

Versão preliminar para discussão, publicada em 11/05/2013, ainda sem revisão das notas de rodapé. Versão anterior circulou para especialistas em 27/03/2013 e foi publicada, com alterações, em 09/05/2013.

Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os Princípios do Equador¹

Mauricio Portugal Ribeiro²

¹ Queria agradecer a Gabriela Engler Pinto e a Francisco Andrade Figueira pela revisão desse artigo. Gabriela fez revisão atenta do texto. Francisco, por sua vez, ajudou na formulação de quadros e na realização de diversas notas de rodapé, inclusive aquelas que fazem referências aos Princípios do Equador e aos documentos de suporte do Banco Mundial e do IFC. Os comentários do Francisco e da Gabriela contribuíram para aperfeiçoar substancialmente trechos desse artigo.

² Especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs. Sócio da Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados. Professor de Direito da Infraestrutura da Direito-Rio.

Índice

1. Introdução e contextualização do tema desse artigo.....	4
2. A sensibilidade política das desapropriações e desocupações e a criação de regras estaduais e municipais para proteção de populações vulneráveis	8
3. A sensibilidade financeira do tema: desapropriações e desocupações como itens não financiáveis e o impacto disso na modelagem financeira dos projetos	13
4. A razão central porque a obrigação de execução das desapropriações e desocupações está sendo transferida para concessionários: capacidade de cumprimento de prazos	14
5. Distribuição dos riscos das desapropriações e desocupações	15
5.1. Quais são os principais riscos em torno das desapropriações e desocupações em concessões e PPPs? Esses riscos são controláveis pelo concessionário?.....	15
5.2. Regras para distribuição de riscos e o custo das desapropriações e desocupações como risco não controlável pelo concessionário	17
5.3. Transferência de riscos sobre os quais não há informação e não há possibilidade de controle e seleção adversa na licitação	19
5.4. Comparando o arranjo de distribuição de riscos de desapropriação e desocupação tradicional com a transferência total dos riscos de desapropriação e desocupação para o concessionário	19
5.4.1. Arranjo tradicional para a distribuição de riscos em torno da desapropriação e da desocupação em concessões	19
5.4.2. A transferência do risco de desapropriação e desocupação para a iniciativa privada em projetos ferroviários ou metro-ferroviários: o caso da Linha 06 do Metrô de São Paulo e o caso da concessão da ferrovia entre Açailândia e o Porto de Vila do Conde.....	21
6. Os Princípios do Equador.....	25
6.1. Origem dos Princípios do Equador	26
6.2. Os principais bancos repassadores de recursos do BNDES são signatários dos Princípios do Equador	26

6.3.	Foco e limites de aplicação dos Princípios do Equador.....	27
6.4.	Natureza voluntária da adesão e da aplicação dos Princípios do Equador.	30
6.5.	Aplicação às desapropriações e desocupações de outras normas emitidas pelo sistema Banco Mundial por consequência da sua referência nos Princípios do Equador	30
6.6.	Os Princípios do Equador e as desapropriações e desocupações cujos atos executórios são realizados pela Administração Pública	31
6.7.	Os objetivos dos Princípios do Equador em relação a desocupações e desapropriações	32
6.8.	O procedimento para a realização de desocupações, desapropriações e reassentamentos seguindo Princípios do Equador.....	33
6.9.	Diferenças dos benefícios recebidos por pessoas afetadas pelo projeto sob os Princípios do Equador e sob a legislação brasileira.....	34
6.10.	CrITÉrios e metodologia para avaliação dos bens expropriados.....	39
6.10.1.	Avaliação de terra nua.....	39
6.10.2.	Avaliação de benfeitorias diversas	40
6.11.	Definição da indenização trabalhista por perda de emprego decorrente de realocação do estabelecimento comercial	40
6.12.	As alternativas de reassentamento residencial oferecidas no caso da concessão da BA 093	41
6.13.	Dificuldade de coibir atividade especulativa.....	43
6.14.	O acompanhamento meramente formal dos Princípios do Equador pelas instituições financeiras e o falso cumprimento dos Princípios do Equador.....	44
7.	À guisa de conclusão	44

1. Introdução e contextualização do tema desse artigo

Até a década de 1990, os projetos de infraestrutura no Brasil eram implantados geralmente por meio da contratação de obras públicas. As desapropriações (aquisição forçada de imóveis) e desocupações (remoção de eventuais ocupantes irregulares dos imóveis) para a implantação dessas obras eram realizadas diretamente pela Administração Pública contratante da obra, seguindo o Decreto-Lei nº 3.365/41.

O foco principal do Decreto-Lei nº 3.365/41 é a proteção contra expropriação injusta daqueles que dispõem de propriedade formal dos imóveis a serem empregados para a implantação de obras públicas. Na época em que foi criado, o Decreto-Lei nº 3.365/41 representou avanço extremamente relevante no direito brasileiro. As práticas administrativas e a jurisprudência que se constituíram em torno dele nos permitem dizer que, no Brasil, desde meados do século XX, não há o que, na literatura internacional, se chama geralmente de expropriações injustas, que é a obtenção forçada pelo Estado da titularidade dos bens sem indenização aos seus proprietários, a valores de mercado.

Isso é um patrimônio institucional inestimável do nosso país, particularmente em uma região como a América Latina, que conviveu, ao longo dos últimos 60 anos, com todos os tipos de caudilhos voluntariosos, de direita ou de esquerda, que pouca importância davam para as situações constituídas, quando se tratava de implantar os projetos que entendiam importantes.

O Decreto-Lei nº 3.365/41 separa “atos normativos” relativos à desapropriação, que definem a área a ser desapropriada, dos “atos executórios” necessários à efetiva transferência da titularidade das áreas objeto de desapropriação para o Estado e permite, no seu art. 3º a transferência, para os concessionários de serviço público, da atribuição de realizar os atos executórios da desapropriação. Note-se que, em regra, o ente que recebe a atribuição de realizar os atos executórios da desapropriação fica responsável também pela desocupação das áreas irregularmente ocupadas, de modo a disponibilizá-las livres e desimpedidas para o início das obras.

Até a década de 1990, a faculdade de transferir para as concessionárias os atos executórios da desapropriação era utilizada, sobretudo, para atribuir a empresas estatais a operacionalização de desapropriações para implantação de infraestruturas relacionadas às suas atividades.

Com a implantação do Programa Nacional de Desestatização e a celebração com entes da iniciativa privada, nos mais diversos setores econômicos, de contratos de longo prazo, como os de concessões e PPPs, que preveem a obrigação da iniciativa

privada implantar ou investir em melhorias e operar projetos de infraestrutura, o Decreto nº 3.365/41 passou, a partir da década de 1990, a ser utilizado frequentemente (a) para transferir a responsabilidade de realizar os atos executórios das desapropriações e, muitas vezes também, (b) para transferir os riscos em torno das desapropriações para entes da iniciativa privada.

Essa faculdade foi inicialmente utilizada em projetos em que as desapropriações eram pontuais e não representavam nem investimento, nem esforço relevante comparado ao esforço e ao custo de implantação do projeto como um todo, como por exemplo, no caso de projetos de rodovias “*brownfield*”, nas quais as expansões de capacidade (construção de terceiras faixas ou duplicações) fossem realizadas principalmente dentro da sua faixa de domínio já instituída.

Nesses projetos, as desapropriações se localizavam mormente em áreas rurais, com baixa densidade populacional, o que reduzia também a relevância política da execução da desapropriação.

Contudo, mais recentemente, nos mais diversos projetos de infraestrutura que se pretende implantar e operar por meio de contratos de concessão e PPP – inclusive em setores como o de mobilidade urbana, ou até mesmo em alguns projetos *greenfield* de rodovias que cortam regiões metropolitanas de grandes cidades (como os rodoanéis ou arcos metropolitanos), tem sido comum, tanto no âmbito da União, quanto nos Estados e Municípios, a previsão nos contratos de concessão da transferência para a iniciativa privada tanto da atribuição da realização dos atos executórios da desapropriação, quanto de alguns dos riscos relacionados com essa atribuição, como, por exemplo, o risco de variação do preço dos imóveis e o risco de atrasos na desapropriação.

Essa transferência para a iniciativa privada das atribuições e dos riscos em torno das desapropriações e desocupações, lamentavelmente, nem sempre está sendo feita de maneira refletida, conscienciosa e seguindo melhores práticas.

Particularmente, tem sido comum ignorar-se que:

- a) as desapropriações e desocupações, em vista da sensibilidade política do tema, se tornaram itens não financiáveis pelos bancos, que não querem o ônus político de formalmente custeá-las;
- b) todos os grandes bancos de desenvolvimento (à exceção, por enquanto, do BNDES) e todos os grandes bancos comerciais são signatários dos Princípios do Equador, e exigem que os concessionários sigam os Princípios do Equador, como condição para aprovação dos financiamentos.

Os Princípios do Equador são um conjunto de regras que – inspirados nos Padrões de Desempenho (“*Performance Standards*”) do IFC – International Finance Corporation – estabelece atualmente os parâmetros mais elevados para países em

desenvolvimento em relação ao cumprimento de obrigações sociais e ambientais. Eles estabelecem normas bastante detalhadas sobre como deve se realizar a aquisição forçada de terras ou a realocação involuntária de populações para implantação de projetos de infraestrutura, com impacto extremamente relevante tanto nos custos, quanto nos prazos para a realização das desapropriações e desocupações.³

Note-se que o fato do BNDES ser o principal financiador de projetos de infraestrutura no país e não ser até aqui signatário dos Princípios do Equador, na prática, não exonera os concessionários de seguirem Princípios do Equador nas desocupações e desapropriações, em primeiro lugar porque várias vezes o BNDES financia projetos indiretamente, por meio do sistema de repasse, nos quais o BNDES transfere recursos para um banco privado, que por sua vez faz toda análise e toma o risco do financiamento do projeto. Como deixo claro no item 6.2 abaixo, os principais bancos repassadores de recursos do BNDES são signatários dos Princípios do Equador, e exigem, por isso, que os seus clientes sigam Princípios do Equador.

Além disso, não é incomum que o banco comercial, quando signatário dos Princípios do Equador, para a realização do financiamento-ponte, preliminar ao financiamento de longo prazo pelo BNDES, exija que a concessionária se comprometa a seguir Princípios do Equador quando do financiamento de longo prazo.

O fato do custo de desapropriações não ser financiável e o fato de praticamente todos os bancos privados serem signatários dos Princípios do Equador (inclusive aqueles que são os repassadores de recursos do BNDES) torna a realização das desapropriações e desocupações pela iniciativa privada em concessões e PPPs mais caras e mais demoradas do que as desapropriações realizadas sob o Decreto-Lei nº 3.365/41.

Nesse contexto, dois problemas desencadearam a elaboração desse artigo. O primeiro problema é que os órgãos governamentais responsáveis pela estruturação de concessões e PPPs tem ignorado nos seus estudos de viabilidade e nos editais e contratos de concessão e PPP os efeitos (de aumento de preço e prazo) da incidência das regras dos Princípios do Equador sobre os projetos de infraestrutura. Isso fica claro quando verificamos que os custos considerados nos estudos de viabilidade para a realização de desapropriações e desocupações e os prazos estipulados nos contratos de concessão e PPP para a realização pelos entes privados das obras que

³ A versão oficial, em português dos Princípios do Equador encontra-se disponível no seguinte link: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese.pdf

requerem prévia desapropriação e desocupação de áreas não são compatíveis com o uso dos Princípios do Equador.⁴⁻⁵

O segundo problema é que mesmo em projetos em que o custo das desapropriações e desocupações é relevante comparado ao valor do investimento total, tem sido comum aparecerem nas minutas de contrato que vão à consulta pública a previsão de transferência para o concessionário do risco de variação dos preços dos imóveis, o que, como mostraremos mais abaixo, contraria a lógica que deveria ser adotada na distribuição de riscos de contratos de concessão e PPP, e fatalmente resultará em preços mais caros para o usuário e para o Poder Público e criará espaço para seleção adversa na licitação.

Perceba-se, além disso, que a tendência de se adotar regras com preocupações sociais mais amplas para a realização de desocupações e desapropriações – com proteções específicas, por exemplo, aos ocupantes irregulares das áreas onde será implantado o projeto – não ficou restrita à iniciativa privada ou ao setor financeiro. A sensibilidade política do tema das desapropriações e desocupações levou diversas entidades governamentais e órgãos públicos envolvidos na implantação de obras públicas a desenvolver nos últimos anos regras outorgando direitos às populações afetadas pela implantação de obras públicas. Como exemplo, pode-se citar, entre outros, a Lei 7.597/1998 e o Decreto 11.283/2003 do Município de Belo Horizonte e o Decreto 43.415/12 do Estado do Rio de Janeiro, que estabeleceram regras para a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade social, inclusive os ocupantes irregulares de áreas a serem utilizadas para a implantação de projeto de infraestrutura.

Nas linhas a seguir, pretendemos:

- (i) evidenciar a sensibilidade política do tema das desocupações e desapropriações, que tanto deram origem ao surgimento de regras protetivas da população mais vulnerável no âmbito dos Estados e

⁴ Note-se que, ao assinalar que há uma tendência dos projetos no Brasil seguirem Princípios do Equador e que a Administração Pública geralmente não está considerando isso nos seus estudos de viabilidade, não estamos emitindo juízo de valor sobre a escolha das regras para as desapropriações e desocupações. O que queremos assinalar é que, atualmente, sempre que o Poder Público transfere para o concessionário a atribuição de realizar os atos executórios da desapropriação, muitas vezes, implicitamente, está se tomando a decisão de aplicação dos Princípios do Equador. Nesse contexto, é indispensável que os estudos de viabilidade e os prazos contratuais para a realização de desapropriações e desocupações reflitam a aplicação dos Princípios do Equador.

⁵ Vide prazos para realização das desapropriações e desocupações e implantações de obras iniciais de expansão de capacidade a serem feitas no princípio dos contratos de concessão dos 7 lotes de rodovias federais, da III Etapa, 3ª Fase, da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, que foi a consulta pública no princípio desse ano. Cf.: http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1169/3_Etapa_fase_III_.html

- Municípios, quanto tornaram não-financeáveis pelos bancos comerciais e órgãos multilaterais as desapropriações e desocupações;
- (ii) evidenciar as consequências financeiras na concessionária da não-financeabilidade das desapropriações e desocupações;
 - (iii) revisar a teoria sobre distribuição de riscos para mostrar em que casos e sob que arranjos faz sentido transferir o risco de desapropriação e desocupações para o concessionário;
 - (iv) trazer a conhecimento do leitor os limites de aplicação dos Princípios do Equador e evidenciar as diferenças entre as regras legais brasileiras e os Princípios do Equador a respeito tanto dos benefícios concedidos às pessoas afetadas pelo projeto, quanto dos procedimentos para a realização das desapropriações e desocupações, de modo a dar ao leitor noção de porque geralmente tende a ser mais caro e mais demorado utilizar os Princípios do Equador.

A conclusão que decorre desse artigo é que é necessário os agentes públicos encarregados da modelagem de projetos de infraestrutura sopesarem, caso a caso, se faz sentido (e em que termos faz sentido) transferir para a iniciativa privada a obrigação de realização de desapropriações e desocupações em projetos de infraestrutura.

Esse juízo deveria ser informado por uma análise simplificada de custo/benefício dos efeitos sociais e econômicos da transferência dessas atribuições e riscos para iniciativa privada. Para tanto, é indispensável que os agentes públicos responsáveis pela estruturação de PPPs e concessões se capacitem sobre o tema e contratem consultores capazes de realizar essas análises. Lamentavelmente, a nossa prática de estruturação de projetos ainda está distante disso.

O objetivo desse artigo é chamar atenção para o tema, de modo a contribuir para a mudança dessa situação.

2. A sensibilidade política das desapropriações e desocupações e a criação de regras estaduais e municipais para proteção de populações vulneráveis

Parece-me desnecessário assinalar a sensibilidade política do tema das desapropriações e desocupações para implantação ou expansão de projetos de infraestrutura. O fato por si dos bancos se negarem a financiar esse item dos projetos de infraestrutura evidencia os riscos reputacionais ínsitos à execução de desapropriações e desocupações.

Por isso, nessa rubrica, vou me focar em evidenciar as consequências da sensibilidade política do tema das desapropriações na evolução das normas que o disciplinam.

Em primeiro lugar, é importante notar que a competência para legislar sobre desapropriações por utilidade pública (modalidade geralmente utilizada para a implantação de projetos de infraestrutura) é da União (Art. 22, II da Constituição Federal).

A principal norma federal sobre desapropriações, como já mencionado acima, é o Decreto-Lei nº 3.365/41, que, como também já notei acima, foca-se na proteção daqueles que possuem a propriedade formal dos bens a serem usados na implantação do projeto.⁶ Em outras palavras, não há no Decreto-Lei nº 3.365/41 – como, aliás, em regra, não havia em legislações sobre o tema aprovadas na década de 40 – preocupação com outros impactos da implantação do projeto diversos da perda de propriedade.

Por exemplo, não há no Decreto-Lei nº 3.365/41 qualquer regra sobre o tratamento de pessoas que perdem empregos em decorrência da implantação dos projetos de infraestrutura⁷, ou regras sobre pessoas que sejam especialmente vulneráveis ao processo de desapropriação e desocupação (v.g. pessoas que não possuem a titularidade dos imóveis em que residem, ou pessoas que residem em imóvel tão degradado que a indenização a valor de mercado pela perda desse imóvel não lhe garantiria a aquisição de outra moradia). Em suma, o Decreto-Lei nº 3.365/41 foca-se em proteger as pessoas que possuem propriedades a serem expropriadas para implantação de projetos e a sua compensação pela perda de titularidade desses bens está restrita ao valor de mercado desses bens.

Note-se, ademais, que, rigorosamente, o Decreto-Lei nº 3.365/41 abrange apenas as desapropriações, sendo as desocupações tratadas no âmbito das ações de reintegração de posse, disciplinadas no Código de Processo Civil. É que as ocupações irregulares são tratadas pela legislação federal apenas como posse ou detenção irregular de bens de titularidade de terceiros. A medida, portanto, que o expropriante teria contra os ocupantes irregulares de bens necessários à implantação de projetos de infraestrutura seria a ação de reintegração de posse, não havendo na legislação federal sobre essas ações qualquer dispositivo específico para tratar populações especialmente vulneráveis. A indenização, quando cabível no caso das desocupações, pela legislação federal se restringiria às acessões⁸ e benfeitorias. Como a terra nua não é indenizada no caso de desocupações, dificilmente a pessoa ou família que recebesse a indenização pelas acessões e benfeitorias teria condições de adquirir moradia com as mesmas

⁶ Este foco percorre todo o Decreto-Lei, e se manifesta, por exemplo, quando exige a comprovação do título de proprietário para o levantamento do depósito feito pelo expropriante para o pagamento da indenização (Art. 34, Decreto-Lei 3.365/41). Ou seja, caso não haja prova da propriedade, ou título, não pode haver pagamento pelo Estado, segundo o Decreto-Lei.

⁷ Em decorrência da realocação de atividades econômicas.

⁸ Agradeço a Francisco Andrade Figueira a percepção de que não apenas as benfeitorias, mas também as acessões são objeto de indenização.

condições de localização e qualidade. No caso especificamente de populações de baixíssima renda, por exemplo, moradores de favelas, a indenização por benfeitorias muitas vezes sequer seria suficiente para adquirir qualquer moradia.

Além disso, não há na legislação federal a previsão de indenização dos custos de transação relativos à aquisição de novo imóvel e de qualquer tipo de apoio na realocação e reassentamento das populações em novas comunidades.

Na Tabela 3, constante do item 6.9 abaixo, faço, sem muito rigor, um cruzamento entre as categorias de pessoas atingidas por projetos de infraestrutura e os benefícios que elas recebem quando submetidas à legislação federal brasileira e quando submetidas aos Princípios do Equador.⁹

Esse quadro evidencia que os benefícios previstos pela legislação federal sobre desapropriações e desocupações estão muito distantes dos previstos nos Princípios do Equador, que se constituem, a rigor, na principal referência internacional de melhores práticas para compensações a populações atingidas pela implantação de projetos de infraestrutura em países em desenvolvimento.¹⁰

A lenta evolução da legislação federal sobre esse tema e a sua distancia em relação aos melhores padrões atuais de compensação a pessoas atingidas por projetos de infraestrutura levou Estados, Municípios e as entidades por eles controladas a criarem normas que atribuem outros benefícios às pessoas afetadas por projetos de infraestrutura, isso apesar da competência para legislar sobre desapropriações e desocupações ser formalmente da União.

As normas emitidas por Estados e Municípios sobre esse tema focam-se em regra nas desocupações e às vezes abrangem as desapropriações por utilidade pública, ou por interesse social. Em todo caso, a preocupação central dessas normas é disciplinar de modo mais amplo as ações sociais realizadas por entidades governamentais (incluindo, entre essas ações, o pagamento de indenizações e de aluguel social) para minorar as consequências gravosas da implantação de projetos de infraestrutura sobre a população mais diretamente afetada e mais vulnerável.

Há nessa legislação, especialmente, preocupação em disciplinar o reassentamento, em condição jurídica regular, de pessoas afetadas pelo projeto que originalmente residiam em imóveis com situação irregular.

⁹ Esse quadro utilizou como base quadro elaborado pela JGP Consultoria para fazer um cruzamento entre os benefícios cabíveis e as pessoas atingidas pelos projetos sob as regras do Princípios do Equador, e que constou do Anexo ao contrato de concessão da BA 093.

¹⁰ O critério, em verdade, é para países não membros da OCDE ou não considerados de Alta Renda e está inserido no princípio nº 3.

Apenas como exemplo, creio que vale a pena citar a legislação sobre esse tema do Município de Belo Horizonte e do Estado do Rio de Janeiro.

Em Belo Horizonte, a Lei municipal 7.597/1998 cria o Programa Municipal de Assentamento do município de Belo Horizonte, depois regulamentado pelo Decreto nº 11.283/2003. Esse programa se aplica a pessoas afetadas por projetos, que residam em áreas públicas, possuam benfeitorias ou acessões¹¹ realizadas nessas áreas e se enquadrem em um limite máximo de renda.¹² Além dos deveres de oferta pelo Poder Público de opções de reassentamento à população afetada pelo projeto com esse perfil, essa legislação exige, por exemplo, a garantia de uma vaga em instituição de ensino quando o reassentamento do núcleo familiar envolver uma criança ou um adolescente¹³. De uma maneira ampla, as regras instituem a obrigação do ente governamental emissor da norma prestar apoio material, assistencial e jurídico às pessoas de baixa renda ou em situação vulnerável afetadas pelo projeto.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual nº 43.415/12 reconhece o direito a indenização dos ocupantes dos imóveis por benfeitorias e acessões, em esforço de disciplinar os benefícios a serem atribuídos e o processo para a realização de reassentamento de ocupantes irregulares de imóveis, com o objetivo de promover real melhoria das condições de habitação das pessoas afetadas por projetos.

De acordo com as características do projeto, os recursos disponíveis e a especificidade de cada beneficiário, serão dadas três opções de compensação para as famílias afetadas pelo projeto: (i) nova moradia no local, prevista no projeto ou num empreendimento do Minha Casa Minha Vida, (ii) indenização em dinheiro, ou (iii) compra de uma nova moradia, preferencialmente próxima e em área de boa acessibilidade que não envolva riscos.¹⁴

Entre o período da remoção e o da indenização final ou do reassentamento definitivo, deve ser pago uma quantia a título de aluguel social¹⁵. Nos casos de pessoas atingidas pelo projeto que residam em ou utilizem imóveis alugados, este aluguel é dirigido ao locatário original, enquanto o titular do imóvel ou das acessões e benfeitorias recebe a indenização final.

¹¹ Francisco Andrade Figueira me alertou que o uso do conceito de benfeitoria na legislação estadual carece de rigor. A construção em terreno alheio constitui acessão, e não benfeitoria, de acordo com o art. 1.255 do Código Civil.

No entanto, como algumas das normas apresentadas utilizam a expressão benfeitoria, optei por manter a coerência com a fonte.

¹² Art. 2º da Lei 7.597/1998. apesar da própria lei depois atenuar essas exigências, a critério da administração: Art. 4º da Lei Municipal 7.459.

¹³ Art. 3º da Lei 7.597/1998.

¹⁴ Parágrafo 1.2 do Anexo A do Decreto 43.425/2012

¹⁵ Parágrafo 1.2.5 do Anexo A do Decreto 43.415/2012

A acessão ou benfeitoria deve ser indenizada conforme valores estipulados em tabela prevista no próprio Decreto.¹⁶ O valor pode ser acrescido em até 80% em razão de sua localização e acesso a serviços públicos, ou reduzido em razão de estado de conservação ou de cálculo de área equivalente de construção. Outras variáveis podem influenciar no valor final, como o uso comercial do imóvel.

As opções oferecidas aos reassentados de diferentes tipos de construções podem incluir: ao proprietário de edificação exclusivamente comercial ou institucional a oferta de uma nova edificação comercial, indenização ou compra de outra benfeitoria, enquanto ao proprietário de edificação mista (comercial e residencial) pode ser oferecida nova unidade habitacional e espaço para exploração da atividade comercial, se previsto no planejamento da obra.¹⁷

Além disso, esse Decreto tem também uma preocupação marcada com o processo para realocação das populações e reassentamento. Há regras sobre a participação dos assentados no processo de definição do plano de realocação e assentamento¹⁸.

Em suma, a relevância política das desapropriações e desocupações para implantação de projetos de infraestrutura e a necessidade de mitigar e compensar os impactos sociais da implantação de projetos de infraestrutura, especialmente sobre as populações mais vulneráveis, levou ao desenvolvimento no âmbito de vários Estados e Municípios de regras sobre esse tema, apesar da competência legislativa para desapropriações e desocupações (reintegrações de posse) ser da União.

Mesmo Estados, como o Estado de São Paulo, que não desenvolveram parâmetros genéricos para isso – e que tem considerado, em tese, ilegais as decisões judiciais que exigem a realização pela Administração Pública de trabalhos sociais como condição para emissão de ordem judicial necessária ao desimpedimento de áreas para implantação de projetos¹⁹ – na prática, tem cedido e realizado os trabalhos sociais, seja por ação da CDHU – Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano, do Estado de São Paulo, ou pelo órgão responsável pela implantação do respectivo projeto.²⁰

Portanto, atualmente, mesmo quando a Administração Pública ou suas entidades controladas realizam diretamente as desapropriações e desocupações, elas terminam seguindo muitas vezes parâmetros sociais mais elevados do que os exigidos pela legislação federal. É natural, portanto, que, ao transferir para o

¹⁶ Parágrafo 1.5 e seguintes do Anexo A do Decreto 43.415/2012

¹⁷ Parágrafo 1.8 e seguintes do Anexo A do Decreto 43.415/2012

¹⁸ Parágrafo 1.1. do Anexo A do Decreto 43.415/2012

¹⁹ ...

²⁰ Por exemplo, no projeto da Linha 06 do Metrô a Companhia do Metrô incluiu como anexo da minuta de contrato de concessão regras específicas para tratamento das populações vulneráveis nos processos de desapropriação e desocupação.

concessionário a obrigação de realizar os atos executórios das desapropriações e desocupações, a Administração Pública exija que sejam seguidos pelo menos esses parâmetros.

3. A sensibilidade financeira do tema: desapropriações e desocupações como itens não financiáveis e o impacto disso na modelagem financeira dos projetos

Como já mencionamos acima, as desapropriações e desocupações são atualmente itens não financiáveis dos projetos de infraestrutura no mercado bancário e nas agências de desenvolvimento (incluindo, evidentemente, o BNDES), que são as fontes de recurso atualmente mais utilizadas para financiamento da implantação desses projetos no Brasil.

É de conhecimento comum que as duas principais fontes de recursos para o investimento em concessões e PPPs é o capital próprio (aportado pelos acionistas da concessionária) e o capital de terceiros, constituído de recursos provindos de endividamento da concessionária junto aos financiadores do projeto, que são, geralmente, os bancos comerciais ou agências de fomento. Como o capital de terceiros tem preferência sobre o capital próprio nos pagamentos da concessionária, o risco envolvido em *financiar* uma concessionária é menor que o risco envolvido em *investir* em uma concessionária. Daí que os *financiadores* cobram remuneração pelos recursos que emprestam à concessionária menor do que a remuneração cobrada pelos *investidores*, pelos recursos que aportam na concessionária.

Por essa razão que, quanto maior o montante de capital próprio necessário para implantar um projeto de infraestrutura, maior tende a ser o custo financeiro do projeto; quanto maior, por outro lado, a quantidade de capital de terceiros empregado, menor em tese tende a ser o custo do projeto.

Por isso que, como estratégia para minimizar os custos financeiros do projeto e aumentar a rentabilidade sobre o capital próprio investido, os investidores costumam aumentar a alavancagem do projeto até o máximo admitido pelos financiadores, isto é aumentar a proporção de capital de terceiros, endividando a concessionária até o limite permitido pelos financiadores. Isso beneficia não só o investidor, mas também o usuário e o Poder Público, pois quanto menores forem os custos financeiros estimados do projeto, menor tende a ser a tarifa ao usuário a ser proposta no processo licitatório.

Como os custos com desapropriações e desocupações não são financiáveis, a execução de desapropriações e desocupações tem que ser custeada com capital próprio, que, como já notamos acima, é o capital mais caro, em vista do maior risco do seu investimento na concessionária.

Por isso, a decisão da Administração Pública de transferir para o concessionário os custos da desapropriação e desocupações pode ter impacto financeiro relevante no custo final do serviço ao usuário e/ou ao Poder Público.

Se o custo final das desapropriações e desocupações for relevante *vis a vis* o custo total de investimento do projeto, a transferência para o concessionário da obrigação de custear as desapropriações e desocupações impactará de forma relevante a alavancagem do projeto e isso tornará o custo final do projeto ao usuário e/ou ao Poder Público sensivelmente mais alto.

Pelas razões acima, nos parece importante que o Poder Público faça ao menos uma reflexão de custo/benefício para a tomada de decisão sobre a transferência do custeio da desapropriação e desocupação para os concessionários.

4. A razão central porque a obrigação de execução das desapropriações e desocupações está sendo transferida para concessionários: capacidade de cumprimento de prazos

Em vista da sensibilidade política e financeira do tema das desapropriações e desocupações, é importante questionar por que o Poder Público tem preferido transferir para concessionários a execução das desapropriações e desocupações?

O temor que os órgãos públicos encarregados das desapropriações e desocupações não consigam disponibilizar os locais para as obras em prazos compatíveis com o cumprimento do cronograma político para início e entrega dessas obras é o que motiva geralmente a transferência para os concessionários da atribuição de realização das desapropriações e desocupações.

As dificuldades operacionais dos órgãos públicos os tornam pouco aptos a cumprirem os prazos estipulados para a execução de desapropriações e desocupações. Esses prazos são condição para início e, portanto, também, para a entrega de obras. E o início e a entrega das obras de implantação de grandes projetos de infraestrutura têm sempre dimensão política relevante.

Portanto, a eficiência operacional do concessionário e a sua suposta capacidade de cumprir os prazos desejados pelo Poder Público para implantação do projeto seria a justificativa central para transferência da obrigação de realizar as desapropriações e desocupações para os concessionários.

Por um lado, é verdade que há custos sociais relevantes em não se ter uma dada infraestrutura disponível em determinado prazo. Dessa perspectiva, faz sentido utilizar-se a capacidade de cumprimento de prazos da iniciativa privada para realização das desapropriações e desocupações.

Por outro lado, como mencionamos acima, e como demonstraremos mais detalhadamente abaixo, há custos adicionais relevantes em se transferir a execução das desapropriações e desocupações para os concessionários, particularmente em um contexto em que eles terminam submetidos a padrões e exigências para a realização das desapropriações e desocupações muito mais altos (Princípios do Equador) do que aqueles em regra utilizados pelo Poder Público.

Daí a necessidade de se realizar, caso a caso, análise de custo/benefício da transferência da responsabilidade de realização das desapropriações e desocupações para o concessionário, a vista das peculiaridades do projeto. Essa análise de custo/benefício deve considerar no caso concreto as vantagens e desvantagens do emprego dos arranjos de distribuição de riscos que pareçam mais efetivos na obtenção dos objetivos da Administração Pública.

5. Distribuição dos riscos das desapropriações e desocupações

5.1. Quais são os principais riscos em torno das desapropriações e desocupações em concessões e PPPs? Esses riscos são controláveis pelo concessionário?

Da perspectiva dos concessionários, os principais riscos envolvidos na execução das desapropriações e desocupações são:

- (a) a variação do custo das indenizações;
- (b) o atraso na implantação do projeto.

O risco de variação do custo das indenizações é impactado pelo grau de detalhamento dos estudos realizados antes da realização da licitação da concessão. A tendência é que, quanto maior o grau de detalhamento e a qualidade dos estudos, menor será a variação entre o preço estimado antes da licitação e o custeio das indenizações efetivamente pagas e dos outros benefícios necessários à realização de desocupações e desapropriações.

Perceba-se que, mesmo com estudos com alto grau de detalhamento, há sempre algo de imponderável na estimativa do custo das desapropriações e desocupações. Como é comum que entre o término dos estudos técnicos e a assinatura de um contrato de concessão ou PPP haja um interregno de mais que 6 meses, é possível que o mercado imobiliário sofra mudanças relevantes nesse período e que os preços das indenizações variem por essa razão.

Note-se que a definição do valor das indenizações para efeito de desapropriações e desocupações é realizado no Brasil seguindo a NBR nº 14.653/2001, que estabelece a metodologia para avaliação a valores de mercado dos bens a serem expropriados e das benfeitorias a serem indenizadas a ocupantes irregulares de imóveis.

Para realização das avaliações seguindo essa NBR, é necessário levantamento de campo para definir o exato perfil dos bens a serem expropriados e para avaliar as benfeitorias a serem indenizadas. Isso implica a necessidade de realização de cadastramento detalhado dos imóveis, o que só é possível fazer adentrando-os de modo a identificar claramente o seu perfil, estado e benfeitorias.²¹

Por essa razão, geralmente esses levantamentos de campo detalhados só são realizados após a emissão do Decreto que declara de utilidade pública a área onde será implantado o projeto.

Note-se que, em tese, seria possível o Poder Público aumentar o grau de detalhamento dos estudos disponibilizados à iniciativa privada quando da licitação de concessão ou PPP. Por exemplo, seria possível à Administração Pública antecipar a emissão do Decreto que declara a área de utilidade pública e realizar antes da licitação esses estudos, de modo que todos os participantes da licitação tenham disponíveis, quando da realização das suas respectivas propostas, estudos detalhados sobre o custo esperado das indenizações e benefícios por desapropriação e desocupação.

Na prática, contudo, uma das razões pelas quais o Poder Público transfere para a iniciativa privada a obrigação de realização das desapropriações e desocupações é evitar a realização direta desses estudos pelo Poder Público e também a contratação de consultorias para a realização desses estudos. Por isso, em regra, o Poder Público deixa para emitir o decreto de declaração de utilidade pública após a contratação da concessão, com base nas informações e estudos realizados pelo concessionário.²² Há casos, contudo, em que o Poder Público realiza os estudos preliminares à emissão do decreto de declaração de utilidade pública, e publica o edital de concessão ou PPP somente após a emissão do referido decreto.²³

O outro risco envolvido nas desapropriações e desocupações é o de atraso na implantação do projeto. Particularmente, em projetos *greenfield*, o atraso na implantação do projeto implica em atraso no início da percepção das receitas do concessionário e, portanto, em queda na sua rentabilidade.

Esse risco é parcialmente controlável, eis que o prazo para realização dos estudos necessários à declaração de utilidade pública das áreas pode ser controlado pelo concessionário. Contudo, a emissão em si do Decreto de declaração de utilidade pública e o processamento judicial do pedido de imissão da posse são atos fora do controle do concessionário.

²¹ Vide item 6.10 desse artigo sobre metodologia de avaliação de bens.

²² Isso tem vantagens em relação a assegurar coerência entre esse decreto e o projeto.

²³ Vide o caso da Linha 06 do Metrô de São Paulo, atualmente em licitação.

Apenas para resumir o objeto dessa rubrica: os principais riscos envolvidos na transferência das desapropriações e desocupações para o concessionário são os riscos de variação do custo dos benefícios a serem pagos para desocupações e desapropriações e o risco de atraso.

O risco de variação dos custos não é controlável pelo concessionário. Quanto mais detalhados forem os estudos de campo preliminares à licitação, menor tende a ser a variação desse custo em relação ao estimado originalmente. Portanto, esse risco, apesar de não ser controlável pelo concessionário, poderia ser parcialmente mitigado pela realização de estudos detalhados pelo Poder Concedente ou por seus consultores.

O risco de atraso das desapropriações e desocupações é parcialmente controlável pelo concessionário. Ele tem controle sobre a realização dos atos preparatórios para a emissão do Decreto de utilidade pública e sobre os atos preparatórios para o pedido judicial de imissão de posse. O concessionário, contudo, não tem controle sobre o prazo para emissão do decreto pela Administração Pública, nem sobre o prazo para processamento e deferimento da imissão da posse pelo Judiciário.

5.2.Regras para distribuição de riscos e o custo das desapropriações e desocupações como risco não controlável pelo concessionário²⁴

Uma das regras mais elementares sobre a distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP é que não se deve transferir para concessionário riscos sobre os quais ele não tem controle.

Isso porque, se o concessionário não tem controle sobre um risco que lhe é alocado pelo contrato, provavelmente, por ocasião da sua participação na licitação, ele vai provisionar um valor para lidar com o risco não controlável que lhe foi transferido.²⁵

Se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele.²⁶

²⁴ Nessa rubrica, utilizamos como base para sua redação o texto, com modificações pontuais, o texto constante de Mauricio Portugal Ribeiro, *O risco de variação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido pode ser alocado ao poder concedente em contratos de concessão e ppp*, artigo publicado no link: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/o-risco-de-variacao-do-imposto-de-renda-e-da-contribuicao-social-sobre-o-lucro-liquido-em-concessoes-e-ppps-publicado>.

²⁵ Outra forma de lidar com esse problema é exigir uma rentabilidade maior do projeto para compensar essa transferência de risco não controlável.

²⁶ Essa provisão muitas vezes ocorre por meio de exigência de taxa mínima de rentabilidade para entrada no projeto mais alta que a exigida caso o risco que lhe fosse atribuído fosse controlável.

Se, contudo, o evento gravoso, não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro, do concessionário.

Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele.

Tabela 1 – Cenários de alocação de riscos de eventos não controláveis pelo concessionário e não seguráveis			
Cenários de alocação do risco	Se não ocorre o evento gravoso, quem paga?	Se ocorrer o evento gravoso, quem paga?	Avaliação
Ao Concessionário	Usuário/Poder Público (provisão vira lucro)	Usuário/Poder Público (provisão é utilizada para cobrir evento gravoso)	Menos vantajoso para o Poder Público/Usuário
Ao Poder Concedente	Ninguém paga	Usuário/Poder Público (mediante reequilíbrio do contrato)	Mais vantajoso para o Poder Público/Usuário.

Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajoso para o Poder Concedente e para o usuário, do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois no cenário em que esse risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra); enquanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando o evento gravoso se materializa.

Portanto, em situações normais, é mais vantajoso que os riscos de eventos não controláveis sejam atribuídos ao Poder Concedente (e não ao concessionário).

Considerando que os riscos de atraso e de variação do custo das indenizações (que são os principais riscos na transferência para a iniciativa privada da atribuição de realizar desocupações e desapropriações) são ambos parcialmente controláveis pelo concessionário, é preciso que os arranjos para distribuição dos riscos sejam

complexos o suficiente para transferir para o concessionário apenas os riscos controláveis pelo concessionário.

5.3. Transferência de riscos sobre os quais não há informação e não há possibilidade de controle e seleção adversa na licitação

Como o risco de variação do custo de desapropriações e desocupações não é controlável pelo concessionário, e como nem sempre é viável obter informações precisas sobre os custos das indenizações e demais benefícios a serem custeados pelos concessionários nos processos para a realização de desapropriações e desocupações, a transferência pura e simples do risco de variação do custo da desapropriação e desocupação para o concessionário pode criar seleção adversa na licitação – particularmente se, como ocorre frequentemente em projetos de infraestrutura, os custos reais das desapropriações forem superiores aos custos estimados pela Administração Pública. Isto porque, nesse caso, os participantes da licitação que mais investirem em estudar o tema terminarão formulando propostas mais caras e, por isso, pouco competitivas na licitação.

Esse problema será mais agudo se o custo das desapropriações e desocupações for relevante em relação aos custos totais de investimento no projeto.

5.4. Comparando o arranjo de distribuição de riscos de desapropriação e desocupação tradicional com a transferência total dos riscos de desapropriação e desocupação para o concessionário

5.4.1. Arranjo tradicional para a distribuição de riscos em torno da desapropriação e da desocupação em concessões

O arranjo de distribuição de riscos mais utilizado para transferência para concessionários da atribuição de realizar as desapropriações e desocupações é o descrito abaixo.

Note-se que o arranjo descrito abaixo busca transferir para o concessionário apenas os riscos que ele pode controlar, atribuindo os demais riscos para o Poder Público.

Essa é uma diretriz que deveria ser seguida em qualquer arranjo para a distribuição de riscos, pois, como notei com mais vagar no item 5.2 acima, isso contribui para maximização da eficiência do contrato de concessão ou PPP.

- a) Em relação ao risco de variação do custo da desapropriação:
 - i. O edital estabelece valor que o concessionário deverá considerar na sua proposta para a realização das desapropriações e desocupações. Esse valor deve ser estabelecido com base nas estimativas de custo de desapropriação

- e desocupação realizadas pelo Poder Concedente quando da elaboração dos estudos de viabilidade do projeto;
- ii. O contrato estabelece que, se os custos de desapropriação e desocupação excederem o valor da verba estipulada no edital, o Poder Público ou reembolsará o concessionário (pagará em dinheiro) ou reequilibrará o contrato de concessão, pelo valor excedente à verba estipulada no contrato.
 - iii. Nesse arranjo, geralmente, não se prevê no contrato a devolução de valores para o Poder Público caso as desapropriações e desocupações custem menos do que a verba reservada para tanto, nem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Público, caso as desapropriações e desocupações custem menos do que a verba prevista no edital. Por essa razão, a tendência é que o Poder Público estime a verba para desapropriação e desocupação em valor intencionalmente abaixo do que o custo esperado das desapropriações e desocupações. Dessa forma, evita-se a necessidade de prever no contrato a devolução de valores para o Poder Público, ou o reequilíbrio do contrato em favor do Poder Público, caso o concessionário realize a desapropriação ou desocupação por custos mais baixos do que a verba estimada para tanto. Outra forma de lidar com essa questão seria criar uma cláusula que previsse o reembolso ao Poder Público ou reequilíbrio do contrato em favor do Poder Público caso o custo das desapropriações ou desocupações fossem mais baixos do que a verba prevista no contrato.

Uma crítica que já se fez a esse arranjo é que ele não geraria os incentivos para o concessionário buscar reduzir os custos de desapropriação e desocupação, excedentes à verba prevista no contrato, uma vez que qualquer que seja o custo excedente ele será coberto pela Administração Pública. Essa crítica, contudo, não considera as próprias dificuldades de obtenção de reequilíbrio ou reembolso a ser recebido pelo concessionário do Poder Público, que, por si só, já se constituiria em estímulo ao concessionário para buscar manter o custo das desapropriações e desocupações abaixo da verba estimada.²⁷

b) Em relação ao risco de atraso na desapropriação:

- i. O contrato transfere o risco de atraso da desapropriação para o concessionário;
- ii. O contrato estabelece, contudo, prazo para emissão pelo Poder Concedente do decreto de declaração de utilidade pública, contado da data da entrega da documentação para tanto pelo concessionário ao Poder Concedente;

²⁷ Discutindo esse tema com Mario Engler Pinto Jr., ele sugeriu alocar uma pequena parcela do custo excedente à verba ao concessionário, de modo que o concessionário tenha incentivo claro para buscar reduzir o custo global da desapropriação.

- iii. Como até o presente a obtenção de decisão judicial de emissão na posse em processo de desapropriação ou de reintegração de posse era algo que ocorria geralmente em, no máximo 2 meses do pedido, em regra não havia nos contratos proteção contra atrasos na imissão na posse. Contudo, uma vez que tem havido em alguns Estados dificuldade de obtenção da imissão na posse²⁸, parece-nos razoável que se inclua nos contratos de agora em diante disposição que proteja o concessionário contra isso.

5.4.2. A transferência do risco de desapropriação e desocupação para a iniciativa privada em projetos de transportes: o caso da Linha 06 do Metrô de São Paulo e o caso da concessão da ferrovia entre Açaílândia e o Porto de Vila do Conde

Quando a primeira versão desse artigo circulou em 27/03/2013 para comentários entre alguns especialistas em concessões e PPPs, a minuta de contrato de concessão patrocinada para implantação e operação da Linha 06 do Metrô de São Paulo publicada originalmente para licitação transferia para o concessionário a obrigação de realizar os atos executórios das desapropriações e desocupações.²⁹

A referida minuta de contrato praticamente atribuía ao concessionário todos os riscos relativos às desapropriações e às desocupações, com exceção da obrigação de realizar expropriações de imóveis de titularidade de outros entes públicos.

Se fosse mantido esse desenho de distribuição de riscos, supondo que os participantes da licitação são entes racionais, a tendência seria que o Estado de São Paulo e os usuários pagassem mais caro pela implantação e operação desse projeto do que pagariam em um cenário em que a distribuição de riscos fosse feita de maneira a retirar do concessionário os riscos por eventos que não podem ser por ele controlados. Consignei isso na primeira versão desse artigo.

A minha preocupação em relação a esse arranjo era que ele não fosse copiado por outros projetos de mobilidade urbana em estruturação no país, pois isso implicaria em disseminar o que considero um erro, cujo efeito, como já mencionei, seria encarecer desnecessariamente os projetos para os usuários e o Poder Público.

Contudo, em 29/04/2013, foi republicado o edital de concessão da linha 06 do Metrô de São Paulo e a nova versão da minuta de contrato estabelece mecanismo de compartilhamento do risco de alteração nos preços dos imóveis a serem desapropriados para implantação do projeto. Esse mecanismo basicamente

²⁸ Vide o caso das desapropriações do Arco Rodoviário do Rio de Janeiro, onde o Governo do Estado teve dificuldades relevantes de obtenção da imissão na posse, por razões que dificilmente poderiam ser controladas pelo Estado ou por um eventual concessionário.

²⁹ Vide, particularmente, a Cláusula 37.1.

implica em atribuir ao concessionário 10% do risco de variação do custo dos imóveis da seguinte forma:

- se os custos excederem em 10% o previsto originalmente, o concessionário arca com os 10% iniciais de aumento e o Poder Concedente arca com o que exceder a esses 10%;
- se os custos de desapropriação forem menores que o estimado em até 10%, o concessionário se apropria do ganho decorrente disso. Se os custos contudo, forem menores que 90% do valor estimado da desapropriação, então o Poder Concedente tem direito a recomposição do equilíbrio pelo montante a menor que 90% do custo de desapropriação em relação ao valor estimado originalmente da desapropriação.

Portanto, criou-se um sistema de distribuição de riscos pelo qual o concessionário é responsável pelo risco do custo de desapropriação em uma banda de 10% para cima ou para baixo do valor estimado originalmente do custo das desapropriações.

O contrato, contudo, condiciona a aplicação dessa distribuição de riscos à realização pelo concessionário de todas as desapropriações pela via judicial.

Além disso, a nova minuta de contrato da Linha 06 do Metrô atribui ao Poder Concedente o risco de atraso nas decisões judiciais de imissão da posse que não sejam atribuíveis ao concessionário.

Sem dúvida, a adoção desses mecanismos – o compartilhamento do risco do preço das desapropriações e a transferência para o Poder Concedente do risco de atraso nas decisões judiciais de imissão na posse – é uma evolução em relação ao que estava previsto na primeira versão da minuta de contrato de concessão da Linha 06 do Metrô e contribuirá para reduzir o preço final desse projeto ao usuário e ao Poder Público.

É preciso, entretanto, notar que o sistema de compartilhamento de riscos adotado criou incentivo para que todas as desapropriações sejam realizadas pela via judicial, quando as melhores práticas em relação às desapropriações e desocupações aconselham que o uso de meios litigiosos seja o último recurso.

Em relação ao PIL – Programa de Investimento em Logística por meio do qual o Governo Federal pretende obter investimentos privados em rodovias (espera-se conceder mais de 6.000 km a iniciativa privada), ferrovias (espera-se implantar em torno de 10.000 km de novos trechos ferroviários), aeroportos etc., creio que o mais preocupante até aqui são as regras sobre desapropriação e desocupação

que foram publicadas na minuta de edital da ferrovia entre Açailândia - Porto Vila do Conde, que foi a consulta pública recentemente.³⁰

Note-se que esse é um projeto de ferrovia *greenfield* entre as cidades de Açailândia e o Porto de Vila do Conde e o modelo de edital e contrato que vier a ser utilizado para esse trecho em tese será utilizado também para as próximas ferrovias que o Governo pretende implantar por meio de contratos de concessão.

A minuta de contrato que foi a consulta pública estipula verba para realização das desapropriações e estabelece que, caso o valor das desapropriações exceda à verba estipulada, o concessionário arcará com 50% do custo das desapropriações excedente à verba.

Note que, ao contrário da versão atualmente publicada do contrato de concessão da Linha 06 do Metrô de São Paulo, o contrato de concessão da ferrovia Açailândia – Porto Vila do Conde não estabelece qualquer sistema de compartilhamento de riscos quando os custos da desapropriação forem mais baixos do que a verba prevista no contrato.³¹ Isso cria o incentivo para que o concessionário busque reduzir o custo de desapropriação para algo abaixo do valor da verba prevista, pois, caso ele tenha sucesso nisso, ele se apropriará dos ganhos que decorrerem dessa redução do custo de desapropriação para algo abaixo do valor da verba contratualmente prevista.

Contudo, se houver a percepção pelo concessionário de que o valor da verba para desapropriação está subestimada a tal ponto que seja inviável realizar as desapropriações no limite da verba estipulada – como, aliás, é comum acontecer – o concessionário não teria em tese incentivo para buscar minimizar os custos de desapropriação, por saber que a sua ação nesse sentido não será suficiente para trazer os custos da desapropriação para um patamar abaixo da verba estipulada no contrato (que é a condição para haja ganhos para o concessionário).

A razão para a atribuição à iniciativa privada de 50% do custo da desapropriação excedente da verba prevista no contrato é o incentivo para o concessionário buscar a redução dos custos da desapropriação. Contudo, em contexto como o nosso em que os proprietários das áreas a serem expropriadas tem direito ao pagamento do valor de mercado das áreas, há limites em quanto o concessionário consegue reduzir o custo das desapropriações. Em outras palavras, ainda que se possa supor que se o concessionário se empenhar ele vai conseguir alguma redução do custo da desapropriação, não me parece ser razoável achar que ele tenha tal controle sobre o custo das desapropriações que faça sentido ele arcar com 50% do risco desse custo exceder à verba estipulada.

³⁰ Inserir referência a página da ANTT....

³¹ Checar...

É verdade que como se trata de um projeto *greenfield* de ferrovia, talvez o concessionário tenha alguma flexibilidade de reduzir o custo de desapropriação por meio da alteração do traçado. Mas essa flexibilidade de redução dos custos da desapropriação tem limites porque em regra implica em outros custos – por exemplo, o desvio de uma área em que as terras são especialmente caras, ou em que há conurbação implica aumento da extensão do traçado e, por isso, aumento do custo da obra em si.

De qualquer modo – apesar disso ser algo que só com estudos detalhados seria possível ter certeza – mesmo em caso de projeto de infraestrutura linear *greenfield* (como é uma ferrovia) não me parece que faça sentido que 50% do custo excedente de desapropriação seja atribuído ao concessionário.

Além disso, creio que essa cláusula esteja apoiada em uma percepção equivocada sobre os incentivos do concessionário em relação aos valores excedentes à verba prevista para desapropriação. É comum que agentes do Governo tenham a percepção que – uma vez que o concessionário tenha direito ao reequilíbrio por 100% do valor excedente à verba contratualmente prevista para tanto – o concessionário não teria incentivos para reduzir os custos da desapropriação. Essa percepção, contudo, é extremamente equivocada.

Observe-se que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (que é a forma mais comum de compensar o concessionário pelos custos excedentes à verba de desapropriação), na prática, nunca é realizado por pagamento à vista pela Administração Pública ao concessionário dos valores excedentes à verba estipulada. Em regra, a Administração Pública ou dilui o pagamento na tarifa ao longo dos anos, ou aumenta o prazo do contrato, ou reduz ou adia investimentos previstos no contrato. Essas maneiras de reequilibrar o contrato, apesar de serem aptas a compensarem o concessionário economicamente, de modo a manter a rentabilidade do contrato, no curto prazo significa que o concessionário terá que arcar com um descaixe no seu fluxo de caixa decorrente do custo excedente ao da verba, o que, em fase de investimento inicial de uma concessão, só pode ser sanado por aumento do “*equity*”, isto é da contribuição de capital do acionista – percebe-se que, como desapropriação é em regra item não financiável pelos bancos, o concessionário terá dificuldade de usar o mercado bancário para financiar o custo excedente da desapropriação.

A necessidade de obter *equity* para financiar a desapropriação na medida em que seu custo exceder o da verba prevista no contrato é, por si, um grande incentivo para o concessionário buscar reduzir o custo de desapropriação em qualquer cenário. Geralmente, os trâmites internos em empresas de infraestrutura para aprovação de novo *equity* para lidar com esse tipo de situação são sempre tortuosos, o que é, em si, um desincentivo para os executivos da concessionária pleitearem novo *equity* e um incentivo para executarem as desapropriações com

o menor custo possível. Isso porque, mesmo nos casos em que é claro que haverá posteriormente o reequilíbrio econômico do contrato mantendo a rentabilidade do projeto como um todo, a necessidade de usar novo *equity*, causa, por si, um desequilíbrio financeiro nas contas da concessionária.

A solicitação de novo *equity* pode ocorrer em momento em que os acionistas da concessionária não têm liquidez e, por isso, precisam recorrer ao mercado financeiro para lidar com esse tipo de situação, fazendo empréstimos corporativos no âmbito da(s) empresa(s) controladoras da concessionária, o que torna esse processo de obtenção de *equity* ainda mais longo e difícil.

Essas considerações são para dizer que o concessionário tem sempre o incentivo para não exceder a verba de desapropriação prevista no contrato, mesmo que a Administração Pública seja responsável (como, aliás, sempre era no passado) por 100% do custo excedente à verba de desapropriação. A premissa, portanto, de que é necessário transferir para o concessionário 50% do custo excedente à verba de desapropriação para que ele tenha incentivo em buscar reduzir o custo de desapropriação é, na minha opinião, equivocada.

Pelas razões acima, creio ser importante que sejam modificados os critérios de distribuição do risco relativo ao custo excedente às desapropriações para os novos editais de ferrovias do Governo Federal. Evidentemente, essa opinião está sendo emitida sem acesso aos estudos de viabilidade e sem clareza sobre o grau de precisão das estimativas de custo das desapropriações. Portanto, uma posição definitiva sobre o tema só seria possível quando houver acesso a essas informações.

6. Os Princípios do Equador

A seguir exponho sobre as normas constantes dos Princípios do Equador, com o objetivo de dar ao leitor, ao mesmo tempo, a percepção das suas virtudes e da razão porque a sua aplicação implica custos mais altos e prazos mais extensos para a realização de desapropriações e desocupações.

Como os Princípios do Equador veiculam, sobre vários temas em torno das desocupações e desapropriações, normas genéricas, para tornar a nossa descrição dessas normas mais palpável, utilizamos como referência as regras sobre aquisição de terras e reassentamento redigidas pela JGP Gestão Ambiental para constar como anexo do contrato de concessão do sistema rodoviário da BA -093, que nos parece uma interpretação adequada e cuidadosa dos Princípios do Equador.

6.1. Origem dos Princípios do Equador

Os Princípios do Equador foram criados em 2003, por meio da adaptação para aplicação a todas às instituições financeiras que viessem a assiná-los das normas seguidas já então há diversos anos pelo IFC – International Finance Corporation, órgão do Sistema Banco Mundial, para avaliação, redução, mitigação e compensação dos impactos ambientais e sociais de projetos que financia.

O IFC é o órgão do sistema Banco Mundial voltado para o apoio à iniciativa privada em países em desenvolvimento. Criado em final da década de 1950, sua atuação mais tradicional é como financiador da iniciativa privada (algo assim como um BNDES do sistema Banco Mundial), mas mais recentemente ele também desenvolve atividades de consultoria.

Foi como parte da sua atividade de financiamento à iniciativa privada em países em desenvolvimento que o IFC desenvolveu as regras sobre avaliação, redução, mitigação e compensação dos impactos ambientais e sociais de projetos implantados por seus clientes.³²

6.2. Os principais bancos repassadores de recursos do BNDES são signatários dos Princípios do Equador

Os principais bancos repassadores de recursos do BNDES são signatários dos Princípios do Equador. Isso significa que, mesmo que o financiamento a um concessionário seja realizado por esses bancos com recursos do BNDES, o concessionário terá que seguir Princípios do Equador.

Conforme quadro abaixo, os seguintes bancos são os principais repassadores de recursos do BNDES: Banco do Brasil, Bradesco, Itaú e Santander. Nos últimos três anos, somados os desembolsos que realizaram, foram responsáveis por, em média, 64% dos financiamentos realizados com recursos do BNDES.

³² A versão oficial da história da criação dos Princípios do Equador está disponível no seguinte *link*: <http://www.equator-principles.com/index.php/about-ep/about-ep/history-of-the-eps> .

Tabela 2 - Instituições financeiras repassadoras de recursos do BNDES

Banco	2010		2011		2012	
	R\$	% dos empréstimos com recursos do BNDES	R\$	% dos empréstimos com recursos do BNDES	R\$	% dos empréstimos com recursos do BNDES
Financiamento direto do BNDES (sem repassador)	33.928.050.764	38	31.608.706.851	38	29.214.525.083	33
Banco do Brasil	18.203.272.029	19	18.117.100.532	22	24.036.156.522	29
Bradesco	17.339.046.863	18	15.403.743.009	18	12.308.135.758	15
Caixa Econômica Federal	2.528.025.211	3	2.835.181.407	3	3.813.988.930	5
Itaú BBA	7.863.073.492	8	5.924.991.814	7	5.304.469.665	6
Itaú BM	7.823.638.462	8	7.583.574.800	9	6.453.295.515	8
Santander	6.074.593.215	6	2.776.047.518	3	2.951.480.078	4
Total do financiamento por repasse	59.831.649.272	62	52.640.639.080	62	54.867.526.468	67
Total do BNDES somando financiamento direto e repasse	93.759.700.036	100	84.249.345.931	100	84.082.051.551	100

Tabela elaborada por Francisco de Andrade Figueira. Fonte: BNDES

De acordo com a lista de signatários dos Princípios do Equador, disponível na internet³³, **todos os bancos referidos na tabela acima são signatários dos Princípios do Equador.**

6.3.Foco e limites de aplicação dos Princípios do Equador

Os Princípios do Equador aplicam-se apenas ao financiamento de projetos na modalidade de “*project finance*” – isto é aos casos em que as receitas geradas pelo próprio projeto são a garantia mais relevante do financiador – com custos de investimento iguais ou superiores a U\$ 10 milhões.³⁴

Como praticamente todos os projetos de infraestrutura realizados por meio de contratos de concessão ou PPP são financiados sob a forma de “*project finance*”, os Princípios do Equador aplicam-se praticamente a todos os financiamentos de

³³ Cf.: lista dos bancos signatários dos Princípios do Equador: <http://www.equator-principles.com/index.php/members-reporting>.

³⁴ Cf.: Princípios do Equador, preâmbulo.

concessionárias para implantação de infraestruturas que tenham impactos ambientais e sociais relevantes. Por outro lado, os Princípios do Equador não se aplicam a outras formas de financiamento, como, por exemplo, os empréstimos comuns (apenas com garantias corporativas), ou os financiamentos que utilizam o mercado de capitais, como as securitizações de recebíveis, debêntures etc.

Apesar dos Princípios do Equador não se aplicarem retroativamente, eles se aplicam a “*project finances*” para expansão ou atualização de infraestruturas que criem impactos sociais e ambientais relevantes.

Os Princípios do Equador também se aplicam aos casos em que a instituição financeira realize apenas consultoria para estruturação do *project finance*. Nesse caso, o compromisso da instituição financeira é conscientizar o cliente do conteúdo e benefícios da aplicação dos Princípios do Equador e solicitar que o cliente comunique à instituição financeira a sua intenção de aderir às exigências dos Princípios do Equador no momento de financiamento do projeto.

Como os Princípios do Equador definiram *project finance* apenas pela sua estrutura (a garantia do financiamento ser sobretudo as receitas a serem geradas pela infraestrutura a ser implantada), algumas questões sobre os limites de aplicabilidade dos Princípios do Equador precisam ser investigadas.

Em primeiro lugar, é preciso saber se os Princípios do Equador se aplicam ao financiamento-ponte para o *project finance*. Uma análise da lógica dos Princípios do Equador nos levaria a dizer que o financiamento-ponte que se destina ao suprimento das necessidades financeiras de uma concessionária até a estruturação de um *project finance* só deveria ser realizado por um banco signatário dos Princípios do Equador mediante compromisso de que o cliente seguirá os Princípios do Equador na estruturação do *project finance*.

Por outro lado, uma interpretação formalista das normas constantes dos Princípios do Equador levaria a não aplica-los aos financiamentos-ponte. Isso porque os financiamentos-ponte, a rigor, não caracterizam *project finance*, pois são realizados com base em garantias corporativas do empreendedor (e não nas receitas futuras do projeto).

Além disso, é preciso saber se caracteriza *project finance*, para efeito de incidência dos Princípios do Equador, os casos em que, apesar das receitas do próprio projeto serem a garantia principal do financiamento, a fonte do financiamento seja o mercado de capitais (ao invés de bancos comerciais ou agências de desenvolvimento).

Preliminarmente, vale notar que essa é uma situação pouco comum, porque, na minha experiência, muito raramente o mercado de capitais tem apetite para tomar os riscos inerentes a uma estrutura de *project finance*.

As exceções são os raríssimos casos de *project bond*, isto é títulos de dívida (debêntures) emitidos por uma concessionária cujas receitas decorrem quase que exclusivamente da exploração do projeto que será construído ou objeto de expansão e/ou melhorias.³⁵

Poderia haver dúvidas sobre a incidência dos Princípios do Equador sobre a securitização de receitas de pedágio, já em operação de uma concessão de rodovia, com a finalidade de obter recursos para custear a expansão de capacidade da rodovia. A mesma dúvida surgiria no caso de debênture de uma empresa concessionária já em operação, com a finalidade de custear a expansão de capacidade da rodovia, em que, por meio da montagem de uma estrutura complexa envolvendo contas vinculadas, as receitas de pedágio funcionem como instrumento de garantia, ou de pagamento das debêntures.

Parece-me que nesses casos não se aplicaria os Princípios do Equador. É que se trata de financiamentos usando receitas decorrentes de um projeto já implantado, já em operação. Perceba-se que as receitas de pedágio usadas como garantia dos financiamentos mencionados são geradas pela infraestrutura já implantada (e não pela expansão de capacidade a ser implantada). Daí que, rigorosamente, esse financiamento não poderia ser caracterizado como *project finance*, pois as receitas que são usadas em garantia do financiamento não são as a serem geradas pelo projeto (não são as receitas “a performar”, com o perdão do neologismo criado no mercado financeiro), mas sim as que já estão sendo geradas por uma infraestrutura anteriormente implantada (receitas “performadas”).

Por outro lado, no caso excepcional do financiamento ter como fonte o mercado de capitais e as receitas futuras do projeto serem de fato a garantia principal do financiamento, acho que é preciso separar duas situações diferentes. A primeira é a situação em que a instituição financeira signatária dos Princípios do Equador é apenas estruturadora do financiamento. Nesse caso, não parece ser obrigatória a aplicação dos Princípios do Equador. Há apenas a obrigação da instituição financeira informar o cliente sobre os benefícios de aplicação dos Princípios do Equador. Contudo, se a instituição financeira garantir a aquisição ou adquirir os títulos ou as quotas do financiamento que estruturar, me parece que se aplicaria os Princípios do Equador.

³⁵ Até onde consegui investigar, no setor de infraestrutura, há apenas um caso até aqui no Brasil que é o da concessionária Rota das Bandeiras.

6.4. Natureza voluntária da adesão e da aplicação dos Princípios do Equador

A adesão pelas instituições financeiras aos Princípios do Equador é voluntária e a sua interpretação e aplicação é realizada por cada instituição financeira signatária, isto é não há uma autoridade superior à própria instituição financeira que determine como os Princípios do Equador devem ser interpretados aplicados.

Isso, por um lado, cria flexibilidade para que cada instituição financeira signatária estabeleça e aplique o seu entendimento em torno dos Princípios do Equador. Por outro lado, isso cria espaço para interpretações e aplicações muito diversas dos Princípios do Equador, tornando difícil a definição do que seria a sua interpretação e aplicação, por assim dizer, autêntica.

6.5. Aplicação às desapropriações e desocupações de outras normas emitidas pelo sistema Banco Mundial por consequência da sua referência nos Princípios do Equador

Os Princípios do Equador determinam que se aplique outras normas emitidas pelo IFC a situações nele descritas. Por exemplo, para os casos de riscos sociais decorrentes da realocação de populações necessárias à implantação de projetos, os Princípios do Equador exigem a aplicação dos “Padrões de Desempenho” do IFC.³⁶

Os Padrões de Desempenho do IFC, por sua vez, fazem referência a outras normas emitidas pelo próprio IFC ou pelo IBRD – International Bank for Reconstruction and Development (o órgão do sistema Banco Mundial responsável pelo financiamento de governos soberanos).

Portanto, a adesão da instituição financeira aos Princípios do Equador implica na prática vinculação a diversas normas emitidas pelo sistema Banco Mundial sobre avaliação, mitigação e compensação de impactos ambientais e sociais dos projetos financiados.

Nas rubricas a seguir, a expressão “Princípios do Equador” inclui o conjunto de regras que são aplicáveis às desapropriações e desocupações por consequência da sua referência direta ou indireta no texto dos Princípios do Equador. Para os objetivos desse artigo é particularmente importante o Padrão de Desempenho nº 5 do IFC e as suas Notas Explicativas (“Guidance Notes”), que integram os Princípios do Equador.

³⁶ A referência é feita no Princípio de nº 3, dos Princípios do Equador.

6.6. Os Princípios do Equador e as desapropriações e desocupações cujos atos executórios são realizados pela Administração Pública

Quando os atos executórios das desapropriações e desocupações são realizados pelo Governo em projetos cuja implantação é realizada por um ente privado financiado por uma instituição signatária dos Princípios do Equador, o ente privado financiado (por exemplo, uma concessionária do projeto) deve monitorar as atividades de desapropriação e desocupação realizada pelo Governo para garantir que essas atividades não desviem substancialmente do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC (que é o conjunto de regras adotado pelos Princípios do Equador para disciplinar esse assunto).³⁷

Se necessário, o concessionário deve realizar um Plano Complementar de Reassentamento, a ser preparado e executado em paralelo à desapropriação.³⁸

Se o processo de desapropriação já estiver concluído quando os bens forem disponibilizados para o concessionário, em tese ele deveria avaliar a conveniência de realizar Plano Complementar de Reassentamento.

Portanto, uma aplicação rigorosa dos Princípios do Equador aos projetos de concessão comum ou PPP em que a Administração Pública fosse responsável pelas desapropriações e desocupações tornaria necessário que o concessionário avaliasse o cumprimento pela Administração Pública das regras constantes do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC e que, caso houvesse descumprimento substancial dessas regras, o concessionário realizasse ações para aproximar as compensações obtidas pelas pessoas atingidas pelo projetos daquelas a que fariam jus caso fossem aplicados os Princípios do Equador.

Não encontrei, contudo, nenhum caso no Brasil em que bancos signatários dos Princípios do Equador exigissem de seus clientes que fosse realizado monitoramento da atividade de desapropriação e desocupação realizada pela Administração Pública e muito menos casos em que a instituição financeira tenha exigido do concessionário a realização de atividades (por meio de um Plano Complementar de Reassentamento) para aproximar as compensações recebidas pelas pessoas atingidas pelo projeto daquelas que decorrem da aplicação dos Princípios do Equador.

³⁷ Parágrafo 13 do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC

³⁸ Parágrafo 30 do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC.

6.7.Os objetivos dos Princípios do Equador em relação a desocupações e desapropriações

O objetivo central dos Princípios do Equador em relação às desapropriações e desocupações é reduzir, mitigar e compensar os impactos sociais perversos da implantação de projetos de infraestrutura, garantindo que a população atingida pelo projeto não sofra piora nas suas condições de vida³⁹ e que possa desfrutar dos benefícios trazidos pelo projeto.⁴⁰

A busca de redução de impacto sobre as condições de vida da população implica compensação pela perda de bens, mas também recomposição dos meios de vida, criando oportunidades de geração de renda e qualidade de vida para a população atingida, pelo menos equivalentes às que existiam antes da implantação do projeto.

Os seguintes princípios se aplicam nas atividades de desapropriação, desocupação e reassentamento de populações quando empregadas as normas dos Princípios do Equador: (a) prevalência da regra mais benéfica para a população afetada, quando houver conflitos entre as regras legais locais e as normas constantes dos Princípios do Equador, (b) Princípio da Isonomia, que deve se manifestar por meio da transparência, clareza e razoabilidade dos critérios de elegibilidade das pessoas a benefícios, (c) garantia que toda pessoa afetada pelo projeto será informada de maneira oportuna e correta, (d) disponibilização às pessoas afetadas pelo projeto de oportunidades de participar no processo de planejamento, implantação e monitoramento, (e) fornecimento de assistência e suporte às pessoas afetadas pelo projeto durante o período de transição, (f) identificação das pessoas afetadas pelo projeto vulneráveis e fornecimento de assistência especial, (g) prioridade para a aquisição amistosa e negociada dos bens necessários à implantação do projeto, reduzindo ao mínimo possível o uso de meios litigiosos.

Além disso, quando for cabível o benefício do reassentamento das pessoas afetadas pelo projeto, os Princípios do Equador exigem (i) que ele seja realizado sempre em locais com regularidade legal, (ii) que seja disponibilizado auxílio às pessoas afetadas pelo projeto na integração social e econômica nas comunidades anfitriãs, (iii) que seja dada assistência às comunidades anfitriãs quando necessário para prepará-las para o recebimento das pessoas afetadas pelo projeto, e (iv) que o cronograma de implantação do projeto seja compatível com os cronogramas dos reassentamentos.⁴¹

³⁹ Parágrafo nº 2 do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC

⁴⁰ Parágrafo 9 do Padrão de Desempenho nº 5 do IFC.

⁴¹ Princípio nº 5 dos Princípios do Equador.

6.8.0 procedimento para a realização de desocupações, desapropriações e reassentamentos seguindo Princípios do Equador

Após a constituição da equipe de planejamento dos reassentamentos, essa equipe deverá obter informações sobre as pessoas atingidas pelo projeto, elaborar os planos de reassentamento, avaliar e definir as medidas a serem adotadas e os benefícios a serem disponibilizados para compensação das pessoas atingidas do projeto, individualizar os benefícios, conceder os benefícios e executar o processo de realocação e assentamento e monitoramento pós-implantação.

A obtenção de informações sobre as pessoas atingidas pelo projeto, e avaliação e definição das medidas para reassentamento é realizada por meio:⁴²

- a) do cadastramento e avaliação socioeconômica das pessoas atingidas pelo projeto;
- b) da classificação das pessoas conforme categorias, para efeito de definição dos benefícios/compensações que receberão (ver coluna 1, da Tabela 3 abaixo, para a categorização de pessoas atingidas pelo projeto utilizada sob Princípios do Equador);⁴³
- c) da avaliação da propriedade individual e definição do programa de compensação individual e das medidas para reassentamento (ver a linha 1, da Tabela 3, para a categorização das medidas compensatórias/benefícios geralmente utilizada sob Princípios do Equador).

Com todas essas informações em mãos, a equipe de planejamento elaborará os planos de reassentamento.⁴⁴

É preciso que a equipe de planejamento dê conhecimento às pessoas afetadas pelo projeto do plano de reassentamento, e que sejam dadas oportunidades às pessoas afetadas pelo projeto de se manifestarem sobre o planejamento do reassentamento. Toda manifestação de pessoa afetada pelo projeto deve ser processada e respondida pela concessionária.⁴⁵

Para facilitar a manifestação das pessoas afetadas pelo projeto, e cumprir adequadamente os objetivos dos Princípios do Equador é necessário a instalação de centros de atendimento a reclamações, nos quais as reclamações das pessoas afetadas pelo projeto possam ser registradas.⁴⁶ As reclamações apresentadas

⁴² Parágrafo nº 12 do Padrão de Desempenho nº 5.

⁴³ Parágrafo nº 17 do Padrão de Desempenho nº 5.

⁴⁴ Parágrafo nº 1 do Padrão de Desempenho nº 5

⁴⁵ Parágrafo nº 10 do Padrão de Desempenho nº 5

⁴⁶ Princípio nº 6 dos Princípios do Equador e Parágrafo nº 11 do Padrão de Desempenho nº 5.

devem ser processadas estatisticamente, para definição das medidas a serem adotadas para solução dos problemas apontados.

A seguir, o concessionário deve elaborar o Plano de Ação para o Reassentamento, executar o reassentamento e as medidas compensatórias. Após a conclusão das medidas de compensação, é necessário, de acordo com o tamanho do impacto inicialmente estabelecido, a consulta de uma auditoria externa que concluirá sobre a possibilidade de encerrar o processo de monitoramento.

6.9.Diferenças dos benefícios recebidos por pessoas afetadas pelo projeto sob os Princípios do Equador e sob a legislação brasileira

A Tabela 3⁴⁷ a seguir faz um cruzamento entre as categorias de pessoas afetadas pelo projeto e os benefícios a que elas teriam direito pelos Princípios do Equador e pela legislação brasileira.

⁴⁷ Essa tabela foi inspirada em tabela elaborada pela JGP Consultoria para cruzamento da categorização de pessoas atingidas pelo projeto e de medidas compensatórias decorrentes das regras dos Princípios do Equador para o projeto de concessão da BA 093.

Tabela 3 – Pessoas atingidas por projetos e benefícios a que têm direito pela legislação federal brasileira

PE = Princípios do Equador

LF = Legislação Federal Brasileira (Decreto-Lei nº3.365/41, Código Civil e Código de Processo Civil)

	Indenização em dinheiro	Alternativas de reassentamento residencial	Apoio logístico de mudança	Apoio ao resgate de materiais de construção	Apoio junto a entidades financeiras	Reassentamento provisório em casos de conflitos de titularidade ou similares	Programa de Requalificação Profissional	Prioridade em relocação em “Clusters”	Encaminhamento de pessoas vulneráveis a instituições de assistência social
Moradores em construções residenciais irregulares	PE	PE	PE	PE					
Moradores em construções residenciais tituladas	LF/PE	PE	PE	PE		LF			
Comerciantes com estabelecimentos comerciais provisórios (sem titulação)	PE		PE	PE				PE	

Comerciantes com estabelecimentos comerciais permanentes (alvenaria) e com titulação	LF/PE	PE	PE	PE				PE	
Proprietários não ocupantes de imóveis e/ou benfeitorias enquadradas nas categorias acima	LF/PE			PE		LF			
Proprietário de imóveis regulares com hipoteca ou ônus similar	LF/PE	PE	PE	PE	PE	LF			
Proprietário de imóveis e/ou benfeitorias com titularidade contestada	LF/PE	PE	PE	PE		LF/PE			
Proprietários de terrenos (com ou sem benfeitorias) com titulação	LF/PE			PE		LF			

Inquilinos em imóveis a relocar			PE	PE					
Ocupantes de propriedades com benfeitorias "cedidas" de terceiros		PE	PE	PE				PE	
Funcionários empregados nos estabelecimentos comerciais que venham a ser realocados e que venham a sofrer perda de emprego com a relocação.	PE							PE	

Já mencionei acima que, em relação à delimitação das pessoas que têm direito a compensações e benefícios em virtude dos processos de desocupação e desapropriação, a legislação brasileira foca-se nos proprietários de imóveis e benfeitorias.

Já os Princípios do Equador utiliza a noção de “pessoas afetadas pelo projeto”, para delimitar qual o conjunto de pessoas a ser objeto de algum tipo de compensação pela implantação do projeto, independentemente dessas pessoas experimentarem ou não a perda da titularidade de bens (expropriações) por consequência da implantação do projeto.

No reassentamento de populações que residem ou que possuem atividade comercial em áreas irregulares (sem titulação ou com titulação incompleta) os Princípios do Equador exigem a oferta de lugares para o reassentamento em áreas regulares e, somente se a pessoa afetada no projeto preferir, a oferta de indenização em dinheiro pelas benfeitorias.⁴⁸⁻⁴⁹

Note-se que a exigência pelos Princípios do Equador de compensação à pessoa que ocupa irregularmente a área a ser utilizada para implantação do projeto com a entrega de área em situação regular eleva o custo da atividade desocupação para algo semelhante ao custo da atividade de desapropriação, vez que o concessionário terá que custear a aquisição de terra nua, mesmo que a pessoa atingida pelo projeto não tivesse originalmente direitos sobre a terra que ocupa.

Nos casos de áreas com titularidade imperfeita, os Princípios do Equador exigem, mesmo para a imissão provisória na posse pelo concessionário, a indenização prévia, além de assistência a mudança da pessoa afetada pelo projeto e **pagamento de aluguel por 6 meses até a solução do problema de titularidade da área. Também em caso de conflitos de titularidade, os Princípios do Equador,**⁵⁰ exigem reassentamento provisório e pagamento de aluguel social.

Quando a desapropriação ou desocupação causar a rescisão de contratos de trabalho, os Princípios do Equador exigem que o concessionário custeie as verbas rescisórias. Além disso, o concessionário deve realizar medidas para a reintegração do empregado demitido no mercado, como, por exemplo, a promoção de cursos e treinamentos para a sua requalificação.⁵¹

Os Princípios do Equador exigem que o concessionário disponibilize apoio logístico à mudança e apoio ao resgate de materiais de construção das pessoas

⁴⁸ Notas guia do Padrão de Desempenho nº 5, GN 52.

⁴⁹ Esta informação está prevista nas Notas Guia do Padrão de Desempenho nº 5 dos Princípios do Equador, na GN 51.

⁵⁰ **Checar se isso está nos Padrões de desempenho ou é um desenvolvimento da JGP.**

⁵¹ Parágrafos 27 a 20 do Padrão de Desempenho nº 5 e Notas Guia, GN 59.

afetadas pelo projeto que sofram realocação.⁵² Além disso, quando a propriedade a ser expropriada for financiada e estiver em curso pagamento de empréstimo realizado pelo seu proprietário para aquisição do imóvel, o concessionário deverá dar apoio ao proprietário do imóvel na sua negociação com a instituição financeira.

Por fim, quando se tratar de reassentamento de estabelecimentos comerciais, há prioridade para a sua realocação em “clusters”, quando os reassentados manifestarem interesse nessa solução.

6.10. Critérios e metodologia para avaliação dos bens expropriados

Os Princípios do Equador exigem que a indenização dos proprietários e dos titulares de benfeitorias seja realizada a valor de mercado acrescido dos custos de transação necessários para aquisição de bens equivalentes. As normas aplicáveis para avaliação dos bens a valor de mercado são iguais tanto sob a égide da legislação brasileira quanto sob a égide dos Princípios do Equador. A norma técnica principal no Brasil para avaliação de bens é a NBR 14.653, que se divide em:

- NBR 14.653-1/01 – Avaliação de Bens – Parte 1: Procedimentos;
- NBR 14.653-2/04 – Avaliação de Bens – Parte 2: Imóveis urbanos;
- NBR 14.653-3/04 – Avaliação de Bens – Parte 3: Imóveis rurais;
- NBR 14.653-4/04 – Avaliação de Bens – Parte 4: Empreendimentos;
- NBR 14.653-5/06 – Avaliação de Bens – Parte 5: Máquinas, equipamentos, instalações e bens industriais em geral;
- NBR 14.653-6/08 – Avaliação de Bens – Parte 6: Recursos naturais e ambientais.

Essa norma é utilizada para estabelecer os critérios e as metodologias para a avaliação dos bens expropriados.

6.10.1. Avaliação de terra nua

Apenas para dar ao leitor entendimento do nível de detalhamento dessas normas e uma noção preliminar das metodologias nela definidas, vamos descrever a metodologia de avaliação de terra nua.

⁵² Notas guia do Padrão de Desempenho nº 5, parágrafo GN 44

A NBR 14.653 estabelece que deve ser utilizado o Método Comparativo Direto de dados de mercado, por meio de investigação científica, utilizando análise estatística por regressão múltipla.

Para isso, o avaliador deve definir zonas de valor homogêneo e definir amostra com elementos diretamente comparáveis aos imóveis a serem cobertos por laudos individuais de avaliação.

Além disso, o avaliador deverá formular lista de variáveis qualitativas contínuas, discretas ou dicotômicas, considerando as variáveis que possivelmente influenciam o estabelecimento do valor de mercado dos imóveis. A seguir, ele deverá selecionar as variáveis que influenciam o valor de mercado.

Após isso, o avaliador deverá fazer um estudo de comportamento da amostra, formulando equações e adotando aquelas que melhor se ajustam à amostra.

Por fim, o avaliador deverá fazer uma análise estatística avançada da amostra (teste de regressão, análise de variância etc.), verificando a correlação, coerência e consistência do modelo desenvolvido para avaliação dos imóveis, ajustando o peso de cada variável, até conseguir um modelo que espelhe com precisão adequada os valores praticados em cada zona homogênea.

6.10.2. Avaliação de benfeitorias diversas

No caso de avaliação de acessões e benfeitorias, geralmente é inviável a determinação do valor de venda por meio de regressão estatística, por dificuldade de obtenção de base de dados para comparação de preços. Por isso, o mais comum é que a avaliação seja feita com base na determinação de custos de reposição, utilizando cotações atuais de materiais, mão-de-obra, serviços auxiliares, despesas indiretas, admitindo-se a depreciação pelo método do valor decrescente, em função da idade aparente da benfeitoria.

6.11. Definição da indenização trabalhista por perda de emprego decorrente de realocação do estabelecimento comercial

Os Princípios do Equador exigem que a concessionária arque com as indenizações trabalhistas referentes à rescisão sem justa causa de contratos de trabalho com prazo indeterminado em razão do deslocamento de atividades econômicas.⁵³ No Brasil, essa indenização abrange:

- Saldo de salário: total de dias trabalhados desde o último pagamento, calculado de forma proporcional;

⁵³ Inserir referência.....

- Aviso Prévio: exceto se o empregador informe o funcionário sobre a dispensa com a antecedência de 30 (trinta) dias, o funcionário receberá um salário mensal nominal;
- Férias integrais e/ou férias proporcionais;
- O funcionário tem direito ao pagamento de um salário nominal por ano de trabalho;
- Décimo terceiro-salário;
- FGTS;
- Indenização adicional correspondente a um salário mensal, no caso da dispensa sem justa causa ocorrer no período de 30 dias anteriores ao início da vigência de reajustamento salarial coletivo.

Note-se que a concessionária não está obrigada a se responsabilizar por indenizações em caso de rescisão de situações de emprego sem registro. Contudo, se qualquer direito for formalmente reconhecido ao empregado em razão da rescisão desse vínculo informal, a concessionária deverá arcar com os ônus da rescisão desse vínculo.

6.12. As alternativas de reassentamento residencial oferecidas no caso da concessão da BA 093

Quando a pessoa atingida pelo projeto não tiver direito a indenização no valor do terreno no qual reside (por exemplo, por se tratar de imóvel ocupado irregularmente), mas apenas o direito a indenização pelas benfeitorias, o concessionário deverá oferecer à pessoa atingida pelo projeto, além da opção de indenização em dinheiro apenas pelas benfeitorias, alternativas de reassentamento residencial.

A oferta dessas alternativas de reassentamento residencial é condicionada ao compromisso da pessoa atingida pelo projeto de ocupa-la por 10 anos, em regime de comodato intransferível, antes de receber efetivamente o título de propriedade.

No caso do projeto da BA 093, o próprio contrato de concessão previu no seu anexo sobre aquisição de terras e reassentamento 3 opções de reassentamento residencial que deveriam ser oferecidas pelo concessionário às pessoas atingidas pelo projeto que estivessem nas condições de elegibilidade acima descritas. Essas opções de reassentamento residencial estão previstas na Tabela 4 abaixo.

Tabela 4 - Alternativas de reassentamento residencial para pessoas que não tem direito à indenização pelos terrenos (ocupantes irregulares)			
	Dimensão	Descrição	A quem está direcionada?

Alternativa 1	Módulo básico residencial de 28,0 m ² em terreno urbanizado de 125,0 m ² .	O módulo básico residencial será constituído minimamente de quarto, banheiro e cozinha, totalizando 28,0 m ² de área construída em lote urbanizado com cerca de 125 m ² .	Solução para grupamentos familiares reduzidos, com até 05 pessoas e para famílias que privilegiem a expansão do módulo inicial por autoconstrução e que prefiram, portanto, receber um terreno maior.
Alternativa 2	Módulo básico residencial de 45,0 m ² em terreno urbanizado de 80,0 m ² .	No mínimo, terá que ter sala, 02 quartos, banheiro e cozinha, totalizando 45,0 m ² de área construída em lote urbanizado com cerca de 80 m ² .	Solução direcionada a famílias que prefiram receber um módulo básico residencial maior em detrimento de uma área de terreno menor.
Alternativa 3	Disponibilização de unidades em conjunto habitacional de interesse social	Não há pré-definição da dimensão no contrato de concessão.	Aplicar-se-ia apenas a pessoas atingidas pelo projeto que não precisem ser realocadas no curto prazo.

A escolha de uma das alternativas acima descritas ou da indenização em dinheiro apenas pelas benfeitorias deverá ser realizada pelas pessoas afetadas pelo projeto no processo de cadastramento socioeconômico.

Em relação à Alternativa 3 (disponibilização de imóvel em conjunto habitacional de interesse social), a concessionária fará pré-avaliação da demanda potencial por conjuntos habitacionais nas regiões de interesse e realizará os atos necessários a incluir as pessoas atingidas pelo projeto interessadas nas listas de beneficiários junto aos órgãos responsáveis pela produção das unidades habitacionais. Se houver custo para inclusão dos interessados nessas listas, ou custos para a aquisição dos imóveis para as pessoas atingidas pelo projeto, esse custo será da concessionária.

É condição prévia à determinação da elegibilidade da pessoa atingida pelo projeto para a Alternativa 3, a verificação dos custos projetados de moradia no conjunto habitacional *vis a vis* as condições econômicas para arcar com tais custos.

Para as pessoas atingidas pelo projeto que optem pelas Alternativas 1 e 2 acima mencionadas, o concessionário deverá disponibilizar auxílio jurídico para a

formação de cooperativa para autoconstrução por mutirão e assistência técnica para autoconstrução, por meio da disponibilização de profissionais do ramo (arquitetos, engenheiros, mestres-de-obra etc.).

O concessionário terá que divulgar o valor a preço de custo de cada uma das Alternativas 1, 2 e 3, incluindo custos do terreno, infraestrutura, projetos e aprovação e construção, não podendo acrescer qualquer sobretaxa ou valor de remuneração adicional. Em outras palavras, o concessionário não pode lucrar com as obras necessárias à atribuição dos benefícios constantes das Alternativas 1, 2 e 3.

Além disso, se os direitos indenizatórios das pessoas afetadas pelo projeto excederem ao valor a preço de custo da alternativa de reassentamento escolhida pela pessoa atingida pelo projeto, ela terá direito ao recebimento da diferença em dinheiro.

6.13. Dificuldade de coibir atividade especulativa

Um dos desafios práticos da aplicação dos Princípios do Equador a processos de desocupação e desapropriação é evitar a atividade especulativa que pode surgir de uma eventual divulgação dos benefícios a serem disponibilizados para as pessoas atingidas pelo projeto.

Essa atividade especulativa pode se manifestar por meio, por exemplo, da invasão da área a ser utilizada pelo projeto por populações que não a ocupavam antes de se tornarem públicos os eventuais benefícios a serem atribuídos às pessoas afetadas pelo projeto.

A dificuldade prática principal para evitar a especuladores é que a linha de corte entre a população atingida pelo projeto e os eventuais especuladores só pode ser traçada após cadastramento das pessoas atingidas pelo projeto.⁵⁴ Mas a própria realização do cadastramento, mesmo quando realizado com cuidados em torno da sua comunicação, muitas vezes, atrai especuladores.

Por isso, é de extrema relevância que sempre que possível o Poder Público e seus consultores realize esse cadastramento, por ocasião da realização dos estudos de viabilidade do projeto, de modo a criar linha de corte clara, que minimize as consequências da especulação.

⁵⁴ Parágrafo 12 do Padrão de Desempenho nº5.

6.14. O acompanhamento meramente formal dos Princípios do Equador pelas instituições financeiras e o falso cumprimento dos Princípios do Equador

Durante a investigação desse tema, percebemos que alguns bancos comerciais signatários dos Princípios do Equador realizam acompanhamento meramente documental do cumprimento pelos seus clientes das obrigações relativas aos Princípios do Equador.

Chamo de “acompanhamento meramente documental” o acompanhamento despreocupado com o cumprimento substancial dos Princípios do Equador e focado apenas na verificação da produção pelo financiado de documentação comprobatória da realização dos passos formais necessários ao cumprimento dos Princípios do Equador.

Essa forma de acompanhamento dá margem ao falso cumprimento dos Princípios do Equador pelos financiados e evidentemente isso modifica os custos do concessionário envolvidos nas desapropriações e desocupações que – só supostamente – seguem os Princípios do Equador.

Evidentemente, é difícil recolher informação sobre a ocorrência e sobre o impacto nos custos do concessionário do falso cumprimento dos Princípios do Equador em relação a desapropriações e desocupações.

Também é difícil prever se haverá um fortalecimento seja do regramento em torno da aplicação dos Princípios do Equador seja dos departamentos nos bancos responsáveis pela supervisão do cumprimento desses princípios pelos seus clientes.

7. À guisa de conclusão

Ao cabo dessas notas sobre a transferência da obrigação de realização de desapropriações e desocupações por concessionários, vale a pena chamar atenção para o seguinte:

- A sensibilidade política do tema das desapropriações e desocupações é tal que Estados e Municípios estão desenvolvendo regras para a concessão de benefícios às pessoas atingidas pelos projetos, apesar de, em tese, a competência para emissão de regras sobre ambos os temas ser da União. Essa concessão de benefícios por Estados e Municípios tem sido o instrumento principal de atualização das práticas de entes públicos no Brasil, no que toca a desapropriações e desocupações. Particularmente, essas regras reconhecem direitos e benefícios a populações vulneráveis e a pessoas que ocupam irregularmente áreas a serem utilizadas pelos

projetos, direitos e benefícios esses que não seriam reconhecidos em aplicação seca da legislação federal sobre o assunto;

- A sensibilidade política do tema das desapropriações e desocupações também levou órgãos multilaterais e bancos comerciais a torna-las item não financiável dos projetos de infraestrutura. A consequência disso é que desapropriações e desocupações, quando realizadas por concessionário, utilizam sempre recursos provindo dos acionistas, que é o recurso mais caro utilizado na implantação de projetos de infraestrutura. Por isso, a depender da dimensão do custo das desocupações e desapropriações *vis a vis* o custo total do investimento do projeto, elas podem ter impacto relevante no preço final do projeto ao usuário e ao Poder Público;
- A razão principal porque a obrigação de realizar desapropriações e desocupações tem sido transferida para concessionários é a eficiência de cumprimento de prazos da iniciativa privada, quando comparada à Administração Pública. À vista, contudo, dos custos adicionais e das dificuldades de realização de desapropriações e desocupações por concessionários, é preciso realizar estudo ainda que sumário de custo/benefício da transferência da obrigação de realizar desapropriações e desocupações para concessionários;
- Existem riscos em torno das desapropriações e desocupações que não são controláveis por concessionário, como, por exemplo, o risco de variação do preço de imóveis. Para maximizar a eficiência econômica da contratação, e obter a melhor relação custo/benefício para o usuário e para o Poder Público, esses riscos deveriam ser sempre atribuídos ao Poder Público;
- A realização da licitação sem conhecimento adequado da dimensão dos problemas envolvidos na realização das desapropriações e desocupações para implantação de dado projeto, pode levar à seleção adversa na licitação, isto é o participante da licitação que mais investir em conhecer sobre o tema tenderá a ter proposta menos competitiva;
- Em cenário em que diversos projetos de transportes (mobilidade urbana, ferrovias de carga, rodovias, aeroportos etc.) serão implantados por meio de contratos de concessão e PPP nos próximos anos no país, é preocupante que alguns dos primeiros projetos (entre eles a Linha 06 do Metrô de São Paulo e o trecho ferroviário entre Açailândia e Porto Vila do Conde), que supostamente serão modelo para os seguintes, estão estabelecendo regras que implicam na transferência para os concessionários de atividades e de riscos não controláveis relativos às desapropriações e desocupações. Isso tenderá a encarecer esses projetos para o usuário e para a Administração Pública. E se a prática se estabelecer e for usada em outros projetos, isso implicará que o usuário e o Poder Público pagarão mais do que é necessário para as desapropriações e desocupações em projetos de mobilidade urbana;

- Os Princípios do Equador se constituem no parâmetro mais exigente de cumprimento de obrigações sociais e ambientais para países em desenvolvimento. A aplicação dos Princípios do Equador na realização de desapropriações e desocupações no Brasil implica aumento de custo relevante dessas atividades quando comparadas à sua realização seguindo a legislação nacional, e esses custos e prazos dilatados devem ser considerados nos estudos de viabilidade de projetos de infraestrutura realizados pela Administração Pública, quando estiver claro que fatalmente os concessionários terão que seguir Princípios do Equador;
- O fato dos órgãos multilaterais e atualmente praticamente todos os grandes bancos serem signatários dos Princípios do Equador cria necessidade de concessionários seguirem as regras decorrentes dos Princípios do Equador.

Para além das notas acima, o presente artigo buscou fazer uma descrição sumária do procedimento e das compensações e benefícios a serem disponibilizados por concessionários às pessoas atingidas por projetos sob as regras dos Princípios do Equador, de modo a evidenciar que os custos e esforço de realização desapropriações e desocupações por concessionários que tenham que segui-los podem ser substancialmente mais altos que os custos e o esforço para a realização de desapropriações e desocupações seguindo as regras da legislação nacional.

Essas diferenças lamentavelmente não têm sido consideradas no processo decisório sobre a transferência da obrigação de executar as desapropriações e desocupações para concessionários. Tampouco os custos adicionais de se seguir Princípios do Equador têm sido considerados nos estudos de viabilidade dos projetos de infraestrutura em que se transferem essas obrigações para concessionários.

Parece-nos, contudo, indispensável que os consultores do Poder Público para a modelagem e estruturação de projetos de infraestrutura levantem as informações necessárias para a realização ao menos de uma análise sumária de custo/benefício sobre a transferência para concessionários da obrigação de realizar desocupações e desapropriações e caso opte-se pela transferência, os estudos de viabilidade devem considerar o custo do concessionário realizar as desapropriações e desocupações seguindo Princípios do Equador.