ficar a cargo do parceiro privado, exemplificando os serviços autorizados a compor o rol de encargos da concessionária como os de manutenção e gestão predial, zeladoria, segurança e vigilância e limpeza e gestão dos resíduos sólidos.

Os serviços pedagógicos, que são aqueles relacionados às atividades-fim de educação e ensino de alunos da Educação Infantil e Fundamental, deveriam continuar sendo geridos e prestados pelo Poder Executivo, por intermédio de servidores públicos.

Esta exigência legal foi refletida no contrato de PPP que consagrou como obrigações principais da concessionária as seguintes:

- Elaboração da documentação necessária, incluindo os projetos de implantação, para submeter o pedido de obtenção do alvará de construção das unidades de ensino e todas as demais licenças necessárias às autoridades competentes e acompanhar todo o processamento do pedido até a sua regular aprovação, devendo, para tanto, cumprir com todas as providências exigidas, nos termos da legislação vigente;

¹¹ BH 117 anos - Muitos motivos para comemorar - Ver em <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/noticia.do?evento=portlet&pAc=not&idConteudo=183794&pldPlc=&app=salanoticias>

¹² Reportagens que denunciavam suposta morosidade na entrega das UMEIs contratadas via modelos tradicionais se viam obrigadas a fazer a ressalva de que naquelas que compunham o objeto da PPP, a situação era diferente. Por exemplo, conforme o primeiro parágrafo de reportagem extraída do Jornal Hoje em Dia, de 03 de maio de 2015, “Belo Horizonte vive duas realidades em relação às Unidades Municipais de Educação Infantil (Umeis). De um lado, as escolas erguidas por Parceria Público Privada (PPP) estão a pleno vapor. De outro, aquelas que dependem de recursos e esforços do setor público estão atrasadas ou paralisadas, por abandono de contratos ou dificuldade orçamentária” (ver em Ver em <http://www.hojeemdia.com.br/horizontes/morosidade-da-pbh-na-construc-o-de-umeis-deixa-1-320-criancas-desassistidas-1.315525>)

- A responsabilidade pelo passivo ambiental a partir da data de eficácia do contrato;
- Entregar 10 unidades escolas em até 12 meses – chamada Fase I; e demais unidades em até 24 meses – chamada Fase II, considerando a data de eficácia.
- Entregar as 14 unidades acrescidas ao escopo do contrato por força do 3º Termo Aditivo em até 36 meses, obedecendo as mesmas regras para Fases I e II.
- A prestação dos serviços administrativos tais como os serviços gerais, operação de reprografia, gestão de riscos e seguros e *help desk*;
- A prestação dos serviços de segurança, como vigilância patrimonial; controle, operação e fiscalização das portarias; monitoramento e gerenciamento de imagens de circuito fechado de televisão (CFTV);
- Assegurar o desempenho dos serviços relacionados à obtenção, gestão e zelo pelo consumo eficiente de água e esgoto e energia elétrica;
- Execução de serviços de tecnologia relacionados à infraestrutura de rede de dados local cabeada e wireless, para todas as unidades de ensino;
- Execução de serviços de limpeza e higienização das áreas internas e externas das unidades de ensino, durante o horário de funcionamento das unidades de ensino, incluindo a gestão de resíduos, por meio de política de segregação e coleta seletiva;
- A aquisição, o fornecimento, a lavagem e a manutenção de enxoval e roupa de cama, necessários ao funcionamento das unidades de ensino, em ideais condições de uso;
- A manutenção e a conservação das diversas instalações e equipamentos das unidades de ensino, exceto para cozinha;

Estrutura de Garantias e Financiamento

A Cláusula 34ª do contrato estabelece as garantias que o Poder Concedente deveria constituir para honrar as suas obrigações pecuniárias no contexto desta PPP.

Inicialmente, foram previstas duas modalidades de garantia:

- caução em dinheiro ou penhor de títulos da dívida pública federal que podem ser contratados junto a agente fiduciário ou ainda junto a banco fiador, no valor de 06 contraprestações mensais máximas;
- fiança bancária ou seguro-garantia junto a banco fiador, no valor de R\$127.000.000,00.¹³

Na hipótese em que o Poder Concedente optasse por oferecer garantias por meio da constituição de penhor, a concessionária ficaria com a obrigação de contratar, às suas expensas, agente fiduciário encarregado da guarda, administração e liquidação dos valores envolvidos.

No caso de inadimplemento das obrigações pecuniárias, o agente fiduciário (por força do Apêndice A ou do Apêndice B do Anexo XIV) ou o banco fiador (por força do Apêndice C do Anexo XIV) ficariam obrigados a executar os direitos empenhados em favor da concessionária, sem que o Poder Concedente possa interferir para interromper esta operação.

Ademais, a lei municipal que autorizou o Poder Executivo a assinar a PPP (Lei n.º 10.377/12) autorizou também a vinculação de receitas municipais para a constituição de garantia no projeto, que é a hipótese dos recebíveis da COPASA prevista na cláusula 34.5 do contrato. A mesma lei permitiu que o executivo procedesse à destinação de bens públicos municipais dominicais, incluindo-se ativos financeiros, para atender a este mesmo fim¹⁴.

Finalmente, o legislativo também permitiu que os recursos e os bens dados em garantias fossem transferidos à PBH Ativos, sociedade criada pela Lei Municipal nº. 10.003/10, para que a estatal se responsabilizasse por geri-los com a finalidade de assegurar a regularidade dos pagamentos à concessionária. Portanto, restou consagrado, na cláusula 34.2 do contrato, que as garantias poderiam ser oferecidas pela PBH Ativos a qual assumiria, nessa hipótese, a obrigação de manutenção dos níveis de garantias.

Entretanto, a Prefeitura de Belo Horizonte preferiu revisar a estrutura de garantias prevista neste contrato para se adequar aos custos de oportunidade do contexto da assinatura do contrato.

A constituição das garantias era uma das precondições para que o contrato ganhasse eficácia, conforme cláusula 5.2.i. Assim, foi pactuado por meio do 1º Termo Aditivo, assinado em 22 de fevereiro de 2013, que haveria uma prorrogação do prazo para que o Poder Concedente constituísse as garantias e, a partir daquela data, seria conferida uma “eficácia parcial” ao contrato, proporcional ao volume de garantias cuja constituição o Poder Concedente poderia, à época, suportar.

Assim, o Poder Concedente valeu-se de uma caução em dinheiro no valor de R\$50.000.000,00, além do penhor de créditos de titularidade da PBH Ativos S/A em face da Copasa/MG, no valor de R\$50.000.000,00.

A concessionária se reservaria no direito de solicitar a extinção de pleno direito do contrato caso o novo prazo acordado fosse descumprido, fazendo jus à indenização cabível.

O segundo termo aditivo do contrato, assinado em 26 de dezembro de 2013, ajustou a garantia do contrato para R\$100.000.000,00, tornando suficiente o valor constituído pelo Poder Concedente.

Toda essa arquitetura de garantias foi criada para gerar segurança aos investidores e aos

¹³ O contrato previu que esta garantia poderia ser substituída, total ou parcialmente, por meio da constituição de penhor de créditos detidos pelo Poder Concedente perante a Copasa MG, Companhia de Saneamento de Minas Gerais, fruto do Convênio de Cooperação entre o Município de Belo Horizonte e a Copasa MG e a Superintendência de Desenvolvimento da Capital - SUDECAP, cuja soma do saldo devedor, era de R\$233.837.469,84. Poderia ainda, ser total ou parcialmente substituída por meio da dação em garantia de quotas de fundo de investimento cuja carteira seja composta por ativos de alta liquidez e baixo risco, devidamente registrado perante a Comissão de Valores Mobiliários - CVM e administrado e gerido por instituição financeira de primeira linha, entendida como aquela que tenha patrimônio líquido mínimo de R\$ 5.000.000.000,00.

¹⁴ O Poder Executivo foi especificamente autorizado a investir recursos na aquisição de quotas de Fundos de Investimento em Ativos Financeiros - FIF, sobre as quais seria constituída garantia real em favor do concessionário do contrato de PPP.

financiadores, diminuindo o custo do projeto para o tesouro municipal.

O IFC, que ajudou a estruturar o projeto, apresentou uma carta manifestando o interesse de avaliar alternativas de financiamento de longo prazo para o vencedor da licitação, antecipando que o órgão costuma financiar até 25% do custo total do projeto, que poderia vir na forma de empréstimo sênior, subordinado ou híbrido, ajustado ao fluxo de caixa previsto do projeto. Entretanto, o banco não se envolveu no financiamento.

A exemplo do IFC, o BDMG tornou pública uma carta de conforto, dizendo que poderia participar em até 60% dos investimentos financiáveis, abrindo espaço também para a concessão de empréstimo ponte até que fosse finalizada a operação de crédito de longo prazo, só que, de fato, concedeu um empréstimo no valor de R\$96.000.000,00 para financiamento deste projeto¹⁵. Por fim, em 30 de dezembro de 2013 foi assinado o Contrato de Financiamento n.º 13219351, entre a Concessionária e o BNDES, para contratação de crédito no valor de R\$137.014.000,00.

Alocação de Riscos

Por força da cláusula 30ª do contrato, a concessionária ficou com a responsabilidade de assumir as consequências da materialização de diversos riscos do contrato, incluindo os riscos:

- da não obtenção do retorno econômico previsto na proposta comercial;
- da constatação superveniente de erros ou omissões em sua proposta comercial;
- da adequação da tecnologia empregada nas obras e serviços;
- de eventual perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos bens vinculados à concessão, exceto a destruição decorrente de atos de vandalismo praticado pelos usuários das unidades de ensino;
- dos gastos resultantes de defeitos ocultos em bens vinculados à concessão;
- de aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;
- da variação das taxas de câmbio;
- dos riscos que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, mas que deixem de sê-lo como resultado direto ou indireto de ação ou omissão da concessionária;
- de inflação superior ou inferior ao índice de reajuste da contraprestação ou dos demais índices de reajustes de outros valores previstos no contrato para o mesmo período;
- da decisão tomada em dissídio trabalhista ou decorrente da celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho que não reflita diretamente na composição do índice de reajuste da contraprestação;
- da ocorrência de greves dos seus empregados ou da interrupção ou falha de fornecimento de materiais e serviços pelos seus contratados;
- de eventual majoração nos custos dos equipamentos e do mobiliário entre a data de apresentação da proposta comercial e a efetiva aquisição dos mesmos;
- de condições geológicas dos terrenos em que serão implantadas as unidades de ensino;
- do passivo ambiental gerado após a data de eficácia do contrato;
- da atualidade dos serviços e dos bens vinculados à concessão; e

¹⁵ Ver em: <http://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticias/ppp-financiada-pelo-bdmg-viabiliza-construcao-de-escolas-na-rede-municipal-de-belo-horizonte/>

- do planejamento empresarial, financeiro, econômico, tributário e contábil da concessão e da concessionária.

O contrato também tratou de deixar explícito que o risco de desapropriação cabe ao Poder Concedente, inclusive a obrigação de realizar a condução material de cada procedimento eventualmente necessário.

Foi também excluído do rol de responsabilidades da concessionária o risco de inoperância das unidades de ensino nas datas estabelecidas no cronograma caso esta se dê por ação ou omissão do Poder Concedente. Nestes casos, entre a efetiva entrada em operação da unidade de ensino e o momento em que a unidade deveria estar em operação, a concessionária fará jus a até 85% da contraprestação mensal máxima a que teria direito¹⁶.

Em relação às 05 escolas de ensino fundamental, caso haja um descasamento entre as datas de entrega e o início do ano letivo por culpa não atribuível à concessionária, esta fará jus ao recebimento de até 90% do valor máximo de contraprestação mensal.

Por fim, a Concessionária poderá requerer a antecipação da entrega das unidades de ensino em até 03 meses em relação à data originalmente pactuada, fazendo jus aos pagamentos desde que haja autorização do Poder Concedente. No caso de o Poder Concedente não autorizar, a concessionária fica obrigada a assegurar as condições de operação do equipamento também durante o período em que não houver demanda em função da entrega antecipada.

Conforme cláusula 29.2, foram também excluídos como riscos da concessionária os seguintes eventos:

- criação, extinção, isenção ou alteração de tributos ou encargos legais, ou ainda decisão final da Receita Federal acerca de eventual não incidência de PIS e COFINS, que tenham repercussão direta nas receitas ou despesas da concessionária, para mais ou para menos, relacionados ao objeto deste contrato;
- modificação unilateral, imposta pelo Poder Concedente, nas especificações e obrigações previstas no contrato;
- destruição aos bens vinculados à concessão decorrente de atos de vandalismo praticado pelos usuários das unidades de ensino;
- danos e prejuízos, incluindo o pagamento de eventuais indenizações, relativos ao passivo ambiental gerado até a data de eficácia do contrato;
- incremento dos custos de obra em decorrência da substituição de terrenos pelo Poder Concedente;
- decisão administrativa ou judicial cível, decorrente de fato não imputável à parte prejudicada, que impeça ou impossibilite a concessionária de executar as obras ou prestar os serviços, que interrompa ou suspenda os pagamentos públicos, ou, ainda, que impeça seu reajuste e revisão de acordo com o estabelecido no contrato;
- atraso ou omissão do Poder Concedente nas providências que lhe cabem, dos quais resulte alteração do resultado econômico da concessão, como nas licenças e nas desapropriações;
- solicitação de alterações nas obras relacionadas às unidades de ensino compreendidas nos termos de compromisso para atender eventual exigência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação

Em relação às hipóteses de caso fortuito e força maior, cujas consequências não são cobertas por seguro, a parte afetada por requerer a revisão extraordinária do contrato para a divisão equitativa dos prejuízos ou optar pela extinção do contrato.

¹⁶ Caso o Poder Concedente além de dar causa para que determinada unidade de ensino não possa entrar em operação deixe também de avisar a concessionária sobre este fato em até 2 meses antes da data originalmente prevista para o início da operação, o pagamento da contraprestação será integral.

Indicadores de Desempenho e Mecanismo de Pagamento

O contrato previa originalmente que a concessionária poderia ter 03 fontes de recursos:

- Receitas extraordinárias, acessórias ou complementares;
- Contrapartida pelo investimento na obra;
- Contraprestação Mensal;

Em primeiro lugar, as receitas extraordinárias, devem ser previamente autorizadas pelo Poder Concedente que, quando as admitir, fará jus a 10% do valor da receita bruta apurada a partir da exploração de atividade relacionada ao objeto da concessão.

Em segundo lugar, a contrapartida pelo investimento na obra correspondia a valores a serem pagos pelo poder concedente em até 30 dias do recebimento provisório de cada unidade de ensino e equivalentes a uma fração ideal de R\$ 100.000.000,00, proporcionais ao valor de cada unidade de ensino recebida¹⁷.

Ocorre que o 2º Termo Aditivo do Contrato, firmado em 26 de dezembro de 2013, quis se aproveitar do advento da publicação de uma nova lei de âmbito nacional e transformou o conceito desta contrapartida pelo investimento na obra em “aporte público de recursos”¹⁸.

O instituto do “aporte público de recursos” foi introduzido pela MP n.º 575 e, posteriormente, incluído no texto da Lei n.º 12.766/12, que alterou o marco regulatório de PPPs em todo país.

Em síntese, o aporte representa desembolsos feitos pelo poder concedente em favor da concessionária, durante a realização das obras ou aquisição de bens, permitindo que o reconhecimento dos tributos sobre esta receita somente se dê ao longo da vida útil do ativo, e não no momento de realização da receita.

O aporte, portanto, também traz o benefício de desonerar o fluxo de caixa da concessionária no início dos contratos reduzindo a necessidade de *equity* e de dívida, o que diminui o custo de capital do projeto.

O valor do aporte foi aumentado, depois da assinatura do 3º Termo Aditivo, para R\$150 milhões, sendo que cada uma das 14 novas UMEIs receberia um aporte no valor de R\$3,571 milhões.

Por fim, a terceira fonte de recursos da concessionária é a contraprestação mensal, que corresponde ao valor devido mensalmente à concessionária pela execução do contrato, sujeito à dedução a partir da mensuração do nível de serviço aferido. O valor máximo para esta contraprestação dado pelo licitante vencedor foi de R\$3.246.000,00, contudo, depois da assinatura do 3º Termo Aditivo, o teto foi elevado a R\$3.915.669,26¹⁹.

O Anexo X do contrato se dedica a estabelecer como que a contraprestação mensal deverá ser calculada, uma vez que ela é a única parcela da remuneração à concessionária que é oferecida às deduções aplicáveis pelos indicadores de performance.

A fórmula de cálculo da contraprestação mensal é a seguinte:

$$CM = VMCP \times FO \times FD$$

Onde:

- CM (contraprestação mensal) equivale ao valor efetivamente pago à concessionária no período considerado;
- VMCP (valor máximo de contraprestação mensal) equivale ao valor nominal da contraprestação mensal, sendo aquele constante no contrato;
- FO (FATOR OPERAÇÃO) equivale ao fator de ajuste da contraprestação ao número e tipo das unidades de ensino efetivamente em operação no período considerado (mês anterior)
- FD (FATOR DE DESEMPENHO) equivale ao fator de ajuste da contraprestação ao desempenho apresentado pela concessionária em função do Índice de Desempenho

¹⁷ Contrapartida pelo investimento na obra é corrigida pelo Índice Nacional da Construção Civil, divulgado pela FGV.

¹⁸ Uma vez que o contrato havia sido assinado antes da publicação da Lei n.º 12.766/12, era necessária uma aprovação do legislativo para se lançar mão desta figura do aporte no âmbito da PPP das UMEIs, cumprindo o requisito do novo §2º, do art.6º da Lei Nacional de PPPs. Esta autorização veio a partir da publicação da Lei Municipal n.º 10.633/13, que acrescentou o art. 7º-A à Lei n.º 10.377/12.

¹⁹ A contraprestação mensal é reajustada considerando o IPCA (75%) e o reajuste salarial divulgado no último Acordo Coletivo geral válido do Sindicato dos empregados em edifícios e condomínios, em empresas de prestação de serviços em asseio, conservação, higienização, desinsetização, portaria, vigia e dos cabineiros (25%).

(ID) apurado no último trimestre de apuração, conforme regras e diretrizes apresentadas no ANEXO 9 – Sistema de Mensuração do Desempenho.

O Fator de Operação (FO) desenhado para o cálculo da contraprestação antes do aditivo que acrescentou 14 novas UMEIs ao escopo original era calculado da seguinte forma:

$$FO = 2,20\% \times \text{NÚMERO DE UMEIs EM OPERAÇÃO} + 5,92\% \times \text{NÚMERO DE EMs EM OPERAÇÃO}$$

Depois do aludido aditivo, as UMEIs, somadas, passaram a corresponder a 77,37% do FO e as EM a 22,63%. O fator multiplicador do Número de UMEIs em Operação foi reduzido para 1,7% e das EMs reduzido para 4,34%.

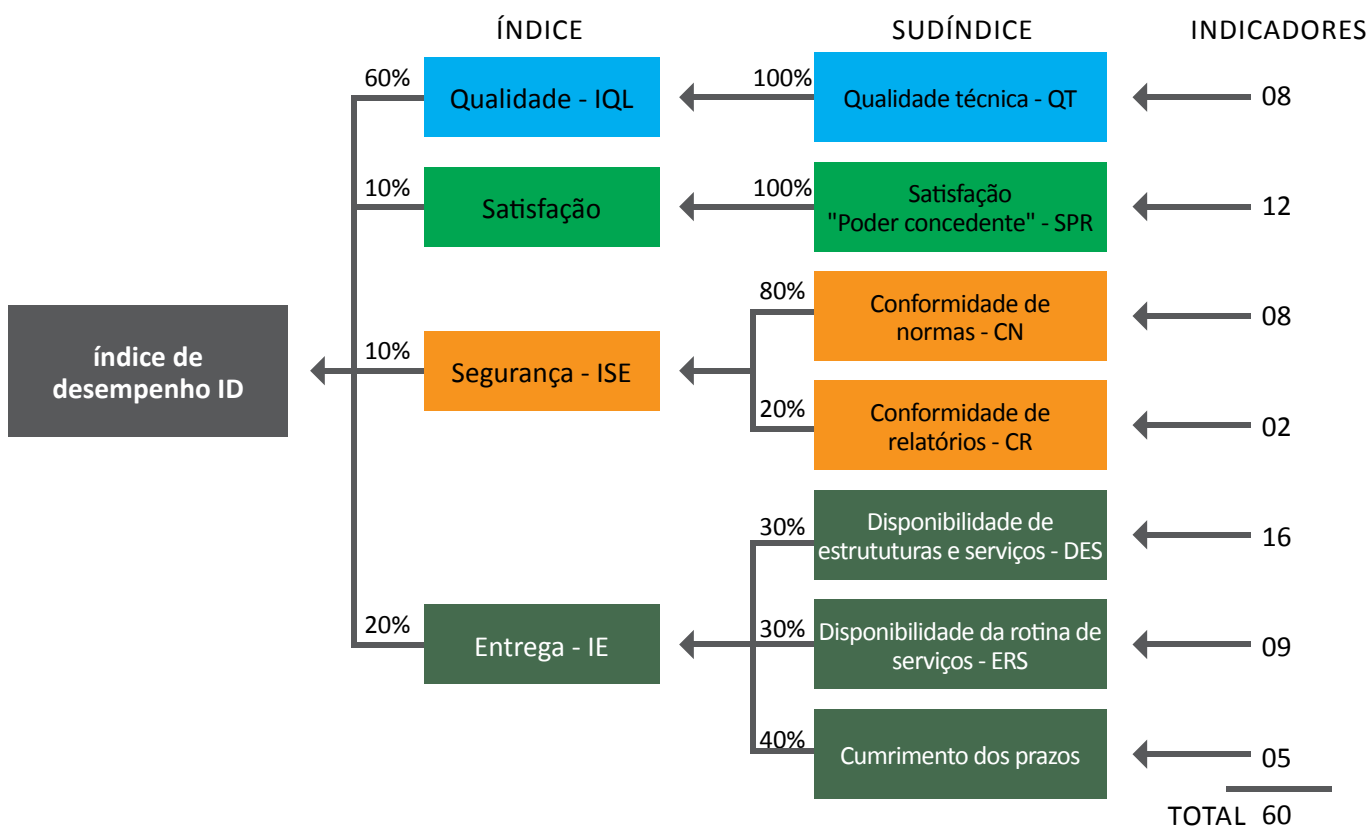
O Fator de Desempenho (FD), por sua vez, tem por efeito modular a contraprestação em função do resultado apurado nos indicadores de desempenho, refletindo a qualidade do serviço entregue pela concessionária. O FD poderá se situar entre 80% e 100%, a depender do resultado atingido no cálculo do ID – Índice de Desempenho, conforme Anexo IX – Sistema de Mensuração de Desempenho. Portanto, 20% da contraprestação mensal é que, de fato, está sujeito à redução por ocasião da performance²⁰.

O ID é composto por quatro índices principais: Índice de Qualidade (IQL), Índice de Satisfação (ISA), Índice de Segurança (ISE) e Índice de Entrega (IE).

O IQL impacta em até 60% do ID, o IE em até 20% e o ISA e o ISE em até 10%, cada um.

Esses quatro índices se ramificam em 07 subíndices que, por sua vez, são compostos por 60 indicadores.

A figura a seguir ilustra o plexo de elementos que são avaliados no ID:



A fórmula do ID, portanto, fica representada pela seguinte equação:

$$IDP = 60\% \times IQL + 10\% \times ISA + 10\% \times ISE + 20\% \times IE^{21}$$

²⁰ O contrato ainda prevê uma curva de aprendizagem que fixa os indicadores na nota máxima durante os primeiros 90 dias de operação de cada unidade de ensino.

²¹ Importante notar que na hipótese de a concessionária obter nota inferior a 2,00 para qualquer um dos índices componentes do ID, ou seja, se IQL, ISA, ISE ou IE forem inferiores a 2,00, o valor final apurado do ID será penalizado, ainda, em 0,1 para cada índice abaixo deste patamar.

Além das deduções que podem advir do sistema de mensuração de desempenho, o contrato prevê, na cláusula 35.6.7, uma multa no valor de R\$ 1.000.000,00, no caso de obtenção, de Índice de Desempenho inferior a 2,00 por dois trimestres consecutivos ou por cinco trimestres não consecutivos.

Para fazer a aferição do desempenho da concessionária, o contrato impõe ao Poder Concedente a obrigação de contratar um verificador independente, entidade técnica especializada para medir o desempenho da concessionária, em até 06 meses contados da data de eficácia.

Nos primeiros 06 meses decorridos após a data de eficácia, o contrato autoriza o Poder Concedente a, por si próprio, fazer a mensuração de desempenho da concessionária. Após este período, caso a contratação do verificador independente não tenha ainda sido feita, o FD corresponderá, automaticamente, a 100%.

A licitação para a contratação do verificador independente desta PPP foi lançada em 22 de novembro de 2014 e, portanto, mais de 8 meses após a data de eficácia provisória do contrato, dada pela assinatura do 1º Termo Aditivo. A concorrência foi republicada em fevereiro de 2015 e em outubro o certame foi declarado “fracassado”, em vista da desclassificação das propostas apresentadas pelos dois concorrentes que disputavam o objeto (Accenture e Ernst & Young).

Desta forma, em função da ausência da figura do Verificador Independente, os pagamentos à concessionária, atualmente, ocorrem sem a possibilidade de redução por desempenho.

Reequilíbrio Econômico-Financeiro

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste contrato está descrita na Cláusula 32ª, que trata das revisões contratuais.

A cláusula 32.1.1 determina que a revisão extraordinária do contrato para fins de recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro será solicitada pela parte que se sentir prejudicada mediante o envio de requerimento fundamentado de recomposição à outra parte.

A recomposição poderá ser implementada, sem prejuízo de outros, pelos seguintes mecanismos, empregados isolada ou conjuntamente, a critério do Poder Concedente:

- Indenização;
- Alteração do prazo da concessão;
- Revisão na contraprestação mensal;
- Alteração no cronograma de investimentos;
- Alteração das especificações mínimas dos equipamentos e mobiliário;
- Alteração das especificações mínimas dos serviços; e
- Alteração de quaisquer outras condições estabelecidas no contrato.

O processo de recomposição será realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou o desequilíbrio, considerando (i) os fluxos marginais necessários resultantes do evento que deu origem à recomposição e (ii) os fluxos marginais necessários para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, mediante aplicação da seguinte fórmula para a taxa de desconto:

$$\frac{1 + TJLP + 8\%}{1 + MI} - 1$$

Onde:

MI: equivale à meta para a inflação fixada pelo Conselho Monetário Nacional para o ano em que ocorre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, independentemente de a meta para inflação ser ou ter sido, de fato, atingida ou não.

TJLP: é a Taxa de Juros de Longo Prazo fixada pelo Conselho Monetário Nacional, expressa em percentual ao ano, vigente na data da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A cláusula 31.1.10 do contrato prediz que, para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa ao desequilíbrio (mas não especifica quais seriam esses critérios).

Vale ressaltar que, conforme já exposto neste trabalho, este contrato já foi objeto de reequilíbrio em função da alteração unilateral feita pelo Poder Concedente para incluir mais 14 UMEIs nos encargos da concessionária, assim como em função de outros fatos.

Regra de Solução de Conflitos

Para a resolução de controvérsias de natureza técnica durante a execução do contrato²², bem como padrões usuais de execução dos serviços objeto da concessão, serão constituídas, por ato do Poder Concedente, duas comissões técnicas - uma para lidar com assuntos de obras e outra para lidar com temas relacionados aos serviços - compostas por 3 membros cada, todos com conhecimentos aprofundados na matéria objeto da divergência.

As comissões vão contar com um membro da concessionária, um membro do Poder Concedente e um terceiro membro, de notória especialização, escolhido em comum acordo entre as partes.

Além destas duas comissões, no caso de divergências quanto à contraprestação mensal ou ainda quanto a questões estritamente econômicas, qualquer das partes poderá convocar a instauração de comissão técnica específica (*ad hoc*) para este fim.

Os pareceres da comissão técnica serão considerados aprovados se contarem com o voto favorável da maioria de seus membros.

A decisão da comissão técnica é vinculante para as partes, até que sobrevenha eventual decisão arbitral ou judiciária sobre a divergência. Se nenhuma das partes instaurar procedimento arbitral no prazo máximo de 60 dias a contar da decisão da comissão técnica, esta será considerada aceita, precluso o direito de as partes a impugnarem.

A mediação será considerada prejudicada se a solução amigável não for apresentada pela comissão técnica, no prazo de 60 dias a contar do pedido de instauração do procedimento ou se a parte se recusar a participar do procedimento, não indicando seu representante no prazo de 15 dias.

Além das comissões técnicas que servem para mediar os conflitos e tentar alcançar soluções amigáveis, o contrato prevê que, na forma disciplinada pela Lei nº 9.307/96, as partes deverão resolver por meio de arbitragem todo e qualquer conflito de interesses que decorra da execução do contrato.

A arbitragem será processada pela Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil ("CAMARB"), segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada, no município de Belo Horizonte.

O tribunal arbitral será composto por 3 árbitros de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria a ser decidida, cabendo a cada parte indicar um árbitro, sendo o terceiro escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas partes, cabendo-lhe a presidência do tribunal.

A parte que solicitar a arbitragem será responsável pelas custas para instauração do procedimento arbitral, mas os custos e encargos referentes a eventuais providências tomadas no procedimento arbitral serão custeados pela parte sucumbente.

De toda forma, para dirimir quaisquer controvérsias oriundas do contrato que não possam ser resolvidas mediante a comissão técnica ou por procedimento de arbitragem, foi eleito o Foro da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte/MG para solucionar eventuais desacordos.

²²Atinentes a especificações, procedimentos, rotinas, equipamentos e materiais.

6. QUESTÕES PARA DEBATE

- 1) O que você acha que falta para que mais projetos de PPP no setor da educação possam ser contratados no Brasil?
- 2) O que você acha da estratégia de obtenção de estudos de viabilidade do projeto adotada pela Prefeitura de Belo Horizonte quanto à eficiência e à conveniência?
- 3) Como evitar que o poder público perceba a impossibilidade de constituir as garantias contratuais somente em momento posterior à assinatura do contrato?
- 4) Você acha que a vinculação de 20% da contraprestação mensal ao desempenho da concessionária é suficiente para assegurar um bom nível de serviço?
- 5) A taxa de desconto utilizada para o reequilíbrio econômico-financeiro deste contrato é compatível com o apetite ao risco dos investidores para projetos de infraestrutura social na atual conjuntura econômica do país?
- 6) Quais os mecanismos de governança você entende que deveriam ser criados para que a Concessionária e o Poder Concedente se mantivessem alinhados em relação aos serviços que cada um presta nas unidades de ensino?
- 7) Você considera que a alocação de riscos foi feita de forma eficiente para incentivar a Concessionária a entregar as obras das unidades de ensino antecipadamente, considerando a disponibilidade de pagamento do poder concedente?
- 8) Como evitar que a mora do poder concedente em contratar o verificador independente prejudique a mensuração de desempenho da concessionária e, por consequência, o alinhamento de incentivos do contrato?