

Aspectos Destacados da Fiscalização das PPPs pelos Órgãos de Controle Externo¹

Marcelo Henrique Pereira

Mestre em Ciência Jurídica, Advogado, Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas de Santa Catarina, Professor Universitário (Graduação e Pós).

SUMÁRIO: 1 Parceria público-privada (PPP); 1.1 PPP: conceito, pressupostos e origem; 1.2 Utilização e aplicabilidade da PPP; 1.3 Contrato de PPP; 1.4 Esquema operacional de uma PPP; 1.5 Panorama legal: conexões com a Lei Licitatória, a Lei de Concessões Públicas e a Lei de Responsabilidade Fiscal; 2 PPP à brasileira; 2.1 Caracterização do modelo jurídico-legal de PPP à brasileira; 2.2 Variantes jurídicas e instrumentais; 2.3 A prestação de serviços públicos via PPP; 2.4 Aportes de recursos públicos e privados; 3 A fiscalização das PPPs pelos órgãos de controle externo; 3.1 Sistema de fiscalização dos TCs: generalidades e operacionalidade; 3.2 Novas atribuições ao sistema; 3.3 Auditoria de gestão e PPPs; 3.4 Casos concretos e perspectivas dos projetos de PPPs no Brasil; Considerações finais.

RESUMO

Conhecidas mundialmente pela sigla PPP, em alusão ao acrônimo inglês de *public private partnership*, as parcerias entre os setores público e privado vêm ganhando espaço e força no mundo contemporâneo, como forma de viabilizar a implantação, dentre outros, de projetos de infra-estrutura básica, sendo uma forma de expressão, inclusive, da chamada responsabilidade social atribuída ao capital privado.

A atualidade do tema e a conjuntura brasileira importam na projeção da utilização das PPPs para contemplar projetos específicos nas áreas de saúde (como hospitais), de esportes (como os estádios poliesportivos), assim como de educação (como prédios escolares) e uma infinidade de outras áreas destinadas ao bem-estar da comunidade.

1 Artigo produzido pelo autor em decorrência de estudos para palestra proferida em João Pessoa – PB, em 24.11.2004, no XIV Congresso da Fenastc – Federação Nacional das Associações de Servidores dos Tribunais de Contas do Brasil.

Considera-se a PPP como uma estrutura atrativa, tanto pela prioridade do órgão governamental em regulamentar a operacionalidade de novas obras/serviços/atividades públicos, quanto pela oportunidade e urgência que o país espera em relação à sua implementação, sobretudo pela geração de emprego e reativação da economia.

A tendência legislativa, assim, aponta para a estabilidade de um marco regulatório, calcado na aplicação consistente, ao longo do tempo, de regras básicas de forma a assegurar que se possa planejar a atividade e prever resultados futuros e, em paralelo, que se possa garantir o cumprimento dos princípios constitucionais e legais afetos à administração pública e, ainda, o respeito à responsabilidade fiscal. Esse marco advém da edição da Lei Federal nº 11.079, de 30.12.2004, redefinindo a forma de relacionamento entre Estado e empresa privada, para fins de prestação de serviços públicos.

Desse modo, o presente trabalho é estruturado de forma a contemplar, inicialmente, a configuração técnico-jurídica da PPP, com foco em países nos quais a mesma tem sido freqüentemente adotada e tem obtido resultados satisfatórios, motivo que ensejou a cogitação de sua instituição no cenário nacional.

Na segunda parte, analisar-se-á *criticamente* o conteúdo da proposta governamental e as críticas de especialistas e da oposição no que pertine às “brechas” ou aos pontos falhos que poderiam comprometer sua execução e operacionalidade, com reflexo negativo nos resultados de gestão.

Ao final, com maior ênfase, será procedido amplo e circunstanciado estudo quanto à fiscalização das PPPs pelos órgãos de controle externo, notadamente em relação ao atual sistema de controle, sua jurisdição e competências, projetando-se a “Auditoria de Gestão e PPPs”, em face das novas atribuições jurídico-legais, destacando-se métodos e procedimentos de auditoria e julgamento, com impacto direto na apreciação das contas públicas.

1 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

1.1 PPP: conceito, pressupostos e origem

Generalidades

A vida em constante mudança não é uma característica apenas individual ou privada de nosso cotidiano. É certo que o conjunto maior, o plano social, também experimenta mutações, muitas das quais são egressas e originárias do próprio conjunto de pequenas mudanças no panorama particular dos seres inteligentes.

O direito, *mutatis mutandis*, também apropria as revoluções da sociedade, calcadas nos costumes, nas leis materiais e morais que vinculam os

relacionamentos humanos e os liames sociojurídicos, desembocando em legislações e manifestos judiciais mais conformes à expectativa dos membros de uma dada coletividade.

Há quem diga, como Marques, que vem ocorrendo a substituição “[...] do modelo imediatista da compra e venda para um modelo duradouro da relação contratual, da substituição, da terceirização, das parcerias fluidas e das privatizações, de relações meramente privadas para as relações particulares de iminente interesse social ou público”.

Nesse sentido, o direito administrativo tem sido um dos ramos da ciência jurídica que mais tem evoluído nos últimos tempos. A modernidade de gestão e a busca pela eficiência na prestação dos chamados serviços públicos (guindada a princípio constitucional federal), direcionou legisladores, administradores e julgadores a reestruturar o modelo estatal. O direito público, por seu turno, aproximou-se do direito privado, dados os fenômenos de descentralização administrativa, as terceirizações, concessões, permissões, autorizações, bem como as crescentes parcerias entre setor público e iniciativa privada.

Tal multiplicação de parcerias – fusões, incorporações, *joint-ventures* e outros novos grupos societários – geraram a substituição da concorrência (e da competição simples) pela parceria, a ponto de Wald (2004) afirmar que “[...] O espírito da parceria modificou profundamente as relações entre as partes, multiplicando-se o mesmo entre o Estado e as empresas privadas, entre fornecedores, uns com os outros ou com consumidores, entre empresas de países distintos, entre distribuidores de mercadorias, entre instituições de fim lucrativo e outras sem essa finalidade”.

Alguns autores apresentam modalidades distintas de iniciativas que envolvem parcerias entre os poderes públicos e a iniciativa privada, seja por enquadrarem um maior/menor comprometimento dos recursos públicos, seja por significarem uma maior/menor atuação do setor público na execução de obras/serviços/atividades.

Assim, ter-se-ia:

- a) Compra direta ou terceirizada (de produtos/serviços) – regra geral brasileira: licitação;
- b) Criação de entes estatais (notadamente privados): empresas públicas (BNDES) ou sociedades de economia mista (PETROBRAS);
- c) Contratação de entes privados (via concessão, permissão ou autorização), para o exercício de atividades públicas;
- d) Transferência de atividade própria, com garantia e atratividade (modelo de PPP);

- e) *Project finance*² (transferência de atividade auto-sustentável, com viabilidade econômica própria);³
- f) Transferência de ativos ao setor privado (por desinteresse, estratégia ou novo marco regulatório), mantendo o compromisso em relação aos resultados da operação (privatizações).

Conceito

As Parcerias Público-Privadas⁴ (PPPs), assim, encaixam-se nesse novo molde gerencial da Administração Pública brasileira, conceituadas legalmente como “[...] mecanismos de colaboração entre Estado e agentes do setor privado, remunerados segundo critérios de desempenho em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados”.⁵

Constituem uma modalidade de *vínculo jurídico* entre *entidades públicas e privadas*, que assumem conjuntamente a *realização de empreendimentos, serviços ou atividades de interesse público* – excluindo-se as atividades privativas do Estado – com *compartilhamento de riscos e financiamento privado com garantias estatais*.⁶ São um modelo alternativo à política de privatizações.

Nelas, o financiamento e a responsabilidade pelo investimento inicial pertencem ao setor privado (não mais com o Estado ou com a empresa pública). Concluída a obra, o serviço público será prestado pela empresa com recursos próprios e com certa liberdade de ação, presentes certas garantias financeiras do Estado. Assim, a iniciativa privada viabiliza oportunidades

-
- 2 É a “Implantação de um empreendimento, como uma unidade econômica com fins específicos (*Special Purpose Company*), na qual os emprestadores se baseiam, como fonte para repagamento de seus empréstimos, nos ganhos econômicos e financeiros do empreendimento pelo conceito de fluxo de caixa”. (Moreira, 2004) Em outros termos, “[...] é uma estrutura de financiamento baseada na atratividade de um projeto específico e não na análise de crédito de uma corporação em seu todo, como os denominados *corporate finance*. Isso significa que quando os credores decidem financiar um *project finance*, eles se baseiam na capacidade do projeto gerar recursos que garantam o pagamento e remuneração de seu capital, independentemente dos outros fluxos que compõem o balanço das empresas empreendedoras do projeto. Para tanto, cria-se a figura de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), capaz de representar o projeto como entidade”. (VIEIRA et al., 2004)
 - 3 Representa uma forma de engenharia financeira voltada à “[...] realização de um fluxo de caixa previsível ou estipulado, calcado nos ativos do próprio projeto, com baixa ou nenhuma solidariedade dos patrocinadores, cabendo às partes identificar e tentar mitigar os riscos previsíveis. O seu ideal de aplicação é nas atividades de serviço público com retorno viável e monopólio legal ou natural (energia, telecomunicações, etc.)”. (PASIN; BORGES, 2003) Não há transferência de ativos (como no PPP), buscando-se uma melhor gestão dos ativos públicos por meio de parceiros privados, otimizando-se os desembolsos orçamentários. O *Project Finance* exige a equivalência entre os participantes, seguindo normas de direito privado (equivalência contratual).
 - 4 Do inglês, *Public Private Partnership*.
 - 5 É a redação da Lei Estadual nº 11.688/2004, que instituiu o Programa Parceria Público-Privada, para facilitar a mobilização de investimentos privados em projetos de interesse público, em especial aqueles já previstos no Plano Plurianual (PPA) do Governo Estadual.
 - 6 Mencionam-se, entre tais garantias, o pagamento de tarifas e a rentabilidade do setor privado.

de lucro com base na margem de segurança oferecida pela Administração Pública.

Origem

Sua implementação originária data do ano de 1980, na Inglaterra de Margaret Thatcher, reformulada, a partir de 1992, para as *Private Finance Initiative* (PFI), dando ênfase para o financiamento de projetos para a construção de obras e para a administração de serviços públicos.⁷

Constituiu-se, com a seqüência temporal, em uma das reformas mais intensamente apoiadas por instituições financeiras multilaterais como o FMI,⁸ o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Pressupostos

Consideram-se como pressupostos da PPP, em dois blocos distintos:

Setor público

- * Poder concedente: administração direta, com alta necessidade de investimento e participando como tutora do empreendimento;
- * Regras de contingenciamento orçamentário;
- * Disponibilidade futura de recursos;
- * Redução dos riscos de mercado (presentes em operações comuns de contratação).

Setor privado

- * Recursos próprios ou capacidade de endividamento;
- * Formação de fundos;
- * Pouca disponibilidade para assunção de riscos em infra-estrutura;
- * Tecnologia (nova e “de ponta”);
- * Disposição para a execução de obras públicas.

Para Bonelli (2004) a motivação para o novo modelo é a instituição de “[...] uma nova metodologia de contratação pública, com regras jurídicas

7 Estima-se que muitos países desenvolvidos ou emergentes utilizem total ou parcialmente o modelo. Entre os principais estão: Alemanha, Austrália, África do Sul, Canadá, Espanha, Portugal, Holanda, Itália, Irlanda e Japão.

8 Especificamente em relação ao FMI, o “Documento de Assistência ao Brasil 2004-2007” é explícito em ressaltar a importância da instituição das PPPs no país. Isso sem considerar que tanto a Carta de Intenções (de 21.11.2003) como o documento do “Primeiro Empréstimo para o Crescimento Equitativo e Sustentável”, oferecido pelo FMI ao Brasil (19.02.2004), mencionam a política de PPPs.

destinadas a otimizar a participação do setor privado e a garantir os investimentos realizados nos projetos”.

1.2 Utilização e aplicabilidade da PPP

A PPP configura-se como uma promessa de realização de diretrizes básicas e previstas, com a menor onerosidade do Poder Estatal, gozando também de uma maior eficiência,⁹ fazendo com que os serviços e as obras anteriormente prestadas pelo Estado, que criavam uma onerosidade excessiva e na maioria das vezes eram realizados de forma não totalmente satisfatória, venham agora a ser impecavelmente realizados, evitando gastos para o Poder Público e, ao mesmo tempo, incentivando a iniciativa privada, por meio do lucrativo investimento a ser realizado.

Objeto: criação ou a manutenção *lato sensu* de infra-estrutura pública, a prestação de serviços públicos, bem como a exploração de bens materiais.

Vedação: à simples terceirização de mão-de-obra e prestações isoladas, verificando-se um caráter de necessária continuidade das prestações contratadas.

Princípios aplicáveis: a eficiência na realização dos empreendimentos contratados, o respeito aos destinatários dos serviços contratados e à entidade prestadora, a indisponibilidade das funções privativas do Estado, a universalização do acesso aos bens e serviços essenciais, publicidade e transparência dos empreendimentos realizados. Tudo em consonância com as responsabilidades fiscal,¹⁰ social e ambiental, e a obediência aos ditames atinentes às licitações, devendo, para o alcance de tais fins, haver o planejamento adequado, definindo as prioridades do serviço, este que será permanentemente acompanhado e avaliado, buscando-se a satisfação do primeiro princípio enumerado.

Requisitos condicionadores:

- Efetivo interesse público;
- Prioridade e essencialidade da execução do serviço ou obra;
- Demonstração técnica da viabilidade, por meio da apresentação das metas perseguidas, dos prazos de execução do projeto e da amortização do capital investido, bem como os critérios de fiscalização a serem utilizados, a viabilidade e a capacidade de se aferir as vantagens e os fins pretendidos pelo projeto, com a qualidade esperada;

9 Referida eficiência pode ser mensurada pela incorporação de técnicas de gestão mais flexíveis e pela utilização de insumos ou tecnologias antes indisponíveis ou inacessíveis ao setor público.

10 Bloqueando o endividamento excessivo do Estado.

- Demonstração da necessidade, importância e do valor do serviço em relação ao objeto executado.

Outras balizas: A aprovação do projeto de cada PPP condiciona-se diretamente à apresentação da estimativa de impacto financeiro-orçamentário, à demonstração da origem dos recursos para custeio da parcela e à comprovação da compatibilidade do objeto da parceria com a Lei Orçamentária Anual (LOA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual (PPA). (Bugalho, 2004)

Áreas-objeto: obras/serviços, como rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, transporte urbano, saneamento e tratamento de esgotos, irrigação, geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, petróleo e gás, construção de prédios públicos, unidades prisionais, habitação, escolas, hospitais, centros de convenções, etc.

Definição de marcos regulatórios:

O marco regulatório bem ajustado e aprovado pelo Congresso Nacional é de importância crucial para o projeto PP. Isso já vem ocorrendo nos setores elétrico e de minas e energia.

Antes da definição, contudo, é primordial que os governos montem carteiras atraentes de projetos de parcerias, instrumentalizem seus conselhos gestores, adotando um planejamento estratégico de investimento estatal.

Bonelli (2004) sentencia que “A importância de um ambiente regulatório estável é reconhecida pelo próprio governo federal, que menciona expressamente na carteira de projetos federais a necessidade de definir os marcos regulatórios e reforçar o papel das agências reguladoras para que o ambiente necessário à retomada dos investimentos nos vários setores possa ser complementado. Apesar disso, o atual contexto regulatório apresenta uma configuração distante da ideal, que tende a se agravar com o projeto de lei, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, que redefine a atuação e a concepção das agências reguladoras no Brasil.

No entendimento do mercado, a definição clara de marcos regulatórios contribuiria de forma significativa para o fortalecimento e a consolidação do sistema de infra-estrutura necessário para a diminuição do denominado ‘risco-país’. Do mesmo modo, a aplicação das disposições legais sobre PPP dependerá muito do ambiente regulatório das respectivas áreas afetadas”.¹¹

11 Em complemento, ele mesmo sentencia: “Muito mais do que regular é necessário criar soluções competitivas para o mercado de infra-estrutura, a fim de se evitar o chamado insucesso regulatório. A falta de investimentos privados pode seguramente perpetuar uma estagnação do desenvolvimento dos serviços de infra-estrutura. Ora, uma vez que esses recursos são advindos da iniciativa privada, a regulação deve permitir ao investidor uma visão de longo prazo de seus investimentos. Portanto, para que haja sucesso nas PPPs, a regulamentação setorial, a atuação forte das agências reguladoras e a continuidade das políticas nacionais que buscam aprimorar o ambiente regulatório são imprescindíveis”. (Bonelli, 2004)

1.3 Contrato de PPP

O contrato de PPP é o instrumento administrativo de pactuação relativo a obras, serviços e atividades de interesse público, cuja responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao ente privado, a viabilidade econômico-financeira do empreendimento depende de um fluxo de receitas (total ou parcialmente proveniente do setor público).

Acha-se sujeito às normas do direito administrativo concernentes à concessão, à permissão e às licitações, no que couber.

Além das diretrizes comuns a todos os contratos, a PPP deverá prever as metas e os resultados a serem atingidos, bem como a estimativa de prazos e gastos para o alcance de tais resultados. Serão também objetos de determinação contratual as formas e os critérios objetivos de avaliação de desempenho, a forma de remuneração, bem como o prazo para amortização dos investimentos efetuados pelo ente privado. Oportuno prever-se, no contrato, cláusulas prevendo a obrigação do contratado de obter recursos financeiros e sujeição aos riscos do negócio, bem como a possibilidade de término do contrato pelo montante financeiro retornado ao investimento realizado. O contrato deverá conter a identificação dos gestores responsáveis pela execução e fiscalização do projeto contratado.

Licitação: particularmente, somos guindados a raciocinar que a modalidade mais adequada para a realização de certames licitatórios para PPPs seja a do pregão,¹² com o tipo melhor técnica e preço no qual, além da apreciação das ofertas de melhores valores diferidos alocados ao projeto em troca do melhor serviço para o usuário e o menor custo para o Estado, sejam aferidas outras vantagens, como o acesso a novas tecnologias. Veja-se, inclusive, a opção dada pelo legislador (art. 12, III, a e b, da nova lei) para a entrega de propostas em envelopes lacrados ou propostas escritas seguidas de lances de viva voz.

Penalidades e foro: em regra, alguns contratos têm previsto a incidência de multa de 2% e de juros legais, de acordo com a taxa de cálculo da mora dos impostos da Fazenda Estadual por inadimplência, bem como os mecanismos amigáveis de solução de litígios contratuais.

Remuneração do contrato: isolada ou conjuntamente, as fontes: I – Tarifas cobradas dos usuários; II – Pagamento com recursos orçamentários; III – Cessão de créditos do Estado, com exceção àqueles relativos a impostos; IV – Cessão de direitos de exploração de bens materiais ou imateriais; V – Transferência de bens; VI – Títulos da dívida pública; e VII – Outras receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos correlatos.

12 Trata-se, pois, de um “novo” pregão, distinto daquele firmado pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, tendo em vista as características que o PL 2.546/2003 apresenta: 1. edital convocatório; 2. pré-qualificação; 3. apresentação e classificação das propostas técnicas; 4. apresentação e classificação das propostas econômicas; e 5. apresentação de novas e sucessivas propostas econômicas até a declaração do vencedor.

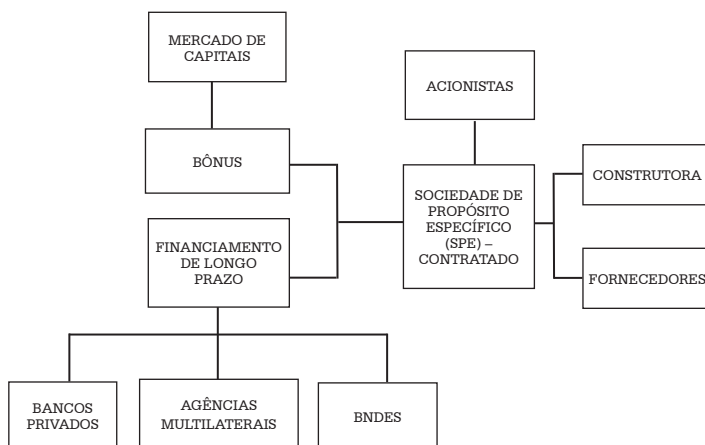
1.4 Esquema operacional de uma PPP

Os especialistas na matéria convencionam a existência de duas alternativas possíveis para a implantação das PPPs no Brasil: constituindo-se SPEs (Sociedades de Propósito Específico)¹³ ou consórcios. Em qualquer das hipóteses será necessário aferir o *quantum* de poder de decisão da entidade privada na definição/execução do projeto de PPP.

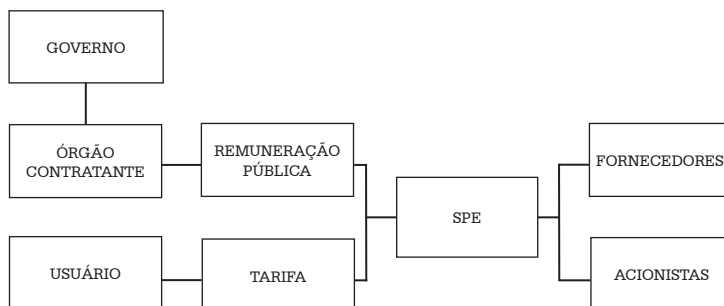
A participação de entidades públicas (empresas ou sociedades de economia mista) no capital privado depende de autorização legislativa específica.

Veja-se, a propósito, os seguintes esquemas (Gomes, 2004):

ESQUEMA DE FINANCIAMENTO DA PPP



MODELO DE REMUNERAÇÃO DE PPP



13 Referidas SPEs podem acessar os mercados financeiros e de capitais, permitindo avanços num *locus* de esgotamento da capacidade de investimento/endividamento do setor público.

Na definição do modelo, figurarão:

Projeto Técnico:

Concepção;

Características;

Dimensionamento.

Aspectos Econômico-Financeiros:

Orçamento;

Uso & Fontes;

Viabilidade e atratividade empresarial.

Aspectos Jurídicos:

Característica da parceria (cláusulas, garantias);

Implementação (edital, negociações, contratação)

Órgão Gestor Colegiado:

Atribuições: fixação dos procedimentos para a contratação; definição das atividades, obras ou serviços;¹⁴ e autorização para abertura do procedimento licitatório especial.

Exemplo Paulista:

Lei Estadual nº 11.688/2004, de 19.05.2004.

Conselho Gestor: composto, necessariamente, pelo Secretário Chefe da Casa-Civil, Secretário da Fazenda, Secretário da Economia e Planejamento, Secretário da Ciência e Tecnologia, Procurador-Geral do Estado e mais três membros livremente indicados pelo Governador do Estado. Dentre todos esses membros, o Governador escolherá, discricionariamente, o Presidente do Conselho Gestor, bem como seus substitutos.

Exemplo Catarinense

Lei Estadual nº 12.930/2004, de 04.02.2004,¹⁵ órgão gestor composto por: 5 Secretários de Estado (Casa Civil; Fazenda; Planejamento, Orçamento e Gestão; Infra-Estrutura; e Desenvolvimento Social, Urbano e Meio Ambiente), mais o Procurador-Geral do Estado, o Consultor-Geral do Estado e até 3 membros de livre escolha do Governador).

14 Preferencialmente após consulta pública.

15 Regulamentada pelo Decreto Estadual nº 1.932/2004, de 14.06.2004.

1.5 Panorama legal: conexões com a Lei Licitatória, a Lei de Concessões Públicas e a Lei de Responsabilidade Fiscal

O novo marco a ser implementado pelas PPPs rompe com alguns paradigmas estabelecidos pela legislação vigente, havendo a necessidade de interpretação cominada com dispositivos de leis esparsas ou, como no caso da Lei brasileira, a autorização expressa para a introdução de um novo *modus operandi* no que tange aos procedimentos de licitação, contratação e endividamento públicos.

Segundo especialistas do Governo, o marco legal converte-se em uma lei geral (de aplicabilidade estendida a Estados e Municípios – mesmo que alguns desses já tenham a sua lei local sobre PPPs), estabelecendo-se um novo procedimento de contratação em que se justifique a parceria, em detrimento de outras modalidades contratuais, já contempladas na legislação em curso. Procurou-se, assim, viabilizar um tipo de contratação que observasse rigorosamente as premissas legais contidas na Lei de Contabilidade Pública e na Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo.

Amarras legais existentes (que, necessariamente, terão de ser equacionadas):

Constituição Federal (e legislação complementar) – estipula limitações às operações de crédito com o setor público;

Concessões Públicas – a Lei Federal nº 8.987/1995¹⁶ visa exclusivamente a concessão de projetos auto-sustentáveis;

Licitações – a Lei Federal nº 8.666/1993 limita em cinco anos o contrato com o ente privado; e

Lei de Responsabilidade Fiscal – estabelece limites para a despesa pública.

Como molde inspirador, a nova modalidade contratual, via PPP, haverá de privilegiar a observância dos basilares preceitos administrativos vigentes, como legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade administrativas, sem descurar da análise se tais atos não configuram os tipos penais contidos na Lei de Improbidade Administrativa,¹⁷ em razão da execução contratual, vedando-se, eventualmente, algumas espécies de negócios capazes de representarem ser lesivos ao erário e à sociedade.

16 Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Veja-se, ainda, o que prescreve a Lei Federal nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

17 Lei Federal nº 8.429/1992.

2 PPP À BRASILEIRA

2.2 Caracterização do modelo jurídico-legal de PPP à brasileira

Inicialmente, é relevante dizer-se que algumas práticas usuais, no curso do tempo, em nosso País, assemelham-se ao modelo de PPP atualmente articulado e proximamente vigente. São exemplos as entidades de assistência social, educação, os orfanatos e cemitérios, administrados por entidades de natureza religiosa. Também aquelas instituições de caráter filantrópico, como as APAEs, que recebem subvenções e pactuam convênios. Igualmente, operações como as da Usina Hidroelétrica de Itaipu (parceria internacional) e a de Machadinho (arrendamento x contrato de garantia firme de compra de energia),¹⁸ bem como os diversos projetos de financiamento de universidades privadas.

Recentemente, encontramos variantes de PPPs em Mato Grosso, na recuperação de rodovias com a participação financeira de grandes agricultores, com máquinas e insumos estatais, interessados no escoamento das safras. Igualmente Minas Gerais e Bahia têm envidado estudos e experimentos na adoção de programas similares de gerenciamento de malhas viárias. No Paraná, são os presídios que vislumbraram a prestação terceirizada de serviços administrativos, com repercussão na melhoria do processamento do cumprimento penal, sendo repetidas na Bahia e no Ceará, por experimento.

Em outubro/2003, o projeto governamental foi colocado para consulta pública no *site* do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com ampla cobertura do meio jornalístico de tal fato, e as repercussões positivas e negativas, com a análise de especialistas em periódicos de circulação regional/nacional.

Tomando-se por base a lei recentemente aprovada,¹⁹ a proposta de PPP (“modelo brasileiro”), que visou em suma delimitar o objeto, os critérios para sua utilização, sua remuneração, as garantias e a forma de licitação a ser adotada, apresenta as seguintes características fundamentais:²⁰

1. Configuração como procedimento licitatório e contratual (art. 1º), aplicável à administração pública direta/indireta dos diversos entes federativos;
2. Diretrizes (art. 4º): *eficiência* (cumprimento de missões estatais e emprego de recursos públicos); *respeito aos interesses dos destinatários dos serviços (usuários) e dos entes privados executores*; *indelegabilidade* de funções (*regulação*, *jurisdicional* e *poder de polícia*); *res-*

18 Conhecidos como *Power Purchase Agreement*.

19 Lei Federal nº 11.079, de 30.12.2004.

20 A lei catarinense repete os dispositivos do PL Federal.

ponsabilidade fiscal (celebração de pactos e execução das parcerias); *transparência* (procedimentos/decisões); *repartição objetiva de riscos* (conforme a capacidade dos partícipes);²¹ e *sustentabilidade* financeira e vantagens socioeconômicas do projeto de parceria;

3. Objeto (art. 2º): *prestação/exploração de serviço público* (precedido ou não de obra pública) – total ou parcialmente; *desempenho de atividade de competência da administração*; *execução de obra* (para a administração Ou para alienação/locação/arrendamento à administração). Há uma dicotomia legal para as modalidades patrocinada e administrativa. A primeira envolve a existência de contraprestação financeira da Administração Pública paralelamente à cobrança de tarifa dos usuários e a segunda terá a administração como usuária direta ou indireta. Assim, quanto à remuneração do contrato, tal pode ser arcada integralmente pelo poder público, ou este pode oferecer ao parceiro privado contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário;

4. Propriedade de obra (bem) – pertencerá à Administração Pública que contratou a sua execução pelo regime parceiro;

5. Prazo contratual (art. 5º, I) – limitação a 35 (trinta e cinco) anos, com vigência compatível à amortização dos investimentos realizados;

6. Contraprestação da administração (art. 6º) – dinheiro (ordem bancária), cessão de créditos não-tributários, outorga de direitos e outros meios, reajustáveis periodicamente, conforme edital; além disso, remuneração variável vinculada ao desempenho na execução do contrato;

7. Garantias da administração (art. 8º) – autorizadas pela lei, para cumprimento de obrigações. Entendemos, ainda, deva ser observado o disposto no art. 40 da LRF;

8. Vinculação de recursos (art. 8º, I) – permitida para o cumprimento de obrigações contratuais, ou instituição/utilização de fundos especiais (desde que previstos em lei específica);

9. Criação de fundos especiais às PPPs, bem como do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas²² (arts. 8º, II e 16);²³

21 O modelo governamental tutela o risco da atividade a ser empreendida, o qual será compartilhado entre a Administração (responsável pelas garantias) e o parceiro privado (a quem cabe a execução, o investimento e financiamento inicial).

22 Que poderá ser integralizado com recursos públicos, por meio de dotações orçamentárias e créditos adicionais, transferência de ativos não-financeiros (ações de companhias estatais ou controladas pela administração pública, por exemplo) e transferência de bens móveis/imóveis.

23 Nesse caso, o limite de participação econômico-financeira da União é de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais).

10. Licitação (art. 10) – modalidade concorrência, com pré-qualificação. O vencedor, ainda, terá que constituir sociedade de propósito específico (art. 9º) para implantar ou gerir seu objeto;

11. Critérios Licitatórios (art. 12, II): menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública e melhor proposta em razão da combinação do critério anterior com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital, além daqueles previstos na Lei de Concessões.²⁴

In fine, pode-se dizer que a Lei da PPP não obriga a contratação por esse “modelo”, muito menos a concessão de serviço público. Deve ser encarada, isto sim, como um caminho (dentre todos os possíveis) que admite a participação do setor privado em novas áreas de investimento em infra-estrutura, a par de recuperar a capacidade de investimento das concessionárias públicas, que terá melhores condições de planejamento e captação de investimentos.

2.2 Variantes jurídicas e instrumentais

O grande foco do projeto é o debate na linha jurídica, principalmente no que tange à maior/menor liberalidade do ente privado parceiro na execução de obras/serviços e na fixação de tarifas ou na remuneração com recursos públicos. Todavia, o equacionamento do tema PPP extravasa as definições legais, em razão da diversidade de tópicos culturais e financeiros que norteiam a gestão administrativa brasileira, bem como para a transparência da atuação das fontes de financiamento para tais investimentos.

Os critérios legais apontam para:

1. Valor: contratos de valores superiores a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
2. Validade: 5 (cinco) a 35 (trinta e cinco) anos e, nesse sentido, quanto maior o período, maior a diluição do investimento (remuneração) da obra/serviço, reduzindo a carga tributária;²⁵
3. Propriedade: reversão da propriedade de obras e bens móveis/imóveis para a administração pública, no término ou na extinção antecipada do contrato;
4. Garantias contratuais: por parte do Estado, desde a vinculação de receitas (para remuneração acessória às tarifas cobradas dos

24 Art. 15, I e V, da Lei Federal nº 8.987/1995: menor valor da tarifa do serviço público e melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica.

25 Nesse particular, pode-se comparar o modelo da PPP com o da execução de uma obra pública, no padrão convencional que, em alguns casos, gera tarifas altas e/ou importa na instituição da “impopular” contribuição de melhoria.

usuários) até a instituição de fundos especiais, seguros e subscrição/aquisição de quotas em fundos fiduciários, sem esquecer da atualização automática dos valores contratados.

Como apregoa Pinto (2004), “A atratividade de um projeto PPP não se resume (e nem deveria se resumir) à questão de remuneração do capital investido, muito embora este seja um aspecto fundamental que não pode ser ignorado. A atratividade de um projeto a ser implementado mediante estruturas de PPP se baseia, de um lado, na prioridade que a entidade governamental atribui a ele e na oportunidade e urgência em sua implementação. É claro que não podemos esquecer que esses projetos são geradores de emprego e ativadores da atividade econômica de qualquer País”.

O órgão gestor terá como atribuições a definição de atividades, obras e serviços prioritários, estabelecendo princípios e regras licitatórias e contratuais, regulamentando, no caso concreto, a Lei da PPP.

2.3 A prestação de serviços públicos via PPP

Brasil: Projeção Técnico-Instrumental de PPPs por Áreas

Assim sendo, com a implementação do modelo gerencial da PPP, devem ser atendidos os seguintes setores:

1. Transportes (rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, complexos logísticos);
2. Energia (petróleo e gás; distribuição, transmissão e geração de energia elétrica);
3. Saneamento básico (captação, tratamento e distribuição de água potável; coleta, tratamento e afastamento de esgotos sanitários e de resíduos sólidos);
4. Habitação (inviável pelo sistema de concessões públicas);
5. Recursos hídricos (captação e adução de água; irrigação);
6. Serviços públicos (prisões, habitação, escolas, hospitais).

2.4 Aportes de recursos públicos e privados

Recursos Públicos

Como visto, com a PPP, o Estado passa a oferecer uma contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário ou financia totalmente a operação, como usuária única.

Fontes não-orçamentárias

Capital próprio (aporte próprio de recursos ou oferta no mercado de capitais);

Financiamento de crédito de exportação (*eximbanks*);

Empréstimos de bancos internacionais;

Empréstimos internos (BNDES e outros);²⁶

Tarifas (bandas para custos fixo, variável e lucratividade);

Co-financiamento (agências multilaterais ou especializadas);²⁷

Fundos de investimento em participações (securitização de valores mobiliários);

Fundos de pensão;

Títulos e valores mobiliários (de companhias abertas ou fechadas);

Venture capital (lucro na venda a mercado ou investidor estratégico).

3 A FISCALIZAÇÃO DAS PPPS PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO

3.1 Sistema de fiscalização dos TCs: generalidades e operacionalidade

Atualmente, no que tange ao Sistema de Fiscalização dos Tribunais de Contas, tem-se como fundamentais as diretrizes constitucionais e legais:

1. Controle externo – fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, consoante os critérios da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70);
2. Prestação de Contas e respectivo julgamento – do órgão estatal e da empresa privada parceira que “assuma obrigações de natureza pecuniária” (Parágrafo único do art. 70 e art. 71, II) – bem como a instauração de tomada de contas especial, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário (art. 47 c/c 93 da LOTCU);
3. Fiscalização dos repasses de recursos governamentais (art. 71, VI);

²⁶ Mediante análise de risco (metas) e das garantias dadas pelos parceiros privados e públicos.

²⁷ Mais direcionadas a projetos de inclusão social.

4. Assinar prazo para a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, IX);
5. Avaliação do cumprimento aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37) legais da legitimidade e economicidade dos atos de gestão, a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas (art. 1º, § 1º, da LOTCU);²⁸
6. Análise da obrigatoriedade do certame licitatório para a efetivação da parceria (art. 37, XXI);
7. Exame da participação dos usuários dos serviços públicos na gestão dos mesmos (art. 37, § 3º);
8. Definição dos critérios de exame das PPPs, conforme atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos (art. 3º da LOTCU);
9. Aplicação de medidas jurídico-fiscalizatórias (incluindo-se sanções legais e regimentais) aos responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social (arts. 5º, V, 56 a 60, da LOTCU);
10. Realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, incluindo-se projetos e programas autorizados na lei orçamentária anual, avaliando os seus resultados quanto à eficácia, eficiência e economicidade (art. 38, I e IV, da LOTCU);
11. Acompanhamento dos editais de licitação, os contratos,²⁹ inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres (art. 41, I, b, da LOTCU); e
12. Declaração de inidoneidade do licitante, verificada fraude no âmbito do competitivo ou do contrato, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46, da LOTCU).

Enquadrando-se a PPP como um contrato, o Congresso Nacional poderá sustar o mesmo, em caso de irregularidades (art. 71, § 1º).

²⁸ Lei Federal nº 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

²⁹ Assinando prazo, se for o caso, para a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 45 da LOTCU).

3.2 Novas atribuições ao sistema

O controle externo haverá de mensurar, entre outros:

1. Eventuais descumprimentos das regras fixadas pela LRF (aferição da responsabilidade fiscal na celebração/execução das parcerias);
2. A efetiva participação da sociedade quanto à eleição de áreas prioritárias para os investimentos (aos moldes dos orçamentos participativos);
3. A atuação das chamadas Controladorias do Estado e o cumprimento do princípio da transparência dos contratos de PPPs;
4. O descumprimento à ordem cronológica das exigibilidades, em razão da prioridade aos pagamentos dos contratos de PPPs; e
5. O respeito aos direitos trabalhistas dos empregados contratados para tais empreendimentos (tanto no curso do contrato quanto nas hipóteses de vencimento antecipado do contrato).

Entendemos, assim, que se deveria adotar o mesmo mecanismo de controle efetuado em relação aos Editais de Concorrência Pública (Controle Concomitante de Atos Administrativos), os quais, no Estado de Santa Catarina, são submetidos a exame prévio, por parte da Corte de Contas, que analisa aspectos de legalidade, juridicidade e finalidade, entre outros.

É o dispositivo³⁰ do Regimento Interno do Pretório Catarinense: “O Tribunal de Contas poderá solicitar, para exame,³¹ até o dia útil imediatamente anterior à data do recebimento das propostas, cópia de edital de licitação, na modalidade de concorrência, já publicado”.

3.3 Auditoria de gestão e PPPs

Auditoria de Gestão

Auditoria de Gestão, também chamada de Gestorial, é aquela “[...] que visa a medir a eficiência de uma administração”. (De Sá, 1993, p. 37)

Na Auditoria de Gestão, dever-se-á mensurar, por exemplo:

1. A avaliação do interesse do investimento privado na economia;

30 Art. 54 do RITCE.

31 Do exame, consoante o art. 55, I, do RITCE, poderão advir: 1. a arguição das ilegalidades que o ato contém; 2. a cientificação do gestor da unidade interessada para adoção de medidas corretivas ou anulação da licitação; 3. o encaminhamento do processo ao órgão de controle competente para considerar as ilegalidades no exame do processo licitatório, do contrato e aditivos respectivos; e 4. o encaminhamento ao Tribunal de cópia documental do processo licitatório e do contrato respectivo até o terceiro dia útil subsequente à sua publicação.

2. A estabilidade legal (cumprimento fiel dos contratos);
3. O respeito aos marcos regulatórios (definidos, claros e permanentes);
4. A atuação dos entes reguladores, com autonomia e independência;
5. A equação interesse público x taxas de retorno; e
6. A atuação eficiente dos fundos de captação e a aplicação dos recursos obtidos, com a qualidade na prestação dos serviços públicos (eficiência nas missões do Estado e no emprego de recursos públicos).

Riscos

Além disso, cremos ser necessária a aferição objetiva dos diversos riscos existentes ao “negócio” das PPPs:

- a) risco tecnológico (em relação a possíveis defasagens em razão de inovações tecnológicas);
- b) risco de demanda (poderá cair a demanda por tal ou qual serviço, permanecendo o compromisso de remuneração estatal ao ente privado);
- c) risco de competição (oferecimento, no mercado, de serviços melhores ou mais baratos);
- d) risco cambial (depreciação da moeda nacional, em caso de financiamentos indexados em moeda estrangeira);
- e) risco de inadimplência (elevada taxa de inadimplência, pelos consumidores, forçando o Estado a remunerar o ente privado, complementarmente);
- f) risco regulatório (reforma da regulação do setor, a qualquer momento, poderá resultar em indenização ao ente privado); e
- g) risco de impacto social/ambiental negativo (inexistência, no PL 2.546/2003, de consultas públicas ou licenciamento ambiental).³²

O exame dos TCs

Numa análise macro, o controle externo das PPPs deverá propiciar uma ampla diagnose, fornecendo ao setor público e ao Poder Legislativo informações que enquadrem:

32 O impacto social poderá se refletir em aumento de preços dos serviços, repressão ou arrocho salarial e desemprego.

1. Se a PPP proporcionou (ou não) ao ente público alguma economia mensurável ou ganho identificado de eficiência;³³
2. Se ocorreram, na prática, resultados positivos para a sociedade, comparando-se a nova gestão com as anteriores, de titularidade estatal – exame de qualidade;
3. Se as tarifas adotadas – como margem de financiamento do sistema – foram socialmente justas (e não, tão-somente, geradoras de auto-sustentabilidade para o financiamento);
4. Se persistem as possibilidades de captação de recursos financeiros, humanos ou outros, do mercado privado, em quantitativo expressivo (retroalimentação do sistema);
5. Se o(s) parceiro(s) privado(s) permanece(m) motivado(s) (econômica e financeiramente) e comprometidos com a implantação e a continuidade do empreendimento (novos investimentos, ampliação, etc.);
6. Se o cronograma de desembolso não tem sido alterado em razão de ações públicas ou privadas censuráveis, responsabilizando-se pessoal e institucionalmente os atores (públicos ou privados) pelos atrasos; e
7. Se os possíveis conflitos contratuais ou as petições egressas da coletividade (usuários, empresas ou terceiros) ou do MP, têm sido equacionadas adequadamente, via arbitragem ou via máquina judiciária.

Ao final, a grande equação do controle externo levaria ao seguinte resultado: o setor público experimentou alguma economia mensurável de recursos, um ganho identificado de eficiência e uma geração de resultados externamente positivos (qualidade da prestação do serviço para o usuário/contribuinte/cidadão) com sua realização.

Nesse tópico, a pergunta final, que não quer calar é: *Estão os Tribunais de Contas suficientemente aparelhados para tais exames técnicos?*

3.4 Casos concretos e perspectivas dos projetos de PPPs no Brasil

As Perspectivas

A introdução do modelo de PPP configura um importante instrumento para a viabilização de investimentos em infra-estrutura estatal e a disponibilidade de serviços de utilidade pública.

33 Há o risco de adoção de um modelo em algumas áreas vitais que apenas desloquem gastos presentes para um fluxo necessário de desembolsos futuros, apenas “empurrando” o estrangulamento do sistema (e da capacidade de financiamento do Estado, via própria ou por contribuintes), para o porvir.

O novo padrão de financiamento para tais serviços, calcado em uma nova modalidade de parceria entre os setores público e privado, aponta para a realização do crescimento sustentável com os necessários investimentos estatais, reduzidos nos últimos tempos³⁴ em razão de crises fiscais, elevação de despesas operacionais e a queda do superávit primário da economia.

Importante garantir, pela legislação e pela fiscalização, que os investimentos privados (preferencialmente nacionais) sejam canalizados para projetos definidos e capitaneados pelo Estado, sem a transferência de ativos, realizando-se os projetos estruturais de interesse do país, favorecendo, por exemplo, com a instalação de canteiros de obras, a criação de pólos de desenvolvimento regional.³⁵

Com a PPP é possível restabelecer-se um cronograma de planejamento do desenvolvimento social, mesmo em épocas e situações de escassez econômico-financeira do Estado, evitando-se a transgressão dos dispositivos da LRF e a descontinuidade de obras e serviços públicos.

Os maus exemplos internacionais: casos concretos

Todavia não podemos olvidar alguns exemplos internacionais onde o projeto PPP acabou resultando prejudicial ou ineficiente:

- Filipinas: a crise cambial asiática (anos 90) gerou uma dívida para a entidade de utilidade pública Napocor, de US\$ 9 bilhões, decorrentes de contratos PPP, e tal dívida recaiu sobre o Estado (contribuintes);
- Kazaquistão: concessão de garantia exagerada à empresa Almaty Power Consolidated (subsidiária da Tractebel), da ordem de 25% (vinte e cinco por cento), em termos de lucros;
- Uganda: construção de usina hidrelétrica de Bujagali, com financiamento da International Finance Corporation (vinculada ao Banco Mundial). Contrato de 30 anos. Produção superior à demanda, gerando a obrigação do Estado de remunerar a empresa pela geração da energia excedente. O fato levou o Governo a exportar energia para países vizinhos, a preços inferiores, para minimizar o impacto;
- África do Sul: contrato, no setor de água, contendo generosa cláusula de renegociação, prevendo reajustes contratuais quando os retornos financeiros ficassem abaixo/acima de determinada faixa. Em 2001, a empresa reajustou em 15% suas tarifas e reduziu a ex-

34 Estima-se que, em valores atuais, os investimentos estatais declinaram de R\$ 160 bilhões para R\$ 37 bilhões, de 1970 para hoje.

35 São exemplos as recuperações de trechos da malha rodoviária e a implantação de ferrovias (como a transnordestina).

pansão de investimentos no setor, por conta do dispositivo contratual.

- Bulgária: contrato (com empréstimo de US\$ 45 milhões do Banco Mundial), no setor de abastecimento de água, com absurda cláusula que excluía a competência da justiça local para resolver controvérsias, nomeando uma corte arbitral em Nova Iorque para tal fim. No final de 2002, o governo conseguiu alterar o contrato.
- Inglaterra: problemas judiciais com enriquecimento ilícito por meio de renegociações contratuais duvidosas, envolvendo autoridades públicas, serviço de má qualidade na área da saúde, bilhetes caros e atrasos no metrô de Londres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que as Parcerias Público-Privadas surgem como alternativa aos usuais modelos de contratação pública vigentes há décadas no país, inspirados nas fórmulas legais tradicionais da licitação, da concessão e da pactuação de convênios e congêneres.

A PPP, definida como uma modalidade jurídica de vínculo entre entidades públicas e privadas, para a assunção da realização de atividades de interesse público, destaca-se pelo compartilhamento de riscos e pelo financiamento privado com garantias estatais, configura a possibilidade de captação de recursos privados (nacionais e internacionais) para a execução de obras e/ou o aparelhamento da malha de serviços públicos, hoje estrangulados pela indisponibilidade de recursos orçamentários, egressos da tributação usual.

Na ótica de Pinto (2004), com a adoção das PPPs, “[...] o setor público assegura a contribuição de conhecimento técnico e tecnológico, inovação e sistemas sofisticados de administração de riscos e, sobretudo, a satisfação do interesse público. Por seu turno, o setor privado encontra neles oportunidades reais de negócios e retorno adequado para seus investimentos. A utilização dos projetos PPP contribuirá para a satisfação das necessidades ditadas pelo interesse público, bem como contribuirá para a reativação da atividade econômica, não devendo ser esquecido o seu potencial de geração direta e indireta de empregos”.

Em sendo possível sugerir ao Congresso ou ao próprio Tribunal de Contas da União, no que tange aos procedimentos de fiscalização dos contratos de PPPs, seria importante incluir entre o rol de responsáveis por recursos públicos, no que concerne à obrigatoriedade de remessa às cortes de contas, das declarações de rendimentos e bens, os titulares e administradores de empresas parceiras desta nova modalidade de gestão.

Ao contornar as barreiras políticas e convencer, pela prática, quanto à credibilidade do uso de recursos governamentais em projetos de risco, com eficiência, o Estado poderá retomar o seu processo de crescimento econômico-social.

Espera-se que a PPP possa ser o meio de viabilização de projetos considerados inviáveis pelo modelo tradicional como as concessões plenas, resultando em parcerias que possam ser sólidas, seguras, equilibradas e, principalmente, duradouras, a bem do interesse público.