

Como fiscalizar as PPPs

Marcelo Henrique Pereira

Sumário

1. Generalidades. 2. O Contrato de Parceria Público-Privada. 3. A fiscalização das PPPs pelos órgãos de controle externo. 4. Considerações finais.

1. Generalidades

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) direcionaram legisladores, administradores e julgadores a reestruturarem 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 – gerou 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 insti-

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

tuições de fim lucrativo e outras sem essa finalidade”.

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, entre outros, de projetos de infra-estrutura básica, sendo uma forma de expressão, inclusive, da chamada responsabilidade social atribuída ao capital privado.

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*¹. 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 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 de lucro com base na margem de segurança oferecida pela Administração Pública.

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.

Considera-se a PPP 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.

2. O Contrato de Parceria Público-Privada

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 incumbe, no todo ou em parte, ao ente privado, e 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 objeto 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 estabelecendo 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 con-

trato deverá conter a identificação dos gestores responsáveis pela execução e fiscalização do projeto contratado.

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 destes 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.

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.

3. A fiscalização das PPPs pelos órgãos de controle externo

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 Lei Federal nº 8.443/92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU);

3. Fiscalização dos repasses de recursos governamentais (art. 71, VI);

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), e legais da legitimidade e economicidade dos atos de gestão e a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas (art. 1º, § 1º, da LOTCU);

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 para-fiscais e prestem serviço de interesse público ou social (arts. 5º, V, e 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 contratos², 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 sustá-lo, em caso de irregularidades (art. 71, § 1º).

A partir do modelo de fiscalização existente, há que se permitir a configuração de novas atribuições ao Sistema Tribunal de Contas, no exame das PPPs. Nesse sentido, o Controle Externo haverá de mensurar, entre outros: 1) eventuais descumprimentos das regras fixadas pela LRF (afecção 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 efetivo 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 dispositivo do Regimento Interno do Pretório Catarinense (Resolução nº TC 06/01, art. 54): “O Tribunal de Contas poderá solicitar, para exame³, até o dia útil imediatamente anterior à data do recebimento das propostas, cópia de edital de licitação, na modalidade de concorrência, já publicado”.

Como modalidade de fiscalização, a Auditoria de Gestão seria o método apropriado para um melhor equacionamento das variantes político-administrativas presentes no contrato de parceria. Referida auditoria é a “[...] 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; 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).

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, comple-

mentariamente); 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 nº 2546/03, de consultas públicas ou licenciamento ambiental)⁴.

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

1. Se a PPP proporcionou (ou não) ao ente público alguma economia mensurável ou ganho identificado de eficiência⁵;

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 comprometido(s) 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 fim, 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 resulta-

dos externamente positivos (qualidade da prestação do serviço para o usuário/contribuinte/cidadão) com sua realização.

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

4. Considerações finais

Viu-se que as Parcerias Público-Privadas surgem como alternativa aos usuais modelos de contratação pública vigentes no país, há décadas, 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 ditas 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”.

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 dessa 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.

Notas

¹ Mencionam-se, entre tais garantias, o pagamento de tarifas e a rentabilidade do setor privado.

² Assinando prazo, se for o caso, para a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 45, da LOTCU).

³ Do exame, consoante o art. 55, I, do RITCE, poderão advir: 1) a arguição das ilegalidades que o ato contiver; 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.

⁴ O impacto social poderá refletir-se em aumento de preços dos serviços, repressão ou arrocho salarial e desemprego.

⁵ 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 estrangula-

mento do sistema (e da capacidade de financiamento do Estado, via própria ou por contribuintes) para o porvir.

Referências

BONELLI, Cláudia Elena; IAZZETTA, Rodnei. O marco regulatório das atividades passíveis de implementação sob o regime de PPP. *Revista Jurídica Última Instância*, São Paulo, 6 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ultimainstancia.com.br/artigos/ler_noticia.php?idNoticia=3430>. Acesso em: 22 out. 2004.

BRASIL. Lei federal nº 4.320/92. Lei da contabilidade pública. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 mar. 1964.

BRASIL. Lei federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Lei da improbidade administrativa. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Lei orgânica do Tribunal de Contas da União. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1992.

BRASIL. Lei ordinária nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Estatuto das licitações e contratos administrativos. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Lei das PPPs – Parcerias Público-Privadas. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2004.

BUGALHO, Vinícius; BUGALHO, Gustavo Rusignoli. A nova lei estadual paulista de parcerias público-privadas e uma nova perspectiva para o alcance das metas estatais. *Juris Sintese*, Porto Alegre, n. 28, 2004. Edição em CD-ROM.

DE SÁ, A. Lopes. *Dicionário de contabilidade*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1993. 443 p.

GOMES, Marcos Eduardo Ruiz Coelho. Parceria público-privada: breves apontamentos ao substitutivo do projeto de lei n. 2546/03, em trâmite na câmara dos deputados. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 388, 30 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5510>>. Acesso em: 15 nov. 2004.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 48, 2004. Edição em CD-ROM.

MOREIRA, Hélio Cabral. *Project finance*. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/projectf.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2004.

PASIN, Jorge Antônio Bozoti. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada na gestão de infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003.

PINTO, José Emilio Nunes. As parcerias entre o setor público e o setor privado. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 11 abr. 2003. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1502>. Acesso em: 10 out. 2004.

REDE BRASIL. PPP: Uma caixa de pandora com aval das IFMs. *Informe da Rede Brasil sobre Instituições Financeiras Multilaterais*, Brasília, n. 4, 2004. 5 p.

SANTA CATARINA. Lei Estadual nº 12.930, de 04 de fevereiro de 2004. Institui o marco regulatório dos programas de parcerias público-privada no âmbito do Estado de Santa Catarina. *Diário Oficial do Estado*, Santa Catarina, 4 fev. 2004.

SÃO PAULO (Estado). Lei Estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. *Diário Oficial do Estado*, São Paulo, 20 maio 2004.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. Considerações sobre a parceria público-privada. *Licitação.com*, São Paulo, [2004]. Disponível em: <<http://licitacao.locaweb.com.br/artdescricao.asp?cod=35>>. Acesso em: 10 out. 2004.

VIEIRA, Daniela Calazans; KRAUSE, Gilson Galvão; PINTO JR., Helder Q.; SILVEIRA, Joyce Perin. *Project finance*. Agência Nacional do Petróleo - ANP, Brasília, [1999]. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/Nota_Tecnica_ANP_007_1999.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2004.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: A evolução dos contratos e o código civil. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 48, 2004. Edição em CD-ROM.

