

Revista da

CGU

ANO I - Nº 1
Dezembro/2006

Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA-GERAL
DA UNIÃO/PR



Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA-GERAL
DA UNIÃO/PR

Revista da CGU

Brasília, DF
2006

Jorge Hage

Ministro de Estado do Controle e da Transparência

Luiz Navarro de Britto Filho

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira

Secretário Federal de Controle Interno

Eliana Pinto

Ouvidora-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha

Corregedor-Geral da União

Virgínia Charpinel Junger Cestari

Secretária de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União

Tiragem: 1.000 exemplares

Periodicidade: semestral

Distribuição gratuita

Permitida a reprodução parcial ou total desta obra desde que citada a fonte.

O conteúdo e a opinião dos artigos assinados não são de responsabilidade da CGU, mas sim de seus respectivos autores.

Projeto gráfico, diagramação e arte: Via Brasília

Catálogo na fonte: Eliane Maria de Medeiros e Silva CRB-1º região/ 1678

Revista da CGU./ Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano 1, n. 1, 2006. Brasília: CGU, 2006.

Coletânea de artigos.

1. Auditoria pública. I. Controladoria-Geral da União.

CDD 352.17

S umário

Editorial	5
Apresentação	7
É possível evitar a corrupção?	9
O controle das parcerias público-privadas pelo Tribunal de Contas	16
A Comunidade Internacional e a corrupção transnacional: razões para combater a corrupção	43
Uma longa história de corrupção: dos anões às sanguessugas	61
Sistema Nacional de Ouvidorias do poder executivo federal	77
Emendas Orçamentárias Individuais: " <i>Pork Barrel</i> " brasileiros?	86
Corrupção e crescimento econômico	103
Percepções pantanosas	117

O controle das parcerias público-privadas pelo Tribunal de Contas

Benjamin Zymler, Bacharel em Direito e Mestre em Direito e Estado pela UnB, Ministro do Tribunal de Contas da União

Guilherme Henrique de La Rocque Almeida, Bacharel em Direito e Especialista em Direito Público e em Avaliação de Políticas Públicas pela UnB, Assessor de Ministro do TCU

1. Introdução

As Parcerias Público-Privadas – PPP guardam pertinência com a nova visão de Estado infundida pelas contínuas mutações que vêm ocorrendo no mundo moderno e que estão gradativamente impondo alterações no ordenamento jurídico.

Nesse contexto complexo, ganha realce a função de controle. Controlar é substancialmente estabelecer padrões e confrontá-los com resultados obtidos. Mas, afinal, quais padrões devem ser adotados? Em momentos de transição, é difícil estabelecer critérios para aferir o desempenho do Estado e dos entes privados que, por meio das parcerias público-privadas, viabilizam a prestação de serviços públicos *lato sensu*.

Para descrever o funcionamento do novo sistema de controle da Administração Pública, é imperioso delimitar exatamente os contornos da atividade a ser controlada. Necessidade essa que se acentua quando se fala do controle de parcerias público-

privadas, que são uma novidade em nosso ordenamento jurídico.

Assim sendo, inicialmente, será exposto um breve histórico do processo de criação das PPP. Em seguida, serão exaradas considerações básicas sobre as parcerias público-privadas, com destaque para o conceito, o âmbito de aplicação, as diferenças existentes entre essas parcerias e as concessões de serviços públicos e a avaliação doutrinária.

Tendo em vista a relevância do tema, na seqüência, serão abordadas as licitações realizadas no âmbito das PPP e a relação entre as parcerias e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Após oferecer essa visão geral do tema, serão elaboradas considerações críticas sobre a Lei regente das parcerias público-privadas. Por fim, será visto como se insere o controle neste contexto. Em especial, buscar-se-á discutir o papel dos Tribunais de Contas nesse ambiente caracterizado pela coexistência de múltiplos controles.

2. A prestação de serviços públicos no estado moderno

A instituição das Parcerias Público-Privadas – PPP está inserida no contexto da ampla reforma do aparelho estatal brasileiro, iniciada no começo da década de 1990, guardando pertinência com a nova visão de Estado que decorreu das profundas e contínuas mutações ocorridas nas esferas política e social e da crise fiscal experimentada pelo Brasil e pelos demais países, a qual demonstrou a inviabilidade da prestação direta de serviços públicos pelo Poder Público.

A partir do questionamento dos objetivos, dos fundamentos, da estrutura e, até mesmo, da razão de ser do Estado, surgiu e está amadurecendo um novo modelo estatal, sucessor do Estado intervencionista e provedor.

Em virtude das privatizações e das delegações, os serviços públicos passaram a ser providos por empreendedores privados e pelos agentes públicos remanescentes

A essas mudanças no modelo do Estado corresponderam alterações necessárias tanto no ordenamento jurídico quanto na estrutura funcional do aparelho estatal. As modificações na esfera jurídica estão relacionadas à implantação no Brasil de

institutos do "direito global", que acarretou, no entendimento de SUNDFELD¹, gradativas e profundas alterações no nosso ordenamento. Como exemplo desse processo, pode ser citada a implementação entre nós das agências reguladoras.

As mudanças na estrutura do aparelho estatal foram aceleradas pela colossal expansão das atividades produtivas observada nas últimas décadas, que ensejou a estruturação de sofisticados mecanismos de regulação e controle. Afinal, em virtude das privatizações e das delegações, os serviços públicos passaram a ser providos por empreendedores privados e pelos agentes públicos remanescentes, quase todos eles atuando como monopolistas ou oligopolistas em seus setores de mercado. Para dar conta de regular esse novo ambiente, foi necessário construir todo um aparato institucional e normativo, visto que até então não havia uma distinção clara entre **poder concedente** e **concessionário** num cenário antes dominado pelo setor público. Nesse contexto, impõe-se rever a atuação estatal na prestação dos serviços ditos públicos, os quais, na precisa lição de DI PIETRO², englobam *"toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público."*

No Brasil, essa conjuntura levou à proposta de implementação das

Parcerias Público-Privadas, por meio das quais o Poder Executivo pretende viabilizar a realização de investimentos em infra-estrutura sem utilizar recursos fiscais, que estão praticamente indisponíveis no momento. Caso esse modelo prospere, as atividades produtivas serão dinamizadas, gerando conseqüências benéficas para a sociedade, especialmente no que concerne ao nível de emprego. Além disso, deverão ser criadas as condições necessárias à retomada do crescimento da economia de forma continuada e sustentada. Por outro lado, tanto para o governo federal como para os governos estaduais e municipais, a Parceria Público-Privada significa uma tentativa de contornar os rígidos limites de endividamento público vigentes.

3. Origens das parcerias público-privadas

3.1. No plano internacional

As Parcerias Público-Privadas têm origem nas concessões, que experimentaram uma notável aplicação a partir do final do século XIX. Naquela época, os governos constataram a impossibilidade de atender com recursos próprios às necessidades de investimentos no setor de infra-estrutura. Além disso, nesse período histórico, prevalecia o ideário liberal. Posteriormente, o advento do Estado do Bem-Estar Social provocou o incremento da intervenção estatal no domínio econômico e na prestação de serviços públicos.

Nas últimas décadas do século XX, as Parcerias Público-Privadas difundiram-se por vários países, devido à necessidade praticamente universal de controlar a despesa pública e redimensionar o equilíbrio entre os setores público e privado. Além disso, deve ser devidamente ponderado o fato de que o conceito de parceria entre esses setores foi adotado como um novo paradigma político nos países de orientação social-democrata. Finalmente, deve-se considerar que a divisão dos riscos dos empreendimentos entre os setores público e privado e a possibilidade de utilização de novas fontes de financiamento estão subjacentes à adoção dessas parcerias.

Ressalte-se que as parcerias celebradas no plano internacional visam ao atendimento de um amplo espectro de necessidades da sociedade civil. Assim, por exemplo, na Inglaterra, foram construídos e estão sendo operados hospitais, presídios, escolas e rodovias. Tal observação também é verdadeira no que concerne às parcerias contratadas em Portugal, onde, sob a égide do Decreto-Lei nº 86/2003, podem ser firmadas várias modalidades de associação ou de colaboração, todas elas configuradas de forma a assegurar, por um lado, a qualidade e a efetividade do bem entregue ou do serviço prestado e, por outro, a rentabilidade do investimento privado.

A Parceria Público-Privada apresenta um grau de complexidade superior à concessão, devido à

distribuição de responsabilidade e ao estabelecimento de contrapartida financeira para o risco de longo prazo assumido pelo parceiro privado. Conseqüentemente, as PPP devem ser analisadas à luz do conceito de *project finance*.

O *project finance* é uma modalidade de financiamento cuja particularidade reside no fato de ser garantido pelas receitas, ativos e direitos de concessão de um empreendimento específico. Sua atratividade para os agentes financeiros privados decorre da viabilidade de um dado projeto, não da análise de crédito tradicional da entidade privada executora desse projeto – que seria fundamental para a aprovação de um *corporate finance*.

Conseqüentemente, a decisão de financiar um *project finance* decorre da capacidade de um projeto gerar recursos suficientes para remunerar de forma adequada o capital investido.

Trata-se de uma técnica de financiamento que teve origem nos mercados financeiros privados e que passou a ser utilizada nas finanças públicas a partir de 1973, quando, sob o impacto da crise do petróleo, ocorreu um crescimento exponencial dos *deficits* públicos em todo o mundo, o que tornou compulsória a busca por alternativas menos onerosas de investimentos.

No direito comparado, a utilização do *project finance* tem sido mais intensa na Grã-Bretanha, onde as

Parcerias Público-Privadas sucederam o *project finance initiative (PFI)*. As origens das PFI remontam ao início da década de 1990, quando o Governo inglês, apesar de desejar melhorar a infra-estrutura e a qualidade dos serviços públicos, achava-se impedido de realizar investimentos lastreados em recursos públicos³. Nesse contexto, a solução encontrada pelo Governo Margaret Thatcher foi lançar as parcerias. Posteriormente, a partir de 1997, o então Primeiro-Ministro Tony Blair conferiu prioridade ao tema e celebrou PPP cujo valor supera US\$ 50 bilhões.

Também em Portugal, as parcerias têm desempenhado papel relevante, sendo que, no presente momento, estão sendo analisados projetos que envolvem investimentos privados da ordem de 25 bilhões de euros.

A Comissão Européia tem enfatizado as vantagens decorrentes da utilização desse instrumento, chegando a afirmar que, nos últimos anos, devido às restrições orçamentárias, à vontade de limitar a intervenção dos poderes públicos e à necessidade experimentada pelo setor público de se beneficiar da experiência e dos modos de operação do setor privado, tem ocorrido um ressurgimento da concessão e, por via de conseqüência, das iniciativas ligadas ao estabelecimento da cooperação entre o Governo e os agentes privados. A referida Comissão não definiu regras específicas para as Parcerias Público-Privadas, as quais deverão subordinar-se ao Tratado de

Constituição da União Européia e ao direito comunitário.

Aliás, não se pode olvidar que o Pacto de Estabilidade e Crescimento, firmado com fulcro no artigo 104 do Tratado da Comunidade Européia e na Resolução do Conselho Europeu de 17/7/1997, determinou aos países-membros que fossem ensejados esforços no sentido de atrair capitais privados para o financiamento de obras públicas. Reforçando essa recomendação, esse Pacto estabeleceu limites para o *déficit* público, o que diminuiu drasticamente a capacidade de investimento dos Estados europeus.

Finalmente, destaque-se que, em face da ampla utilização internacional das parcerias, que já foram adotadas em países como o Japão, a Austrália, o Canadá, o México e a África do Sul, além de vários países europeus, a Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional editou, em julho de 2001, *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, o qual contém uma série de recomendações visando harmonizar as diversas regras nacionais que regulam essa matéria.

3.2 No plano interno

A adoção de medidas tendentes a atribuir a agentes privados a prestação de serviços públicos tem-se acentuado nos últimos anos. Nesse sentido, foram marcantes as emendas constitucionais que alteraram o antigo

modelo intervencionista estatal e permitiram a opção por soluções muito mais flexíveis que aquelas anteriormente previstas em nossa Lei Maior, em especial a Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Essas mudanças no ordenamento jurídico visaram reduzir a atuação direta e unilateral do Estado, o que só é possível por meio da implementação de consensos entre o Poder Público e setores da sociedade civil, os quais passam a agir como parceiros do Governo. Dentro desse enfoque, incumbe ao Estado atuar como regulador e indutor da atividade econômica, só intervindo diretamente na prestação de serviços quando for absolutamente necessário.

À redução do intervencionismo estatal correspondeu um processo de desoneração de um conjunto de tarefas de natureza econômica, maxime da prestação de bens e serviços públicos, a qual foi transferida para a esfera privada, acompanhada da instituição de mecanismos de regulação e de fiscalização da performance dos agentes privados.

Consoante exposto acima, essa privatização de tarefas implicou a reestruturação do aparelho estatal, no sentido da descentralização, da contratualização e da associação entre o público e o privado, o que conduziu a uma "fuga para o direito privado."⁴

Como precursores das PPP em nosso País, podem ser citadas as

organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip), pois ambas visaram estimular o estabelecimento de uma cooperação entre os setores público e privado.

A Lei nº 9.074/1995 deu respaldo jurídico às parcerias efetuadas para viabilizar a construção das usinas

Podem também ser mencionadas as associações de recursos públicos e privados que viabilizaram a construção das Usinas Hidrelétricas de Serra Mesa (GO), Itá e Machadinho, essas duas últimas localizadas no Rio Grande do Sul. Naquela época, início da década de 90, havia uma demanda crescente por serviços públicos, especialmente na área de energia. Tendo em vista que, nessa mesma fase histórica, o Estado brasileiro enfrentava uma crise fiscal, foram desenvolvidos mecanismos inovadores visando a atender a essa demanda. Assim sendo, mesmo antes da edição da Lei nº 8.987/1995, denominada Lei Geral de Concessões, registraram-se experiências que em muito se assemelhavam a esse instituto.

Nesses casos, a ação estatal moveu-se no sentido de superar um ordenamento jurídico que havia sido ultrapassado pela conjuntura político-econômica. Ressalte-se que o TCU, ciente de que o Direito não pode sobrepôr-se aos fatos, analisou a condu-

ta dos gestores públicos envolvidos de modo flexível. Naquelas oportunidades, a Corte de Contas Federal buscou, precipuamente, não engessar áreas da atuação estatal onde o direito público e o privado se confundem. Posteriormente, a promulgação da Lei Geral das Concessões e das leis específicas dos setores elétrico, de telecomunicações e do petróleo forneceram o necessário embasamento jurídico para a adoção de providências semelhantes às que, por força da realidade, já vinham sendo adotadas. Ademais, a Lei nº 9.074/1995 deu respaldo jurídico às parcerias efetuadas para viabilizar a construção das usinas acima citadas, ao mesmo tempo em que salientou a proximidade conceitual dessas parcerias com as concessões de serviços públicos precedidos da construção de obra pública.

4. Considerações básicas sobre as parcerias público-privadas

A Lei nº 11.079, de 30/12/2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública. Preliminarmente, cumpre salientar que, além dessas normas gerais, a referida Lei contém disposições aplicáveis exclusivamente à União, as quais estão contidas no capítulo VI desse diploma legal.

É interessante notar que a promulgação dessa Lei ensejou a necessidade de alterações na legislação estadual existente sobre o tema, visando adequar essa legislação às

normas gerais editadas em nível nacional.

4.1. Conceito

Em consonância com o disposto no art. 2º da Lei nº 11.079/2004, a Parceria Público-Privada é um contrato administrativo de concessão, nas modalidades patrocinada ou administrativa. Uma concessão de serviços públicos é patrocinada quando envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado. Dito de outra forma, essa modalidade de concessão é utilizada para permitir a prestação de serviços públicos que não sejam auto-sustentáveis, cuja receita oriunda do recebimento das tarifas seja insuficiente. Já a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Aduz-se que a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei Geral de Concessões não constituirá parceira público-privada quando não existir a contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado.

A Lei em exame rege tanto as concessões administrativas quanto as patrocinadas, não sendo aplicável às concessões comuns, que continuam submetidas à Lei nº 8.987/1995 e à legislação correlata. Em caráter supletivo, as concessões administrativas são regidas pelos arts. 21, 23 a 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987/1995

e 31 da Lei nº 9.074/1995. Já as concessões patrocinadas observam, subsidiariamente, o disposto na Lei nº 8.987/1995. Finalmente, os contratos administrativos que não caracterizarem concessões continuam tendo como legislação regente a Lei nº 8.666/1993 e demais normas correlatas.

A Parceria Público-Privada será celebrada pela Administração Pública e por entes privados, devendo seu valor ser igual ou superior a vinte milhões de reais e não podendo sua vigência ser inferior a cinco nem superior a trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação. Além disso, é obrigatória a observância das seguintes diretrizes:

- I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V - transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI - repartição objetiva dos riscos entre as partes;

VII - sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria.

4.2. Âmbito de aplicação

As Parcerias Público-Privadas podem ser utilizadas para viabilizar a prestação de serviços públicos, precedida ou não da execução de obra pública, que atualmente está sujeita à legislação relativa à concessão, bem como a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obras ou o fornecimento e a instalação de bens, excetuadas as atividades exclusivas do Estado.

O conjunto de serviços públicos aqui previsto supera largamente aquele a que se refere o art. 175 da Constituição Federal de 1988. Afinal, o citado artigo da Lei Maior regula a prestação de serviços públicos que tem acentuado conteúdo econômico, como, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica. Já as Parcerias Público-Privadas poderão propiciar o atendimento de necessidades da população em setores onde não haja interesse econômico por parte dos agentes privados. Assim, poderão ser construídas e operadas desde prisões a hospitais ou escolas, precipuamente, por meio de concessões administrativas, passando por estradas e portos, esses últimos sob a forma de concessões patrocinadas. Contudo, cabe salientar que, em um primeiro momento, o Governo Federal pretende concentrar investi-

mentos nas áreas de transportes, energia e irrigação, visando viabilizar o crescimento sustentado da economia.

4.3. Diferenciais em relação às concessões de serviços públicos

As concessões tradicionais continuarão sendo utilizadas quando se tratar de projetos economicamente viáveis e auto-sustentáveis do ponto de vista financeiro. Já as Parcerias Público-Privadas serão utilizadas quando a implementação dos projetos em questão demandar o aporte de recursos fiscais. Isso ocorrerá quando a prestação de serviços ou a construção de obras de infraestrutura não for atraente para os agentes privados, devido à limitação dos ganhos passíveis de serem auferidos ou ao elevado nível dos riscos inerentes ao empreendimento em questão. Nessa hipótese, haverá uma contraprestação da Administração Pública, que poderá ser parcial ou integral. Saliente-se que a remuneração do parceiro privado poderá ser variável e vinculada ao desempenho desse agente na execução do contrato. Para avaliar esse desempenho, serão utilizados metas e padrões de qualidade e de disponibilidade definidos no contrato.

O pagamento da contrapartida estatal poderá ser feito por meio de ordem bancária, de cessão de créditos não tributários, de outorga de direitos em face da Administração ou sobre bens públicos dominicais ou, ainda, utilizando-se qualquer outro meio

admitido em lei. Em princípio, esse pagamento só poderá ocorrer após a disponibilização ou o recebimento do objeto do contrato de parceria. Excepcionalmente, parte da contraprestação poderá ser entregue ao agente privado quando da disponibilização ou da entrega parcial do objeto do contrato. Para tanto, essa parcela deverá ser útil ao usuário do serviço ou à Administração Pública.

Cumprido frisar que as PPP não constituem uma forma de privatização. A uma, porque os bens construídos ou produzidos pelos parceiros privados serão, após o término do prazo de vigência dos respectivos contratos, revertidos para o Estado. A duas, porque, embora transfira para o domínio privado a prestação de um serviço público, não haverá o repasse da competência atribuída ao Poder Público.

Uma característica relevante dessas parcerias é a maior segurança oferecida tanto ao executor do projeto quanto aos seus financiadores. Nesse sentido, procurou-se evitar a adoção do mecanismo de pagamentos por meio de precatórios, considerado danoso aos interesses dos agentes privados.

Com o intuito de garantir o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude da celebração de PPP, a lei sob comento prevê a instituição do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP. Referido fundo possui as seguintes características:

- a) sua natureza é privada;
- b) possui patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas. O Fundo é sujeito de direitos e obrigações próprias;
- c) visa garantir o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das PPP, sendo vedada a prestação de garantia para qualquer outro tipo de obrigação;
- d) a União é sua cotista inicial. Pode ser autorizada a subscrição de cotas por autarquias e fundações públicas federais;
- e) seu patrimônio é formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração;
- f) responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio;
- g) possui limite global de R\$ 6 bilhões, dos quais aproximadamente R\$ 3,2 bilhões já foram integralizados, mediante a cessão de ações de propriedade da União (Decreto nº 5.411/2005);
- h) é administrado pelo Banco do Brasil, a quem caberá deliberar sobre a gestão e a alienação dos bens e dos direitos do FGP, sempre visando à manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do quadragésimo quinto dia do seu vencimento. O parceiro privado também poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de noventa dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa e motivada.

O fato de os parceiros privados somente serem remunerados após a realização do investimento é um dos fatores distintivos das Parcerias Público-Privadas

Aduz-se que poderão ser prestadas aos agentes privados as seguintes garantias adicionais:

- a) vinculação de receitas, observado o disposto no art. 167, IV, de nossa Lei Maior;
- b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- c) contratação, junto a entidade legalmente autorizada e que não tenha vínculo de controle com a Administração Pública contratante, de seguro garantia de pagamento;

d) empresa estatal criada para esse fim poderá participar da celebração do contrato de parceria, na qualidade exclusiva de interveniente garantidor das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público;

e) emissão de empenhos diretamente em nome dos agentes financeiros e atribuição de legitimidade a esses agentes para receber pagamentos efetuados por meio dos fundos especiais e do fundo garantidor. Essa transferência direta de recursos para os agentes financeiros independe de uma eventual inadimplência do parceiro privado, o que aumenta significativamente as garantias de que dispõem esses agentes.

Tendo em vista que uma parcela significativa do spread bancário corresponde ao risco de crédito, a Lei sob comento prevê o compartilhamento com a Administração Pública dos ganhos econômicos efetivos obtidos pelo parceiro privado que decorram da redução desse risco.

Finalmente, deve-se salientar que o fato de os parceiros privados somente serem remunerados após a realização do investimento é um dos fatores distintivos das Parcerias Público-Privadas. Essa característica adquire maior relevo por permitir que o Estado promova a execução de obras e o oferecimento de serviços públicos em geral ainda que não possua recursos financeiros e operacionais próprios disponíveis e suficientes para tal.

Assim sendo, essas parcerias são um instrumento adequado a uma época de contingenciamento orçamentário, como a atual.

5. As parcerias público-privadas e as licitações

Os parceiros privados serão escolhidos por meio de concorrência pública, estando a abertura desse processo licitatório condicionada à autorização da autoridade competente. Essa autorização deverá ser fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante a identificação das razões que justifiquem a opção pela PPP.

Adicionalmente, o Poder Público deve adotar as seguintes providências antes da abertura do certame licitatório:

- I - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de Parceria Público-Privada;
- II - declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
- III - estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do con-

trato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração;

- IV - inclusão de seu objeto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.

Cumprido salientar que as minutas de edital e de contrato deverão ser submetidas à consulta pública. Com esse desiderato, deverá ser promovida a publicação dessas minutas na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico. Nessa oportunidade, deverão ser divulgadas a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e respectivo valor estimado. Deverá, ainda, ser fixado um prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital.

A Administração Pública deverá providenciar, ainda, a emissão de licença ambiental prévia ou a expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

É interessante observar que deverá ser preservada a atualidade do estudo técnico acima mencionado, visando conferir maior confiabilidade a esse estudo, que fundamenta a autorização emitida pela autoridade competente para a celebração do contrato de parceria. Nesse sentido,

está prevista a exigência de elaboração de novo estudo técnico caso a assinatura do contrato em exame ocorra em exercício diverso daquele em que foi publicado o instrumento convocatório.

*Uma previsão relevante
refere-se à responsabilidade
do contratado pela
elaboração dos projetos
executivos das obras*

A Lei sob comento contém algumas previsões que merecem destaque, a primeira das quais se refere à possibilidade de serem estabelecidas garantias de proposta e de execução do contrato que sejam consideradas suficientes e compatíveis com os ônus e os riscos decorrentes da não manutenção da proposta ou do descumprimento das obrigações contratuais. Tais garantias precisarão observar os valores definidos no art. 31, III, da Lei nº 8.666/1993 e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987/1995.

Outra previsão relevante refere-se à responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras, respeitadas as condições fixadas nos incisos I e II do art. 18 da Lei nº 8.987/1995.

Merecem destaque, ainda, as seguintes disposições constantes da Lei em tela.

a) uso opcional da arbitragem como instrumento para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato;

b) exigência de constituição de sociedade de propósito específico – SPE pelo licitante vencedor, a qual ficará incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. Referida SPE poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. Em qualquer hipótese, essa sociedade deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas;

c) a Administração Pública não poderá deter a maioria do capital votante dessas sociedades de propósito específico, exceto no caso de eventual aquisição da maioria do capital votante da SPE por instituição financeira controlada pelo Poder Público, o que poderá ocorrer em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

O processo de julgamento das propostas observará a legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos, além das seguintes regras:

a) opcionalmente, poderá haver uma etapa de qualificação de propostas técnicas, na qual serão desclassificados os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima,

os quais não participarão das etapas subseqüentes;

- b) o exame das propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por meio de ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto definidos com clareza e objetividade no edital;
- c) poderão ser adotados os seguintes critérios: menor tarifa do serviço público a ser prestado, menor tarifa e melhor técnica, menor contraprestação a ser paga pela Administração, menor contraprestação e melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;
- d) o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se a apresentação de propostas escritas em envelopes lacrados ou de propostas escritas seguidas de lances em viva voz, estando restrita a apresentação desses lances aos licitantes cuja proposta escrita seja, no máximo, 20 % maior que o valor da melhor proposta. Caso existam, os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances;
- e) o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satis-

fazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório;

- f) poderá ser prevista a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Nessa hipótese, encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante melhor classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital. Verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor. Inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital. Proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

6. As parcerias público-privadas e a lei de responsabilidade fiscal

Em consonância com o disposto nas alíneas "b" e "c" do inciso I do art. 10 da Lei ora sob enfoque, as despesas criadas ou aumentadas não poderão afetar as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101/2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes,

serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. Além disso, quando for o caso, deverão ser observadas as normas editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional. Finalmente, deverão ser obedecidos os limites e as condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101/2000.

Os contratos de Parceria Público-Privada têm por objeto a prestação de serviços públicos ou de serviços à Administração Pública, direta ou indiretamente, podendo haver ou não a realização prévia de obras. Em ambos os casos, eles gerarão despesas não financeiras, primárias, continuadas, as quais poderão afetar as metas de resultados fiscais.

7. Considerações críticas sobre a lei que rege as parcerias público-privadas

Foi questionada a falta de uma definição mais precisa do processo de seleção das Parcerias Público-Privadas. Nesse sentido, foi sugerido, na fase de discussão do projeto de lei, que as propostas apresentadas pelos licitantes sejam avaliadas por duas instituições dotadas de notório conhecimento, as quais deverão pronunciar-se sobre a qualidade, a viabilidade e a adequação dessas propostas. Seria uma "blindagem" contra eventuais abusos praticados pelo Poder Executivo no exercício de sua competência discricionária. Entretanto, essa sugestão não foi acolhida pelo Congresso Nacional.

Uma segunda crítica refere-se à possibilidade de um determinado governo celebrar Parcerias Público-Privadas em número excessivo, de forma a gerar despesas continuadas de tal ordem que inviabilizem a gestão orçamentária e financeira dos seus sucessores. Afinal, ao contrário do que ocorre com uma concessão ou permissão, a PPP cria para a Administração Pública uma obrigação pecuniária de caráter continuado e de longo prazo, que consiste na contrapartida a ser paga pelo Poder Público.

Uma das soluções alvitradas para esse problema consistia na exigência de autorização legislativa prévia para a celebração das parcerias. Os referidos projetos de lei, de iniciativa do Poder Executivo, deveriam ser instruídos com as demonstrações da inviabilidade financeira de sua execução mediante o regime de concessão ou permissão e da impossibilidade orçamentária de sua realização pela Administração Pública. Tal sugestão não foi acatada pelas seguintes razões:

- a) a autorização da autoridade competente para a realização da concorrência visando à celebração de uma PPP deve, obrigatoriamente, estar fundamentada em estudo técnico que demonstre a compatibilidade das despesas contratadas com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual respectivas. Logo, essas despesas terão de estar previstas nesses diplomas legais. Assim sendo, elas já contarão com as

necessárias autorizações legislativas, ainda que essas últimas não sejam específicas;

- b) a licitação deverá ser precedida pela demonstração de que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo de Metas Fiscais que acompanha os projetos de leis de diretrizes orçamentárias;
- c) os efeitos financeiros dessas despesas, nos períodos seguintes, terão de ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa;
- d) lei ou resolução do Senado poderá determinar a observância compulsória dos limites e condições decorrentes da aplicação da Lei Complementar nº 101/2000;
- e) a tramitação de projetos de lei específicos para cada uma das PPP poderia atrasar a celebração dos respectivos contratos, gerando um ônus desnecessário para todos os envolvidos.

Entretanto, caso a contraprestação do Estado corresponda a mais de 70% do valor da remuneração do parceiro privado, a assinatura do contrato de PPP estará condicionada à autorização legislativa específica. Afinal, nessa hipótese muito especial, haverá um comprometimento significativo dos recursos públicos.

Releva destacar, também, a necessidade de avaliar os impactos da contrapartida sobre os orçamentos governamentais referentes aos anos vindouros, sob pena de promover ciclos de crescimento seguidos por ciclos de endividamento. Afinal, tendo em vista que o prazo de maturação dos investimentos é muito alto (os contratos celebrados poderão ter vigência de até 35 anos), está-se diante de um verdadeiro "pacto de gerações", por meio do qual uma determinada geração obterá determinados serviços públicos que depois serão pagos por ela e pela seguinte.

Essa necessidade foi reconhecida pelos legisladores, que, visando minimizar o risco acima mencionado, adotaram as seguintes medidas:

- a) fixaram o limite de 1% da receita corrente líquida anual, tal qual definida pelo art. 2º da Lei Complementar nº 101/2000;
- b) determinaram a inclusão dos valores presentes e atualizados dos passivos futuros decorrentes de PPP já contratadas, ano a ano, no anexo de riscos fiscais que acompanha a proposta de lei orçamentária anual;
- c) reiteraram a obrigatoriedade de ser observada a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse mesmo sentido, é conveniente que as leis que instituírem as parcerias nos Estados e nos municípios

também façam referência ao limite de 1% da receita corrente líquida, a exemplo do que será feito no âmbito da União. Aliás, visando coibir a celebração de parcerias no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que impli-quem a extrapolação desse limite, o art. 28 da Lei em exame prevê que a União não poderá conceder garantia nem realizar transferência voluntária aos demais entes da Federação se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes excederem a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Cumpra salientar que, para fins do cálculo acima mencionado, as despesas da Administração direta, dos respectivos fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, integram os dispêndios do Distrito Federal e de cada um dos Estados e Municípios.

Visando viabilizar o cumprimento dessa determinação, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por meio de PPP deverão encaminhar as informações necessárias ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação da parceria em questão.

Consoante demonstrado em diversos países, a análise de um projeto de Parceria Público-Privada deve ser cuidadosa, detalhada e individualizada. Afinal, cada projeto é único, devido às suas características peculiares. Ademais, deve ser sopesado o fato de que ele envolve volume significativo de recursos tanto públicos quanto privados e possui relevante interesse social. Assim sendo, eventuais erros de projeto podem acarretar consequências danosas de grande monta e por muitos anos.

Outra questão relevante refere-se ao estabelecimento de um patamar mínimo de participação do parceiro privado, com recursos próprios, nos empreendimentos que serão realizados por meio de Parcerias Público-Privadas. Afinal, considerando que um dos pressupostos da adoção dessas parcerias é o aporte de capitais privados, se esse parceiro não investir um mínimo de capital próprio esse novel instituto perderá muito de sua razão de ser.

Nesse sentido, as operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico. Adicionalmente, não poderão exceder a 80% (oitenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por entidades fechadas de previdência

complementar patrocinados pela União ou por Estado, Distrito Federal ou Município; por entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União ou por Estado, Distrito Federal ou Município ou por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União. Ressalte-se que as fontes de recursos financeiros compreendem as operações de crédito e as contribuições para a formação do capital da sociedade de propósito específico.

É interessante notar que, apesar de a instituição das parcerias visar, precipuamente, conferir maior grau de segurança aos agentes privados envolvidos, existe um dispositivo na Lei em exame que aumenta os riscos corridos por esses agentes. O inciso III do art. 5º dessa norma prevê a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Tal dispositivo permite a atribuição de responsabilidade aos agentes privados em decorrência de eventos que, tradicionalmente, são considerados excludentes dessa responsabilidade. Assim sendo, parece que esse inciso vai de encontro à orientação que perpassou toda a elaboração dessa lei.

Acrescente-se que, do ponto de vista da garantia do interesse público, é oportuna e adequada a previsão de vistoria dos bens reversíveis e de retenção dos pagamentos ao

parceiro privado no valor necessário ao custeio dos reparos eventualmente necessários nesses bens.

Cumprido, ainda, tecer algumas considerações sobre um ponto da maior relevância. Ainda que o marco legal seja bem elaborado, as Parcerias Público-Privadas não obterão sucesso se esse marco não for estável ou se outros fatores incrementarem o risco regulatório. Nesse sentido, é fundamental que as agências reguladoras, ao tratarem de assuntos de sua área de competência, tenham o respectivo âmbito de discricionariedade rigorosamente respeitado. Caso o Tribunal de Contas da União ou outro órgão governamental invada esse âmbito, essa interferência indevida poderá contribuir para o agravamento da "incerteza jurisdicional" e para o incremento do custo indireto de transação associado às incertezas regulatórias. Levada ao limite, a multiplicidade de controles e interpretações sobre assuntos relacionados à regulação de um serviço público pode ensejar o recuo dos investidores privados, colocando em perigo a sobrevivência do modelo das parcerias.

Conclui-se que o sucesso das PPP dependerá em larga escala da confiabilidade angariada pelas instituições político-administrativas brasileiras. Afinal, trata-se de contratos de longo prazo, cujo cumprimento é garantido por essas instituições, mais do que por leis ou garantias apostas nos instrumentos contratuais.

Finalmente, cumpre salientar que a adoção da arbitragem para dirimir

conflitos resultantes da celebração das PPP é interessante, pois pode proporcionar a prolação de decisões rápidas e bem embasadas do ponto-de-vista técnico. Entretanto, para que ela seja eficaz, os direitos envolvidos devem ser explicitamente considerados disponíveis. É oportuna a previsão de que a arbitragem seja realizada no Brasil, em língua portuguesa e perante árbitros brasileiros, pois esse dispositivo afasta a possibilidade de ocorrerem conflitos de competência entre árbitros locais e internacionais, assegurando a adoção do foro brasileiro, que parece ser o mais adequado.

Feitas essas considerações sobre aspectos gerais da Lei ora sob comentário, cabe, agora, analisar especificamente as licitações realizadas no âmbito das Parcerias Público-Privadas. Tendo em vista que um dos principais objetivos da instituição das PPP é conferir maior segurança ao agente privado, é indispensável que os procedimentos licitatórios contribuam para a preservação da intangibilidade dos contratos de parceria. Se as concorrências realizadas visando à celebração de parcerias forem transparentes e permitirem a participação ativa da sociedade, haverá uma legitimação dessas parcerias, a qual ajudará a afastá-las das injunções políticas. Ademais, um processo confiável de licitação evitará futuros questionamentos por parte dos órgãos de controle ou do Ministério Público, não dando ensejo às paralisações de licitações tão freqüentes hoje em dia.

Poder-se-ia questionar a viabilidade prática da participação popular nessas licitações. Entretanto, tal questionamento, se é relevante no caso das licitações comuns, não o é no caso daqueles certames relativos às Parcerias Público-Privadas. A uma, porque o número de concorrências que serão realizadas é diminuto se comparado ao quantitativo total de licitações. A duas, porque os interesses envolvidos nas parcerias são de grande monta, significando uma maior disposição e organização das entidades representativas da sociedade civil. A três, porque deve ser do interesse tanto do governo quanto dos parceiros privados angariar o máximo de apoio para as parcerias.

A especificidade das licitações promovidas no âmbito das PPP acarreta a necessidade de constituição de comissões de licitações muito bem preparadas, do ponto-de-vista técnico, e bem equipadas do ponto-de-vista material. Afinal, serão abordadas matérias complexas, cuja análise demanda conhecimentos especializados. Por via de consequência, deve ser encarada com especial atenção a formação técnico-profissional dos integrantes das comissões de licitação referentes às parcerias.

Quando da elaboração do modelo das concessões do setor elétrico, houve uma preocupação acentuada com a eficiência das concessionárias, tanto no que concerne ao seu incentivo quanto ao que pertine à divisão dos ganhos dela decorrente com os

usuários. Essa preocupação deve estar presente também nesse caso, o que implica dizer que devem ser estipuladas fórmulas matemáticas que prevejam a repartição desses ganhos. Da mesma forma, na equação relativa ao equilíbrio econômico-financeiro deverão estar previstos prêmios para as empresas mais eficientes e sanções para aquelas que se mostrarem ineficientes.

No caso das parcerias, cujo prazo de vigência é muito grande, o risco de interferências políticas supervenientes ganha maior relevo

É necessário analisar, também, a possibilidade de o Poder Público, no decorrer do contrato, alterar o que foi definido quando da licitação. Não raras vezes, observa-se uma discrepância muito grande entre o que foi licitado e o que foi efetivamente executado, o que gera muitos problemas e, freqüentemente, acarreta um aumento de custos para a Administração. No caso das parcerias, cujo prazo de vigência é muito grande, o risco de interferências políticas supervenientes ganha maior relevo.

Importa ressaltar que a Lei nº 11.079/2004 afastou o risco de eventuais conflitos entre os dispositivos constantes das Leis nº 8.666/1993 e

nº 8.987/1995, pois está prevista a observância do segundo normativo legal.

Outra questão interessante refere-se à possibilidade de utilização de um sistema de lances orais, semelhante ao utilizado no pregão, nas concorrências a serem realizadas visando à celebração de PPP. É forçoso reconhecer que a eliminação da possibilidade de serem apresentadas propostas alternativas, que estava contida no projeto de lei original, propiciou uma simplificação considerável do processo licitatório, especialmente no que concerne à viabilização do julgamento tempestivo dos lances orais oferecidos pelos licitantes. Entretanto, se, do ponto de vista técnico, a utilização dos lances orais mostra-se facilitado, deve ser sopesado o fato de que as parcerias serão adotadas visando à prestação de serviços de um certo nível de complexidade, que os distingue de serviços comuns. Aduz-se que, em alguns casos, esse nível de complexidade atinge tal magnitude que deverá ser realizada uma etapa de qualificação técnica. Assim sendo, o objeto das parcerias difere fundamentalmente daquele dos pregões. Logo, parece questionável a realização de lances orais para selecionar propostas de PPP.

Merece registro a previsão no edital das garantias a serem concedidas ao parceiro privado, a qual, além de evitar futuros questionamentos judiciais ou extrajudiciais, contribui de forma significativa para a transparência do processo licitatório.

Um dos fundamentos da República é o controle exercido sobre os atos dos gestores da coisa pública

Finalmente, frise-se a relevância e a oportunidade da possibilidade de serem saneadas falhas formais e de serem complementadas insuficiências detectadas nas propostas apresentadas pelos licitantes, desde que esses últimos possam satisfazer as exigências editalícias dentro do prazo fixado no instrumento convocatório. Ao permitir a ampliação do leque de proponentes habilitado a apresentar suas propostas econômicas, essa possibilidade vem ao encontro dos dois objetivos fundamentais das licitações, quais sejam: a busca da melhor proposta para a Administração e a preservação da ampla competição entre os licitantes. Aduz-se que, sope-sado o fato de que as Parcerias Público-Privadas envolvem recursos vultosos e visam à prestação de serviços relevantes por um longo espaço de tempo, não faz sentido eliminar licitantes devido à prática de falhas simplesmente formais.

8. O controle das parcerias público-privadas

8.1. Considerações preliminares

Um dos fundamentos da República é o controle exercido sobre os atos

dos gestores da coisa pública (da *res publica*). Afinal, nesse modelo de Estado, tanto a arrecadação da receita pública quanto a realização da despesa pública devem visar à consecução dos objetivos estatais, os quais, por sua vez, devem ser consentâneos com os anseios e os valores da sociedade civil. Consequentemente, a Administração Pública deve pautar sua atuação pela observância das determinações constitucionais e legais e submeter-se a um sistema de controle dessa observância.

Nesse sentido, MILESKI afirmou que:⁵

"O controle da Administração Pública é próprio dos Estados de Direito e, sobretudo, dos democráticos, no sentido de se proceder à verificação, quanto ao atendimento dos princípios e normas constitucionais, de todas as formas de atuação administrativa, a qual deve estar sempre voltada para a satisfação do interesse público, que reflete fator de proteção não só para os administrados como também para a própria Administração Pública."

Se esse entendimento deve prevalecer de forma geral, no caso das parcerias público-privadas, a atuação dos organismos de controle é ainda mais necessária. Afinal, como também acentua MILESKI⁶:

"Sendo a parceria público-privada uma forma de atuação administrativa do Estado, em parceria com o setor privado, e, por isto, configurando-se como um ato de colaboração, de

relação negocial, para obtenção de objetivos de interesse coletivo, com direitos e obrigações fixadas em contrato, após regular procedimento licitatório, o contrato de parceria público-privada está diretamente ligado aos atos negociais do Estado, envolvendo gerenciamento de recursos financeiros, devendo, por essa razão, ficar adstrito ao sistema de controle público e social."

A lei determina que os Ministérios setoriais e as Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, acompanhem e fiscalizem os contratos de PPP

Além desses argumentos relacionados com a própria estrutura democrática e republicana do Estado brasileiro, deve-se sopesar que a significativa relevância social, econômica e política das parcerias público-privadas acarreta a necessidade de uma ação efetiva dos organismos de controle. Aduz-se que deve ser estabelecida uma colaboração entre esses diversos organismos e a sociedade civil. Conseqüentemente, considera-se oportuno e conveniente viabilizar o controle social dessas parcerias, o qual será exercido concomitantemente com aquele que está a cargo das instâncias estatais de controle.

Imbuído desse espírito, o legislador previu, na Lei nº 11.079/2004, que o controle das PPP adotará todas as formas previstas no ordena-

mento jurídico brasileiro. O art. 15 dessa Lei determina que os Ministérios setoriais e as Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, acompanhem e fiscalizem os contratos de PPP. Acrescente-se que esses órgãos e entidades deverão encaminhar, semestralmente, ao Órgão Gestor das Parcerias Público-Privadas – OGP, relatórios circunstanciados sobre as execuções contratuais fiscalizadas.

Esse órgão gestor, por sua vez, está encarregado de fiscalizar a execução dos contratos de PPP, em consonância com o disposto no art. 14 da Lei nº 11.079/2004. Referido controle poderá ser prévio ou posterior. Na primeira hipótese, o OGP examinará os projetos de parceria público-privada, enviados pelos diversos órgãos federais. Já no segundo caso, o órgão gestor analisará os relatórios de execução dos contratos encaminhados pelos Ministérios e pelas Agências Reguladoras. Caso essa fiscalização revele a existência de atos irregulares, inconvenientes ou inoportunos, a Administração Pública poderá anulá-los no caso dos atos ilegais, em consonância com a Súmula nº 346 do STF, ou revogá-los na hipótese de atos inconvenientes ou inoportunos, conforme dispõe a Súmula nº 473 do STF.

Cumprе ressaltar, ainda, que a atuação do órgão gestor das PPP deve ser submetida ao controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Visando facilitar esse controle,

o art. 14, § 5º, da Lei nº 11.079/2004 determinou que o OGP remeta, anualmente, ao Parlamento e ao TCU, relatórios sobre o desempenho observado na execução dos contratos de PPP.

Caso algum cidadão constate a existência de irregularidades na execução dos contratos de parceria, ele poderá encaminhar uma denúncia à Corte de Contas ou à Controladoria-Geral da União

Consoante exposto anteriormente, o controle social pode e deve desempenhar um importante papel no que concerne à implementação eficaz das PPP no Brasil. A Lei nº 11.079/2004 prevê que essa forma de controle ocorrerá em dois momentos distintos: quando da realização do procedimento licitatório e durante a execução contratual. No primeiro momento, a Administração Pública deve publicar a minuta do edital e do contrato de parceria público-privada, submetendo esses documentos à consulta pública. Nessa oportunidade, deverão ser expressamente informados a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e seu valor estimado.

O prazo fixado para recebimento de sugestões deverá ser compatível com

a complexidade do tema. Assim sendo, ele não poderá ser inferior a 30 dias. Além disso, visando viabilizar a adoção de alguma medida julgada pertinente, a Lei das PPP estabeleceu que entre o término desse prazo e a data prevista para a publicação do edital deverão transcorrer, no mínimo, sete dias.

Já durante a execução do objeto das parcerias público-privadas, o controle social utilizará como fonte básica de informação os relatórios de desempenho dessas PPP, os quais deverão ser obrigatoriamente publicados pelo órgão gestor das parcerias, por força do disposto no § 6º do art. 14 da Lei nº 11.079/2004.

Caso algum cidadão constate a existência de irregularidades na execução dos contratos de parceria, ele poderá encaminhar uma denúncia à Corte de Contas ou à Controladoria-Geral da União, comunicar o fato ao Ministério Público ou ingressar com uma ação popular. Resta patente que a sociedade civil dispõe de mecanismos judiciais ou extrajudiciais para tornar efetivo o controle social sobre as PPP.

8.2. O controle externo das PPP

Preliminarmente, cabe ressaltar que, enquanto os limites e os fundamentos da competência do TCU para fiscalizar a execução dos contratos de concessão comum ensejaram relevantes debates, quando se trata das concessões patrocinadas ou administrativas, essas divergências de opinião perdem muito de sua razão de ser. Afinal, nessa última hipótese,

está expressamente prevista a aplicação de recursos públicos, seja em caráter complementar seja em caráter de exclusividade.

O Tribunal deve facilitar o exercício do controle social. Para tanto, deverá disponibilizar informações e análises para os cidadãos em geral

Assim sendo, não restam dúvidas de que a Corte de Contas é competente para proferir determinações aos entes públicos envolvidos visando corrigir vícios detectados em atos vinculados ou em atos discricionários ilegais ou que afrontem os termos dos respectivos edital ou contrato.

Entende-se, ainda, que compete ao TCU acompanhar o processo de contratação das PPP, desde o seu início até o seu término, com o intuito de conferir-lhe maior legitimidade⁷ e eficiência. Afinal, um controle eficaz contribui significativamente para reduzir o risco público, assegurar a sustentabilidade financeira e garantir a qualidade do serviço e o cumprimento das obrigações contratuais. Com esse propósito, o órgão de controle deverá verificar se o parceiro privado atingiu as metas de desempenho físico-financeiro fixadas no edital e no contrato e se o nível de qualidade do serviço está compatível com o padrão avençado.

Visando facilitar a atuação da Corte de Contas Federal, a Lei sob comento prevê o encaminhamento ao TCU, com periodicidade anual, dos relatórios de desempenho das PPP. O TCU também poderá adotar outros mecanismos de controle, de ofício ou após ser demandado pelo Congresso Nacional ou por outro ente legitimado.

Aduz-se que o Tribunal deve facilitar o exercício do controle social. Para tanto, deverá disponibilizar informações e análises para os cidadãos em geral. A uma, porque os maiores clientes do TCU devem ser os contribuintes, cujos recursos viabilizarão a execução das PPP. A duas, porque o exercício efetivo do controle social granjeará para as parcerias a legitimidade necessária a sua sustentação política e social. A três, porque a assimetria de conhecimentos verificada no caso das concessões comuns persiste no caso das parcerias, o que enseja a adoção de providências visando minimizar o desnível de informações existente entre os agentes privados e os usuários de serviços públicos em geral.

O TCU desenvolveu uma metodologia para analisar a outorga e a execução das PPP, a qual se encontra em fase de testes. Referida metodologia foi desenvolvida com base nos métodos e técnicas voltados para o acompanhamento das concessões tradicionais de serviços públicos e na experiência internacional. Paralelamente, foi elaborada proposta de Instrução Normativa e desenvolvido plano de capacitação de servidores.

Além de analisar os resultados obtidos pelas parcerias público-privadas, o TCU deverá fiscalizar as PPP sob o aspecto da legalidade

O controle externo das PPP no Brasil deve ser prévio e concomitante, como aliás ocorre com as concessões comuns. Aduz-se que o TCU deverá fiscalizar:

- o planejamento: visando aferir o atendimento pelo Poder Público das condições prévias à licitação, dentre as quais destacam-se a verificação da observância dos limites orçamentários e financeiros, as justificativas para a celebração da parceria e o atendimento à legislação ambiental, quando for o caso;
- o processo licitatório: com o fim de avaliar a regularidade e a efetividade da licitação, principalmente no que concerne à observância dos princípios constitucionais e legais, à trans-parência dos procedimentos adotados e à seleção da melhor proposta tanto para o Poder Público quanto para os usuários do serviço público em questão;
- a elaboração do projeto de parceria: para aferir as vantagens ofere-

cidas pelo projeto, sob as óticas econômica, financeira, técnica e social. Logo, deverá ser estimado o *value for money*⁸, se cabível;

- a assunção de obrigações e a aquisição de direitos pelo Estado: com o intuito de avaliar a posição jurídica e econômica do Poder Público na parceria, especialmente no que concerne aos riscos assumidos, às obrigações contraídas, à sustentabilidade financeira da PPP e aos mecanismos de acompanhamento da execução do objeto da parceria;
- o desempenho do contratado: verificando precipuamente a adequação da performance do agente privado aos parâmetros previamente definidos. Assim, deverá ser analisado o cumprimento das disposições contidas nas cláusulas administrativas e financeiras do contrato da PPP e apurado o nível de qualidade do serviço prestado pelo parceiro privado.

Cumprir destacar que, além de analisar os resultados obtidos pelas parcerias público-privadas, por meio de auditorias de cunho operacional, o TCU deverá fiscalizar as PPP sob o aspecto da legalidade. Afinal, em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e com a Lei Orgânica da Corte de Contas Federal, compete ao Tribunal de Contas da União verificar a existência de irregularidades ou de ilegalidades nos atos praticados por qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde, gereencie ou

administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Poder Público responda, ou que em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária. Além disso, sempre que o Tribunal constatar a existência de atos inquinados por vícios dessa espécie, ele deverá adotar as medidas necessárias ao pronto restabelecimento da legalidade, sem prejuízo da responsabilização dos agentes que tiverem atuado com culpa ou dolo.

9. Conclusão

A Administração Pública brasileira não possui os recursos necessários para arcar com os elevados investimentos em infra-estrutura que são necessários para garantir o crescimento sustentado do País nos próximos anos. Para se ter uma idéia do volume de recursos necessários, estima-se que, visando garantir um crescimento anual da ordem de 4,5% do PIB, será necessário investir anualmente cerca de 20 bilhões de dólares.

Para que as parcerias sejam bem sucedidas, devem ser elaboradas regras claras, precisas, estáveis e que sejam jurídica e politicamente sustentáveis

As Parcerias Público-Privadas inserem-se nesse contexto como um mecanismo capaz de atrair investimentos privados e gerar os seguintes benefícios esperados: viabilizar a prestação de mais serviços públicos de boa qualidade, incentivar a geração de emprego e renda, minimizar e diferir ao longo do tempo os impactos fiscais pela realização do investimento e alavancar a utilização dos recursos públicos em atividades produtivas.

Para que as parcerias sejam bem sucedidas, devem ser elaboradas regras claras, precisas, estáveis e que sejam jurídica e politicamente sustentáveis. Só assim será possível garantir a prestação de um serviço público adequado e o retorno financeiro dos capitais privados atraídos por meio dessas parcerias.

Por outro lado, se o marco regulatório não for bem formulado ou se não for estável, poderá haver um ciclo de crescimento dos investimentos seguido por um período de retração dos agentes privados, o que agravará a situação atual do País.

A estabilidade das regras ganha ainda mais relevo quando se observa o histórico das concessões no Brasil. Afinal, a partir de 1995, ocorreu em nosso País o fenômeno que Marçal Justen Filho denominou "demagogia regulatória"⁹, que consistiu no oferecimento ao investidor privado de condições altamente vantajosas seguido de inúmeros questionamentos, inclusive judiciais, que redun-

daram em alterações nas condições inicialmente pactuadas.

Dentro desse contexto, tanto os legisladores quanto os operadores do direito devem estar atentos para a necessidade de definir e preservar um "equilíbrio econômico-financeiro" adequado entre o investimento realizado e o retorno auferido. A manutenção desse equilíbrio é um fator decisivo para a tomada da decisão de investir em um ou em outro setor da economia, em um ou em outro país. E, nunca é demais lembrar, a globalização ampliou significativamente o leque de opções para os investidores.

O Tribunal é competente para proferir determinações quando se trate de corrigir vícios detectados em atos vinculados ou em atos discricionários ilegais

Cabe destacar que o modelo de Parcerias Público-Privadas a ser adotado no Brasil, além de ser consistente do ponto-de-vista jurídico, deve ser dotado de legitimidade política e social. Afinal, é preciso ter em mente que, por melhor que seja o trabalho jurídico desenvolvido quando da elaboração das leis que regerão essas parcerias, não será possível suprimir as prerro-

gativas essenciais do Poder Público, o qual poderá continuar a incluir nos contratos cláusulas ditas exorbitantes. Da mesma forma, não se pode impedir que tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário revisem os contratos celebrados.

Com esse desiderato, deve ser adotado um procedimento que permita a participação da sociedade e confira total transparência a todas as fases da celebração das parcerias, desde a elaboração dos projetos até a assinatura dos contratos e respectivos aditivos. Além disso, compete ao TCU acompanhar o desenrolar desse processo, conferindo-lhe maior legitimidade.

Importa destacar que, no caso das concessões comuns, foi debatida a extensão da competência do Tribunal de Contas da União, existindo quem alegasse que não havia dinheiro público envolvido nessas concessões e, conseqüentemente, o TCU não poderia determinar a adoção de providências pelas agências reguladoras. Entretanto, o Plenário da Corte de Contas Federal tem decidido que o Tribunal é competente para proferir determinações quando se trate de corrigir vícios detectados em atos vinculados ou em atos discricionários ilegais ou que afrontem os termos dos respectivos edital ou contrato. No caso das concessões administrativas ou patrocinadas, está prevista a existência de dinheiro público. Logo, sem sombra de dúvida, o TCU possui competência para fiscalizar as Parcerias Público-Privadas e determinar a adoção das medidas porventura julgadas cabíveis.

Diante do acima exposto, conclui-se que o marco regulatório relativo às Parcerias Público-Privadas deverá atender aos seguintes requisitos básicos, sob pena de comprometer o sucesso desse instituto:

- a) conferir previsibilidade e segurança ao parceiro privado, reduzindo, por via de conseqüência, os custos dos investimentos;
- b) prever instrumentos capazes de garantir a prestação de serviços de qualidade por longo tempo a um custo adequado;
- c) evitar a ocorrência de despesas públicas imprevistas e relevantes, ou seja, de novos "esqueletos".

Finalmente, cumpre salientar que o advento das Parcerias Público-Privadas, por si só, não representa um maior risco de corrupção ou de malversação de recursos públicos. Afinal, o Estado possui os instrumentos jurídicos necessários para combater esses males, até porque os dispositivos constantes da Lei de Licitações e Contratos serão aplicados subsidiariamente a essas parcerias. Ademais, não se afastou a necessidade da realização de licitações, ao contrário, estipulou-se a obrigatoriedade da utilização de concorrências. Da mesma forma, foram preservadas a necessária submissão à Lei de Responsabilidade Fiscal e a reserva do exercício pelo Estado das funções reguladora, fiscalizadora e de controle.

Bibliografia:

1. SUNDFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era do direito global*. In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 137.
2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 85.
3. SOUZA, Alfredo José de. *As Parcerias Público-Privadas e o desenvolvimento – o papel do controle financeiro externo*. *Revista do Tribunal de Contas*. nº 36. Lisboa (Portugal). Julho-Dezembro de 2001. p. 33.
4. Esse movimento foi explicado, entre outros, por Estominho, Maria João in *"Fuga para o Direito Privado"*. Coimbra: Almedina, 1996.
5. MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 138.
6. MILESKI, Hélio Saul. *PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei nº 11.079 de 30.12.2004*. *Revista Interesse Público*. Ano 6, nº 29, janeiro/fevereiro de 2005. Porto Alegre: Nota Dez.
7. Segundo a experiência internacional, a aprovação das parcerias pelos órgãos de controle tende a angariar legitimidade para essas iniciativas. Nesse sentido, COSSALTER afirmou que, no Reino Unido, o acolhimento favorável da autoridade superior de controle é também uma garantia, aos olhos do governo, do Parlamento e dos atores locais, quanto à seriedade e à viabilidade do programa PFI. (COSSALTER, Phillippe. *Le Private Finance Initiative*. Tradução de Marçal Justen Filho. Paris: Institut de la Gestion Déléguée, 2001.)
8. Cumpre destacar que o cálculo do value for money deve considerar, além da eficiência, a qualidade dos serviços prestados sob a égide da PPP em exame. Afinal, a experiência internacional demonstra que as vantagens propiciadas pela parceira podem não ser de ordem financeira. A título de exemplo, pode ser citado o caso do projeto imobiliário de Newcastle (Grã-Bretanha), consistente no financiamento, projeto, construção e reforma geral de imóveis que abrigam 13.000 agentes do Ministério da Seguridade Social. Segundo o *National Accounting Office – NAO*, apesar de a opção pela PFI não ter ensejado nenhuma economia, foi obtida uma nítida vantagem, tendo sido atingido o *best value for money*, pois as condições de trabalho naquele Ministério nitidamente melhoraram.
9. Palestra proferida no Seminário sobre Parcerias Público-Privadas, realizado em São Paulo (SP) no dia 2/12/2004.