

## EXPLICANDO A MP 575/12 A ESPECIALISTAS E NÃO ESPECIALISTAS<sup>1</sup>

Mauricio Portugal Ribeiro<sup>2</sup>

Gabriel Galípolo<sup>3</sup>

Lucas Navarro Prado<sup>4</sup>

A publicação recente da MP 575/12 levantou uma série de dúvidas no meio jurídico e financeiro envolvido em projetos de infraestrutura sobre os seus objetivos e efeitos.

Como acompanhamos a discussão do texto dessa MP, e publicamos inclusive no período que a antecedeu artigos sobre esse tema<sup>5</sup>, achamos por bem – a par de redigirmos um trabalho mais profundo sobre esse assunto que vamos publicar em breve – publicar logo a presente nota para dar a público nossas reflexões na esperança de esclarecer alguns dos pontos mais controversos sobre o tema e fomentar o debate de outros.

Em vista da novidade da MP, corremos voluntariamente o risco de, no futuro próximo, mudarmos os nossos entendimentos em vista de análises mais aprofundadas.

### 1. Descrição do problema

Os pagamentos da Administração Pública sob a forma de contraprestação pública (isto é, após a disponibilização do serviço), às SPEs signatárias de contratos de PPP, por investimentos relevantes realizados no princípio do projeto, criavam algumas ineficiências tributárias e financeiras.

**Ineficiência financeira** porque a dilação entre os investimentos iniciais feitos pela SPE e o pagamento da contraprestação pública gerava a necessidade de remunerar esse intervalo temporal (nesse caso, com a rentabilidade equivalente a TIR de projeto), sendo que, muitas vezes, o Poder Público já tinha disponibilidade de caixa para pagar por tais investimentos desde a época da contratação da PPP.

---

<sup>1</sup> Gostaríamos de registrar o nosso agradecimento a Mario Engler Pinto Jr. e a Tacio Lacerda Gama, com quem tivemos oportunidade de discutir diversos temas tratados nessa nota. A responsabilidade por quaisquer equívocos é obviamente apenas dos autores.

<sup>2</sup> Professor de Direito da Infraestrutura da Direito-Rio, Sócio da Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados.

<sup>3</sup> Professor de Economia, da PUC-SP e Sócio da Galipolo Associados.

<sup>4</sup> Advogado especialista nos setores de infraestrutura, e Sócio da Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados.

<sup>5</sup> Entre outros, Mauricio Portugal Ribeiro & Gabriel Galípolo, Subsídio a Investimento em Concessões e PPPs, publicado, em 23/04/2012, no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps> .

Antes da MP, para reduzir a ineficiência financeira, e por conta do art. 7º da Lei de PPP, que vedava (e continua a vedar) o pagamento de *contraprestações públicas* antes da fruição dos serviços (i.e., antes da execução do investimento que precede a disponibilização dos serviços), diversos projetos de PPP passaram a prever pagamentos de contraprestações públicas elevadas nos primeiros anos de concessões ou até mesmo imediatamente após a disponibilização dos serviços, ainda que parcialmente. Ou seja, ao invés de se diluir os pagamentos ao longo da fruição dos serviços disponibilizados ou prestados ao longo da concessão, a modelagem econômico-financeira indicava que melhores resultados seriam alcançados por meio da concentração de pagamentos logo após, ou pouco tempo depois, da conclusão do investimento, ainda que parcialmente.

Da perspectiva do parceiro privado, significava a antecipação do *pay back* do negócio, reduzindo-se o risco, e diminuindo a necessidade de financiamento. Sob o ponto de vista do Poder Público, tratava-se de minimizar o comprometimento de recursos com o pagamento de contraprestações públicas, que, na soma total nominal, passava a ser um valor bastante inferior, embora concentrado no curto prazo.

Essa estratégia de antecipação do pagamento das contraprestações públicas, no entanto, gerava (ou ao menos criava um risco de interpretação pela fiscalização tributária nesse sentido<sup>6</sup>):

- a antecipação da tributação de PIS e COFINS (e de ISS, quando não houvesse isenção municipal), dado que a base de cálculo desses tributos é justamente o faturamento pelos serviços prestados; e,
- uma ineficiência tributária relevante no pagamento de IRPJ e CSLL, dado que as depreciações fiscais dos ativos apenas ocorreriam no médio e longo prazo, considerando as regras fiscais aplicáveis. No caso de obras civis, por exemplo, que costumam representar a maior parte dos investimentos em projetos de infraestrutura, essa depreciação se dá na proporção de 4% ao ano. Com o acúmulo de receita nos primeiros anos ou imediatamente após a conclusão do investimento, o lucro líquido desses exercícios fiscais se mostrava sobremaneira elevado, impondo pagamentos também elevados nesse período a título de IRPJ e CSLL.

Essas consequências tributárias — decorrentes da concentração do pagamento de contraprestações públicas nos primeiros anos ou logo após a conclusão do investimento — acabavam por eliminar parte dos ganhos financeiros pretendidos com essa concentração de pagamentos logo após a conclusão do investimento.

Além disso, verifica-se (e isso continua a acontecer mesmo após a MP 575/12) que o investimento em bens reversíveis pelo parceiro privado acaba incorrendo em uma ineficiência

---

<sup>6</sup> Já se pensou em, ao invés de ativar os investimentos, procedendo-se à sua depreciação pelas regras fiscais aplicáveis a esse instituto, tratar os investimentos como despesa e diferir sua realização para o momento em que se verificasse a receita correspondente; ou, alternativamente, diferir o reconhecimento da receita de modo que acompanhe a realização da depreciação. Isso em nome da prevalência do princípio da tributação em regime de competência. Todavia, o risco de entendimento divergente por parte das autoridades de fiscalização acabava por afastar, na prática, a aplicação concreta dessas interpretações tributariamente mais benéficas.

tributária adicional, que independe da distribuição das contraprestações públicas ao longo do tempo: trata-se do fato de que comumente o investimento não é executado pela Sociedade de Propósito Específico – SPE constituída como concessionária da PPP, mas, isto sim, por uma construtora subcontratada. Tanto a SPE quanto a construtora pagarão PIS e COFINS sobre os valores destinados à execução do investimento e, eventualmente, também poderão sofrer impacto de ISS. Logo, o investimento em si tende a custar mais caro. Isso não se mostra um problema para a União, dado que os pagamentos de PIS e COFINS, em princípio, retornam aos cofres públicos federais. Porém, para Estados e Municípios, implica, indiretamente, transferência de renda para a União.

**Diante do exposto até aqui, as Ineficiências tributárias** relacionadas ao pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP podem ser assim resumidas: (i) havendo concentração de pagamentos nos primeiros anos ou imediatamente após a conclusão dos investimentos, verifica-se a antecipação dos pagamentos a título de PIS, COFINS e ISS (supondo a ausência de isenção) e, embora por meio distinto, também de IRPJ e CSLL, dado que o lucro líquido fica também sobremaneira elevado nesse período, ensejando maior pagamento dos tributos incidentes sobre o resultado; e (ii) independentemente da distribuição de pagamentos de contraprestações públicas ao longo da concessão, a subcontratação da obra pela SPE (até por exigência dos financiadores) tende a ampliar o custo tributário da PPP.

Por isso, o foco dos esforços realizados nos últimos meses que resultaram na emissão da MP 575/12 era exatamente obter alguma desoneração desses tributos.

## **2. Soluções mapeadas antes da MP e onde elas esbarravam**

Antes da MP, para evitar as ineficiências financeira e tributárias acima mencionadas, diversos Estados e Municípios desenvolveram teses que permitiam o repasse de recursos ao parceiro privado ainda durante o período de execução dos investimentos (superando, dessa forma, a interpretação padrão do art. 7º da Lei de PPP, que supostamente não permitia tal pagamento), ou posteriormente, mas buscando a sua descaracterização como receitas da SPE para fins tributários.

Trata-se das propostas, por exemplo, de introdução de subsídios, caracterizados eventualmente como “subvenções para investimento” ao longo da fase de execução da obra, ou, alternativamente, de tratar a parcela das contraprestações públicas destinadas aos investimentos como tendo a natureza jurídica de “subvenção para investimento”, ainda que pagas posteriormente à disponibilização ou início da prestação dos serviços.

Já foram sugeridos também o uso do “ressarcimento de investimento”, *pari passu* ou após a conclusão do investimento, ou da aquisição pelo Poder Público de debêntures emitidas pela SPE.

Todas essas estratégias esbarravam em riscos jurídicos relevantes e/ou em outras ineficiências.

### 3. O que a MP 575/12 se propôs a resolver?

A parte da MP sobre os aspectos tributários se propôs a resolver o problema da antecipação dos pagamentos de tributos nos casos em houvesse a concentração de pagamentos de contraprestações públicas nos primeiros anos ou imediatamente após a execução do investimento, total ou parcialmente.

Paralelamente, permitiu que sejam feitas transferências de recursos, do Poder Público para a SPE, ao longo da fase de investimento, i.e., mesmo antes da disponibilização ou início da prestação dos serviços.

Isso significa que agora é possível eliminar parte relevante da **ineficiência financeira** acima mencionada, transferindo ou pagando valores relevantes à SPE no período de investimento ou logo após sua conclusão, sem gerar os efeitos tributários negativos (pois a incidência dos tributos se dará apenas quando da “realização dos custos dos bens reversíveis, inclusive por depreciação”).

As alterações provocadas pela MP 575 no âmbito fiscal têm, nesse sentido, consequências financeiras, pois ao permitirem (i) a concentração de transferências de recursos ou pagamentos ao longo da fase de construção ou logo após sua conclusão e (ii) que o recolhimento dos tributos seja feito apenas por ocasião da “realização dos custos dos bens” (vamos explicar melhor essa expressão abaixo), o que ocorre apenas ao longo da concessão, **geram impacto financeiro positivo no fluxo de caixa.**

### 4. Algumas características e a operacionalidade da MP

#### 4.1. A expressão “aporte de recursos”

A MP usa expressão genérica que engloba tanto os pagamentos realizados antes da disponibilização dos serviços (subsídios, subvenções, auxílios a investimentos, ou reembolso de investimentos) quanto pagamentos realizados após a disponibilização dos serviços a título de contraprestação.

A intenção disso é permitir que o benefício tributário que a MP estabelece possa ser utilizado independentemente de a que título o pagamento tenha sido definido no contrato.

A caracterização de qualquer parcela do pagamento como “aporte de recursos” requer, contudo, o cumprimento de dois requisitos:

- (a) o primeiro é um requisito formal, do qual tratamos em item abaixo: a aprovação por lei;
- (b) o segundo é um requisito material: a destinação do recurso recebido pela SPE para investimento ou para pagamento de investimento em bens reversíveis.

O primeiro requisito é meramente formal, de maneira que obtida a autorização legislativa, o tema não dá margem para grande discussão.

O segundo requisito, todavia, vai requerer esforço do Poder Concedente de definição no caso base, utilizado para modelagem do projeto pelo Governo, de quanto da contraprestação (e em que cronograma) está voltada para pagamento de investimento realizado em bens reversíveis. Será preciso também ter regras de como isso será aplicado à modelagem final do projeto apresentada, como parte da proposta, do proponente vencedor da licitação.

A conveniência de caracterização da contraprestação como “aporte de recursos”, para obtenção dos benefícios tributários previstos na MP 575/12, deve ser ponderada caso a caso pelo Poder Concedente a vista dos benefícios potenciais (que serão provavelmente benefícios financeiros) que a aplicação do mecanismo previsto na MP pode gerar.

Creemos que, na prática, o que fará sentido será caracterizar contraprestações como aporte de recursos nos casos em que os pagamentos de montantes mais altos da contraprestação estejam concentrados nos primeiros anos de operação do projeto (isto é em prazo mais curto que o da depreciação dos bens reversíveis objeto dos investimentos da SPE).

#### **4.2. A exigência de autorização legislativa**

A autorização legislativa (do Poder Concedente) é exigida para acesso ao benefício tributário. Portanto, mesmo que o pagamento do aporte de recursos seja feito sob a forma de contraprestação, para que o benefício tributário seja aplicável, será necessária a autorização legislativa.

O nosso entendimento é que os projetos podem ser licitados sem essa autorização legislativa, que deve ser obtida antes da assinatura do contrato. Neste caso, evidentemente o contrato deverá reger como será realizado a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso o benefício tributário seja obtido após a licitação.

#### **4.3. A proibição de antecipação de pagamento**

A MP estabelece que os pagamentos antes da disponibilização do serviço devem ser realizados de forma proporcional ao investimento.

Uma vez que não há exigência de sincronicidade entre o pagamento e o investimento, o objetivo desse dispositivo parece ser apenas evitar a antecipação de pagamentos (pagamentos antes da realização dos investimentos).

#### **4.4. Realização dos bens**

O §4º, do art. 7º diz que:

§ 4º A parcela excluída nos termos do § 3º deverá ser computada na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, na proporção em que o custo para a construção ou aquisição de bens a que se refere o § 2º for realizado, inclusive mediante depreciação ou extinção da concessão, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995."

Esse é o dispositivo que mais dúvidas tem gerado na interpretação da MP. Alguns estão achando que se trata de mero erro, ou que a MP “tirou com uma mão o que deu com outra”.

Contudo, esse é exatamente o dispositivo que criou a equivalência tributária pretendida pela MP entre um pagamento de “aporte de recursos” no período de investimento do projeto, ou a realização do pagamento diluído ao longo da operação do projeto.

Esse dispositivo exige que seja incluído na base de cálculo dos tributos o valor equivalente ao “aporte de recursos” na proporção em que os custos de investimento forem “realizados”.

O reconhecimento da tributação proporcional à realização do custo – que pode ser feita, por exemplo, por depreciação. – é exatamente o que permite que os tributos sejam pagos *pari passu* ao reconhecimento dos custos, gerando, assim, o efeito de neutralidade tributária que já mencionamos acima.

##### **5. Como fica da perspectiva contábil?**

Não é nova a percepção que a manutenção das regras fiscais em face das mudanças de regras contábeis ocorridas nos últimos anos cria a necessidade de tratar separadamente os aspectos tributários dos aspectos exclusivamente contábeis. Até que a Receita Federal termine o processo de transição das regras fiscais, diversas empresas estão fazendo e aprovando dois balanços e demonstrações financeiras, um para efeito fiscal e outro para efeito meramente contábil.

Nesse contexto, o que se pode dizer é que a MP manteve essa separação entre os aspectos fiscais e os contábeis. Seu impacto não atinge as regulamentações contábeis para as SPEs concessionárias de PPPs.

Isso quer dizer que, por um lado, os investimentos da SPE para construção, melhoria, ou fornecimento de equipamentos necessários à prestação do serviço devem ser ativados em seu balanço “societário” como ativo intangível ou financeiro, uma vez que tais investimentos são feitos na expectativa das receitas a serem geradas para a SPE pela exploração do projeto. A divisão, portanto, da remuneração do concessionário em ativos financeiro e intangível se dá em função da divisão entre as receitas tarifárias (que dependem da utilização dos usuários) e a remuneração a qual o concessionário tem o direito contratual incondicional de receber pelos investimentos realizados, representados pelas contraprestações e, após a MP, também pelos aportes de recursos. Essa remuneração, do ponto de vista contábil, implica em amortização do ativo financeiro mencionado acima.