

Estudo do setor de transporte aéreo do Brasil



Modelo de subvenção – Análise Jurídica

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2010

Este documento é parte integrante do CD anexo ao Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil financiado pelo Fundo de Estruturação de Projetos (FEP) do BNDES e elaborado pela McKinsey&Company em conjunto com a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE, Instituto Tecnológico de Aeronáutica – ITA (em convênio de cooperação técnica com a Fundação Casimiro Montenegro Filho) e TozziniFreire Advogados.

CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES

O relatório, as análises e as conclusões aqui apresentadas têm como base informações que não foram geradas pela McKinsey&Company, e não estavam, portanto, sujeitas à nossa verificação independente. A McKinsey acredita que tais informações são confiáveis, mas não garante que tais informações sejam completas e precisas sob todos os aspectos. O presente relatório não constitui opinião jurídica, tributária, contábil ou aconselhamento a respeito de aspectos de segurança.

As análises e conclusões contidas neste relatório baseiam-se em premissas, parte das quais desenvolvemos com contribuição do ITA, da FIPE-USP e de órgãos e empresas atuantes no setor. Tais premissas podem ou não estar corretas, pois foram baseadas em fatores e eventos sujeitos a incertezas. Desta forma, os resultados futuros podem ser substancialmente diferentes de quaisquer previsões ou estimativas contidas nas análises. As análises contidas neste relatório foram realizadas pela McKinsey&Company no período compreendido entre junho de 2009 e janeiro de 2010. A McKinsey&Company não assume a obrigação de atualizar o presente relatório.

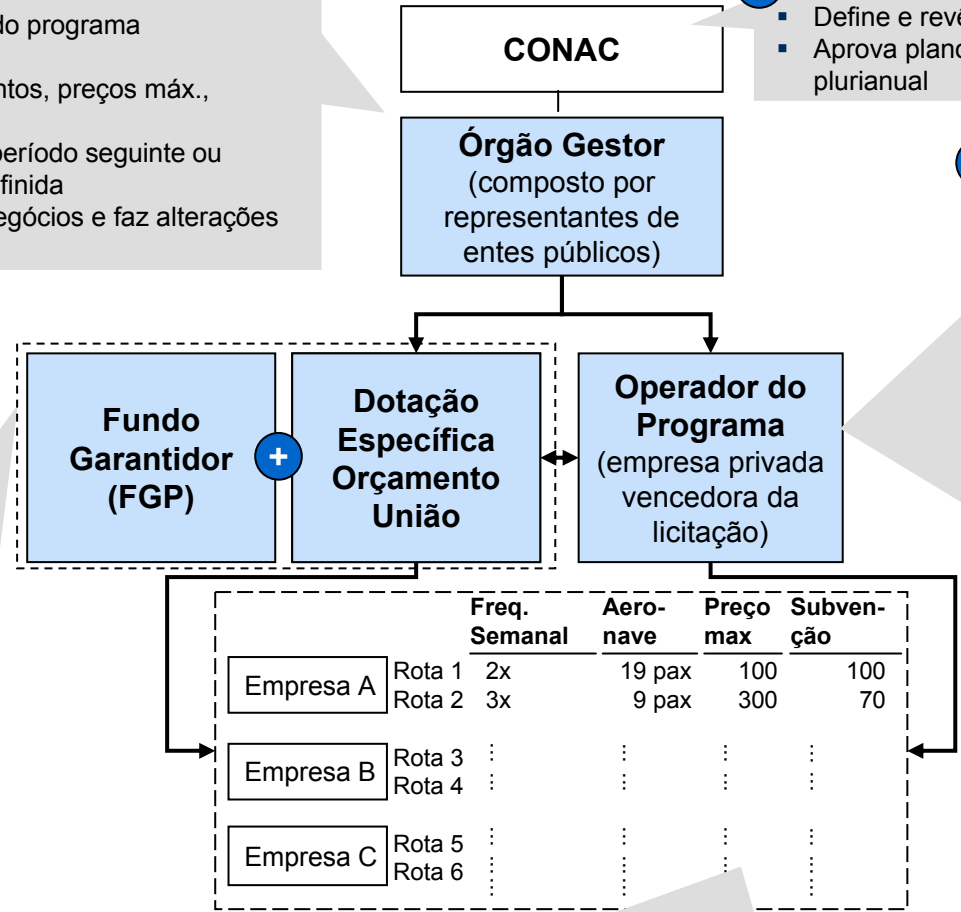
Finalmente, entendemos que a escolha dos objetivos de política pública é uma decisão de governo. Desta forma, compete aos gestores públicos decidir, dentre as recomendações apresentadas, quais dessas melhor atendem aos interesses da sociedade.

Esquemático simplificado de funcionamento do modelo de licitação de gestão consolidada

- 1**
- Cria plano de negócios plurianual do programa
 - Critérios de elegibilidade
 - Rotas, frequências, nº assentos, preços máx., subsídio de referência
 - Solicita verba de subvenção para período seguinte ou trabalha dentro de limitação pré-definida
 - Revê periodicamente o plano de negócios e faz alterações na margem

- 2**
- Define e revê diretrizes
 - Aprova plano de negócios plurianual

- 3**
- Capitalizada por recursos do Tesouro Federal (Estados e Municípios podem contribuir, via convênios)
 - Utilizada para custear as subvenções de rotas, para arcar com variações de demanda projetada (retirando o risco do operador e das companhias aéreas) e remunerar o operador do programa
 - Recursos são transferidos diretamente do Tesouro às companhias aéreas por ordem do operador do programa, sem transitar por ele
 - Fundo Garantidor de PPPs Federais (FGP) garante todas as obrigações de pagamento da União previstas no contrato de concessão
 - Modelo pode ter receitas próprias, mas execução é mais simples se recursos vierem diretamente do orçamento



- 4**
- Executa plano de negócios plurianual
 - Contrata companhias aéreas para prestar serviços de transporte nas condições estabelecidas pelo órgão gestor, por contratos privados
 - Contraprestação pecuniária composta por :
 - **Taxa de administração:** % sobre total das receitas com passagens subvencionadas
 - **Taxa de performance:** % da diferença entre subsídio de referência e o subsídio efetivo negociado com a companhia aérea

		Freq. Semanal	Aero-nave	Preço max	Subvenção
Empresa A	Rota 1	2x	19 pax	100	100
	Rota 2	3x	9 pax	300	70
Empresa B	Rota 3	⋮	⋮	⋮	⋮
	Rota 4	⋮	⋮	⋮	⋮
Empresa C	Rota 5	⋮	⋮	⋮	⋮
	Rota 6	⋮	⋮	⋮	⋮

- 5**
- Prestam transporte nas condições contratadas pelo operador do programa e de acordo com as normas da ANAC
 - Prestam contas ao operador do programa e à auditoria externa
 - Recebem subvenção e garantias de volume diretamente do Orçamento da União, após liberação pelo operador do programa

Estruturação legal do modelo proposto

1 Decreto Presidencial irá criar um comitê composto por representantes da **SAC** e da **ANAC**

5 Após assinatura do contrato de PPP, FGP vende ações de seu patrimônio para garantir eventual inadimplemento das obrigações de pagamento da União (lei 11.079/04)

4

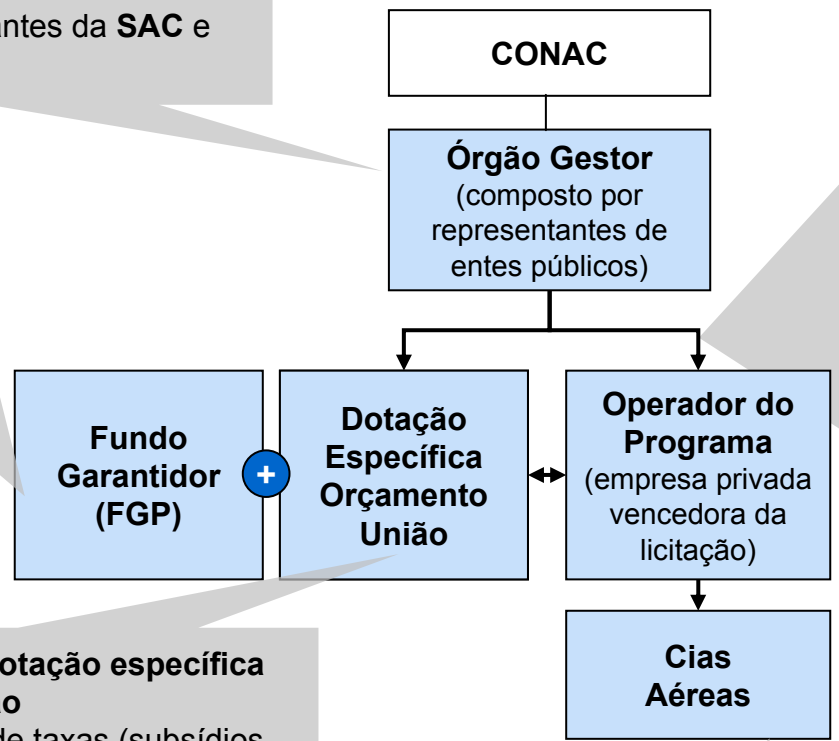
- Recursos a partir de dotação específica no Orçamento da União
 - Eventual cobrança de taxas (subsídios cruzados) reverteria em favor da União
- Aprovação da lei específica do programa de subvenção de rotas com baixa densidade de tráfego
- Avaliação da inclusão do programa no PND
- Inclusão da verba nas Leis Orçamentárias (Lei Orçamentária Anual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual de Governo)

3

- Contratação das cias aéreas pelo operador do programa por contratos de direito privado
 - Cias aéreas e de táxi-aéreo autorizadas normalmente pela ANAC

2

- Licitação de Parceria Público-Privada**, na modalidade de **concessão administrativa**, para gestão dos subsídios das rotas deficitárias, de acordo com o art. 2º, § 2º, da Lei Federal n 11.079/04
 - Prazo fixo maior que 5 anos (p. ex. 6 anos)
 - Critério de menor taxa de administração/ taxa de performance
- Implementação pelo procedimento padrão de contratos de PPPs**
- A existência de subsídios aos operadores das rotas pelo concessionário da concessão administrativa não exige a figura da concessão patrocinada**
- Sem qualquer impacto nos poderes e responsabilidades da ANAC (art. 4º, III, da Lei Federal n. 11.079/04)



1 Cf. arts. 3º e 8º. da lei 11.182/2005 (Lei da ANAC)
 FONTE: Análise Tozzini Freire

O modelo proposto atende aos princípios de direito administrativo aplicáveis, smj

Moralidade / Impessoalidade

- O modelo proposto será implementado mediante realização de **licitação para escolha do operador do programa**
- **Não haverá concessão de subsídios em desacordo com as diretrizes e normas do programa**, bem como as normas de direito público

Eficiência / Economicidade

- A contratação de um operador do programa possibilitará a **otimização das contratações das empresas operadoras das rotas, evitando a realização de múltiplos processos licitatórios**
- **Lucro do operador privado ficará atrelado à eficiência na contratação de empresas exploradoras das rotas** que pleiteiem os menores valores de subsídios, o que garantirá a eficiência e economicidade na concessão dos subsídios
- A utilização do FGP eximirá o Governo de aprovar no Congresso Nacional lei que autorizasse a criação de um fundo específico para o programa

Isonomia

- **O operador do programa** será contratado mediante **licitação**, garantindo isonomia de tratamento
- **As empresas exploradoras das rotas concorrerão em condições isonômicas** para obtenção dos contratos para rotas subvencionadas, vez que incentivos do operador do programa estão alinhados com o da administração pública e inexistente motivo para preferir um operador a outro

Transparência

- Deverão ser **divulgados oficialmente**:
 - As condições, custos e resultados do programa (execução física e financeira)
 - Os balanços financeiros do operador do sistema e das cias aéreas contratadas

Há contra-argumentos sólidos para os potenciais questionamentos quanto ao modelo proposto (1/3)

Argumento	Contra-argumento/ Jurisprudência recente	Plausibilidade do argumento
<p>Contratação do operador do programa por Contrato 8.666/93, e não via PPP</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ A contratação do operador para gerir o Fundo deveria ocorrer por contrato administrativo regido pela da Lei de Licitações e não por parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa ▪ A promulgação da Lei Federal nº 11.079/2004 permitiu delegação de atividades de gestão, que envolve prestação de serviços à Administração Pública, por período superior a 5 anos, por meio da concessão administrativa ▪ Dado o pensamento da doutrina de que investimento é condição necessária para a contratação de PPP, modelo poderia prever alguma necessidade de investimento por parte do operador do programa, em atividade relacionada (p. ex. custeio de pesquisas de demanda, antecipação de fundos para subsídio etc) 	
<p>Contratação das cias aéreas não pode ser feita pelo operador do programa</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Violação ao art. 175, caput, da CF/88, tendo em vista que a contratação das empresas exploradoras das rotas será feita pelo operador do programa <ul style="list-style-type: none"> — <i>Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.</i> ▪ O argumento poderá ser rebatido se a modelagem estabelecer que as contratações das empresas exploradoras das rotas, pelo operador do programa ocorra mediante procedimento seletivo, com aplicação dos princípios da licitação. Esta estrutura é aceita pelo TCU em outros casos de gestão privada de recursos públicos, a exemplo da realização de despesas por entidades privadas com recursos públicos repassados mediante convênios 	

Há contra-argumentos sólidos para os potenciais questionamentos quanto ao modelo proposto (2/3)

Argumento

Contra-argumento/ Jurisprudência recente



Operador do programa deve seguir procedimentos análogos aos de licitação

- O operador do programa deverá adotar procedimentos análogos aos da licitação para contratação das empresas exploradoras das rotas

- Este é o entendimento do TCU no tocante à gestão de recursos públicos por entidades privadas, além de ser a opção prevista nos decretos presidenciais que tratam do tema

Recursos públicos não deveriam financiar rotas que não são mais deficitárias

- As rotas deixarão de ser deficitárias após determinado prazo de adoção do modelo proposto

- Pelo desenho do programa, financiamento de rota que deixe de ser deficitária é circunstancial e temporária:
 - Órgão gestor regularmente revisa seus planos plurianuais, podendo reduzir ou cancelar subsídios de rotas que não necessitem
 - Caso a demanda por uma determinada rota seja acima do previsto, subsídios para aquela rota são automaticamente reduzidos



Op. do programa não pode receber delegação de funções privativas do poder concedente

- Ocorre delegação das funções de poder concedente e de poder de polícia ao operador do programa

- O modelo proposto não contempla delegação das funções de poder concedente, uma vez que a autorização para exploração das rotas será concedida pela ANAC, garantindo à União e a ANAC todos os poderes extroversos da autorização. Não haverá delegação do poder de polícia, uma vez que a ANAC será a responsável pela fiscalização e regulação dos serviços.



Há contra-argumentos sólidos para os potenciais questionamentos quanto ao modelo proposto (3/3)

Argumento	Contra-argumento/ Jurisprudência recente	Plausibilidade do argumento
<p>Contratação dos oper. das rotas subvencionadas apenas por concessão patrocinada</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ A existência de subsídios concedidos pela União aos operadores das rotas demandaria a contratação de tais operadores por meio de concessão patrocinada ▪ A Lei Federal nº 11.079/2004 não impõe a exigência de que toda modelagem de prestação de serviços públicos, em que haja subsídios governamentais, seja implementada por concessão patrocinada ▪ Há doutrinadores que sustentam a possibilidade de se modelar a exploração de serviços com subsídios por outros arranjos contratuais, diferentes da concessão patrocinada 	
<p>Necessária inclusão das rotas subvencionadas no PND</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Violação da Lei n. 9.491/97, que considera hipótese de desestatização qualquer a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, inclusive aqueles explorados mediante autorização. ▪ A prática demonstra que a regra tem sido excepcionada mediante edição de decreto 	

Para minorar riscos de questionamentos legais, operador do programa deveria seguir princípios de direito administrativo aplicáveis a licitações

Moralidade/ impeccabilidade

- 1 Publicação e adoção de regulamento interno com normas e procedimentos para contratação de companhias aéreas
- 2 Estruturação de um procedimento e de uma estrutura para resolução de disputas entre companhias aéreas candidatas
- 3 Verificação da capacidade técnica, econômico-financeiro, bem como da regularidade jurídica e fiscal das companhias candidatas

Isonomia

- 4 Adoção de critérios objetivos para a relação de companhias aéreas prestadoras de serviço ao programa
- 5 Contratação das companhias aéreas através de procedimento padronizado, evitando contratos *ad hoc*

Transparência/ publicidade

- 6 Publicação de editais para convite às empresas aéreas e publicação dos resultados dos contratos

- TCU em geral entende que a íntegra dos procedimentos licitatórios é inaplicável à empresas privadas
- Operador do programa poderia atender aos princípios gerais dos procedimentos licitatórios com um mínimo de encargo gerencial

Governança/ institucional/ legal

- 1 Determinação dos integrantes do Comitê que servirá como gestor do programa e formatação de sua estrutura legal
- 2 Definição do mecanismo de elaboração e revisão do plano plurianual
- 3 Formatação do apoio dos Estados e Municípios ao programa – p. ex.: investimentos nos aeroportos, incentivos tributários, etc.

Infraestrutura

- 4 Avaliação das condições dos aeroportos potenciais em receber voos regulares

Análise de mercado

- 5 Construção da estimativa *bottom-up* de demanda
- 6 Formatação de plano de negócios preliminar, com:
 - Planejamento e otimização de rotas a serem operadas
 - Levantamento de custos de operação das cias. aéreas nas rotas propostas
 - Estimativa da necessidade total de subvenção
- 7 Estimativa da necessidade de novas aeronaves e formatação de mecanismos para viabilização (p. ex.: financiamentos)
- 8 Mapeamento de potenciais participantes privados
 - Companhias aéreas
 - Operadores do programa (p. ex.: companhias de turismo e de fretamento, operadores de concessões públicas, gestores de fundo de investimentos, etc.)

Modelo de incentivos

- 9 Refinamento do modelo de incentivos e alocação de riscos (modelagem da concessão)
- 10 Criação de mecanismos de mitigação de riscos