

Cadernos

da Escola Paulista de
Contas Públicas do TCE/SP

EDIÇÃO

Parcerias Público-Privadas e Concessões

ISSN 2595-2412 | Edição nº 7 - 2021

Auditoria de Performance como Pré-Requisito para Proposições de Projetos de Desestatização

Estruturação de Garantias sob Ambiente de Restrições Fiscais: A Utilização de Parcela do Ganho de Eficiência como Fonte de Recursos para Conta Garantia (escrow account)

O Plano de Concessões do Município de São Paulo e o Controle do Tribunal de Contas e do Poder Judiciário

Diálogo Competitivo: O que é e como essa Nova Modalidade Licitatória Pode Impactar a Atuação dos Tribunais de Contas nas Análises Prévias dos Editais de Concessões Comuns E PPP

Parcerias Público-Privadas em Casas Legislativas: Possibilidades e Desafios

Análise Prévia de Editais de Licitação de PPPs: A Experiência do TCE-SP no Setor de Iluminação Pública



ESCOLA PAULISTA DE CONTAS PÚBLICAS
Presidente Washington Luís
Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Cadernos

da Escola Paulista de
Contas Públicas do TCESP

ISSN 2595-2412 | Edição nº 7 - 2021



ESCOLA PAULISTA DE CONTAS PÚBLICAS
Presidente Washington Luís

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

COMPOSIÇÃO TCESP

Conselheira Presidente

Cristiana de Castro Moraes

Conselheiro Vice-Presidente

Dimas Ramalho

Conselheiro Corregedor

Sidney Estanislau Beraldo

Conselheiros

Edgard Camargo Rodrigues

Renato Martins Costa

Antonio Roque Citadini

Auditores

Samy Wurman

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis

Antonio Carlos dos Santos

Josué Romero

Silvia Monteiro

Valdenir Antonio Polizeli

Márcio Martins de Camargo

Procuradores do Ministério Público de Contas

Thiago Pinheiro Lima - Procurador Geral

Celso Augusto Matuck Feres Junior

Elida Graziane Pinto

João Paulo Giordano Fontes

José Mendes Neto

Leticia Formoso Delsin Matuck Feres

Rafael Antonio Baldo

Rafael Neubern Demarchi Costa

Renata Constante Cestari

Secretário-Diretor Geral

Sérgio Ciquera Rossi

EQUIPE EDITORIAL

Direção

Bibiana Helena Freitas Camargo

Elaboração

Ivan Moncoski Mangano

Maurício de Freitas Bento

Patrick Raffael Comparoni

Colaboração

Nayara Macedo Albrecht

Davi Lyra Leite

Simone Mayara Ferreira

Maira Coutinho Giroto

Manuela Prado Leitão

Guilherme Jardim Jurksaitis

Larissa Medeiros Coutinho

Rafael Richter

Leonardo Regazzini

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Bruno Horota Horioka

Alessandro César Finardi

Edição nº 7.

Esta é uma publicação da Escola Paulista de Contas Públicas “Presidente Washington Luís” do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

cadernos@tce.sp.gov.br

ISSN: 2595-2412

C122

Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas do TCESP [recurso eletrônico] / Escola Paulista de Contas Públicas do TCESP. – v. 1, n. 1 (2017). – São Paulo : Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2017. .

Semestral.

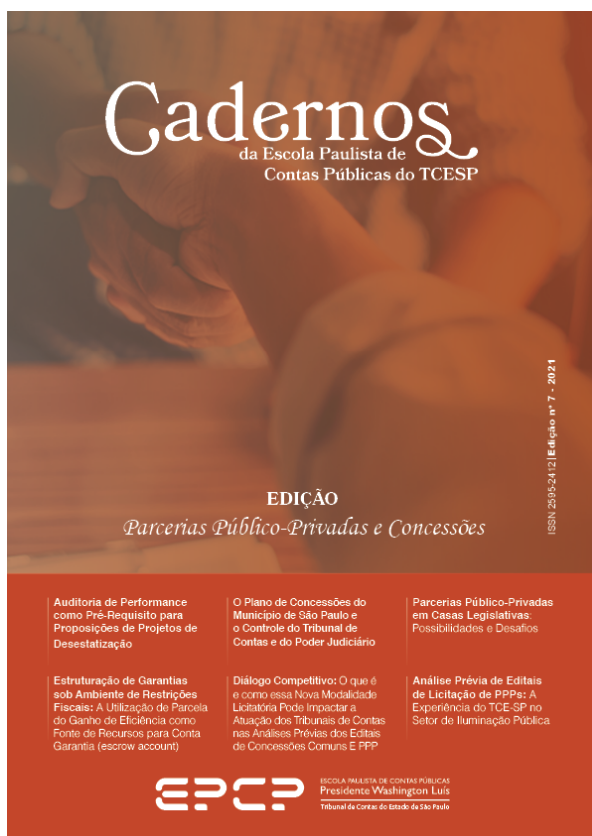
Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/issue/archive>

ISSN 2595-2412

1. Direito – Periódico. 2. Políticas Públicas. 3. Administração Pública. 4. São Paulo. 5. Controle de Gastos Públicos. 6. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. I. Escola Paulista de Contas Públicas do TCESP.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114



As parcerias entre o setor público e o setor privado vêm ganhando importância nas últimas décadas como instrumentos para elevar os investimentos em infraestrutura e melhorar a qualidade da prestação de serviços públicos. Mais recentemente, tornaram-se ainda mais relevantes devido à crise econômica e às consequentes restrições fiscais.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo busca fornecer um espaço para que acadêmicos, pesquisadores e técnicos, tanto do setor público quanto do setor privado, possam discutir o tema de maneira qualificada, seja em palestras e aulas ou, aqui, em nossa revista acadêmica.

Assim, na presente edição, a Comissão Editorial da Revista Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas focalizou o tema das parcerias público-privadas (PPPs) e concessões, trazendo artigos que o exploram em

âmbito municipal, estadual e federal, tanto na perspectiva do Poder Executivo, ou seja, do gestor, quanto dos Poderes Legislativo, Judiciário e dos Tribunais de Contas, controladores. Esta edição contempla também artigos sobre assuntos na fronteira do debate jurídico, como a aplicação do Diálogo Competitivo em PPPs.

Por fim, ressaltamos que esta Escola de Contas e a Corte de Contas Paulista estão abertas ao diálogo para todos aqueles que se dedicam ao melhoramento constante da Administração Pública e das políticas públicas, buscando sempre conciliar a eficiência, a efetividade e a responsabilidade fiscal. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Comissão Editorial da Revista Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas

SUMÁRIO

- 4** Expediente
- 5** Editorial
- 6** Sumário
- 7** Artigos
 - 7** Auditoria de Performance como Pré-Requisito para Proposições de Projetos de Desestatização
 - 30** O Plano de Concessões do Município de São Paulo e o Controle do Tribunal de Contas e do Poder Judiciário
 - 53** Parcerias Público-Privadas em Casas Legislativas
 - 77** Estruturação de Garantias sob Ambiente de Restrições Fiscais
 - 88** Diálogo Competitivo
 - 100** Análise Prévia de Editais de Licitação de PPPs
 - 122** Como Publicar Artigos na Revista Cadernos
 - 125** Endereços do TCESP



Auditoria de Performance como Pré-Requisito para Proposições de Projetos de Desestatização

Fernando Freire Dutra

Mestrando em Gestão e Políticas Públicas pela FGV-SP. Ministério da Economia. Brasília-DF, Brasil.
fernando.dutra@economia.gov.br

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo identificar a importância do planejamento prévio na seleção de projetos de infraestrutura a serem incluídos em carteiras de desestatização nos âmbitos Federal e Estadual. Este estudo aborda um panorama geral sobre as iniciativas de desestatização no Brasil, avaliando as metodologias de pré-seleção de projetos utilizadas no Programa de Parcerias e Investimentos do Governo Federal (PPI) e nos programas de concessões e PPPs dos Estados da Bahia e de São Paulo. Na primeira seção deste trabalho são apresentados os principais autores que embasam a fundamentação teórica, principalmente, naquilo que diz respeito à análise de comparabilidade e a estudos de *Value for Money*. A seção seguinte apresenta os resultados obtidos com a pesquisa, avaliando se de fato existem uma organização ou critérios rígidos por parte dos Estados naquilo que se refere à pré-seleção de projetos de desestatização de infraestrutura. Como conclusão, são oferecidas sugestões de como aprimorar os estudos de pré-seleção e padronização dessas iniciativas.

PALAVRAS-CHAVE: Parcerias Público-Privadas. Concessões. Desestatização. Análise de *Value For Money*. Auditoria de Performance. Programa de Parcerias e Investimentos. Estado de São Paulo. Estado da Bahia.

INTRODUÇÃO¹

Em meio a diversas proposições de projetos de desestatização², como podem os investidores distinguir quais projetos estão realmente focados em obter êxito? Afinal, tratando-se apenas de Parcerias Público Privadas (PPPs), entre os anos de 2016 e 2017, apesar de terem sido iniciados 165 projetos nessa modalidade em todo o país, apenas 5 contratos foram efetivamente assinados (RadarPPP, 2019). Agora, em meio às diversas promessas feitas por candidatos em campanhas eleitorais, nos âmbitos estaduais, municipais e federal, o que devem os investidores observar ao se debruçarem e direcionarem esforços para investir em projetos de grandes dimensões? Não menos importante é que os governos subnacionais possam aprender com as experiências internacionais sobre a seleção de projetos para integrar suas carteiras de participação privada em infraestrutura.

Tomemos como exemplo a *Infrastructure and Project Authority* (IPA), uma unidade do Governo Britânico especializada em projetos de infraestrutura, reportando-se diretamente ao Primeiro Ministro e ao Tesouro Britânico. O foco de atuação da IPA é selecionar, diagnosticar, estruturar e viabilizar projetos de infraestrutura nos mais diversos setores econômicos do Reino Unido, como educação, transportes,

telecomunicações e defesa. No entanto, para que um dos projetos seja selecionado e anunciado como integrante de uma carteira ele é, primeiramente, submetido a inúmeros “testes” e estudos preliminares de qualificação.

Segundo Encinas (2018), Diretor do Tesouro Britânico, é fundamental um estudo prévio de qualificação e viabilidade antes de se agregar a uma carteira de infraestrutura um projeto que envolva a participação privada. Esse diagnóstico a respeito da necessidade de pré-qualificação de uma iniciativa deve levar em consideração as mais diversas instâncias de influência, sendo alguma delas:

- (i) Marco Político/Regulatório, avaliando a viabilidade política e a justificativa para se priorizar uma determinada proposta em detrimento de tantas outras necessidades públicas, sendo recomendável ainda que sejam avaliadas as barreiras legais que podem vir a afetar a viabilidade do projeto;
- (ii) Marco Institucional, no que diz respeito à capacidade técnica do setor público em viabilizar aquela ideia, seja levantando as informações necessárias para o projeto, seja organizando as equipes que se dedicarão ao longo período de estruturação;

¹ Enquanto no desenvolvimento desse Trabalho de Conclusão de Curso, uma versão dessa seção foi publicada no Jornal o Estado de São Paulo na data de 06 de junho de 2019.

² Segundo a Lei Federal N 9.491, de Setembro de 1997, Art 3: “As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais: I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações; II - abertura de capital; III - aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; IV - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; V - dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos; VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos. VII - aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.”

(iii) Marco Associativo, o qual está relacionado à capacidade de o setor privado viabilizar a proposta e/ou se existe de fato interesse do mercado privado por aquela proposição, seja em termos de atratividade econômico-financeira, seja quanto ao grau de risco que percebem no projeto;

(iv) Marco Processual, que diz respeito à capacidade de o poder público padronizar o marco processual do projeto, garantindo que o processo já seja conhecido pelos investidores, com regras e procedimentos padronizados e bem estabelecidos.

Segundo Bourn (2007), a discussão sobre o desenvolvimento de análises que apresentem os custos e benefícios dessas iniciativas de infraestrutura não é nova no Reino Unido. A Análise de Custo-Benefício (CBA) surgiu na década de 1960, com a Rodovia M1, que liga Birmingham a Londres. O racional desse conceito consiste na realização de uma comparação qualitativa e quantitativa das diferentes formas de estruturação que podem ser adotadas para um determinado projeto. Em outras palavras, a CBA compara, de forma bastante direcionada, os impactos de um projeto ser viabilizado por meio de um contrato público tradicional ou de um contrato que contemple a participação privada.

Cada opção é avaliada por meio de um “modelo ideal”, com base no qual é estimado o melhor cenário de custos e benefícios sociais a serem gerados. A decisão de qual modalidade ou opção será escolhida para integrar a carteira de infraestrutura dependerá não apenas de um menor impacto de seus custos ao setor

público, mas, também, da solução que consiga oferecer maior relevância em termos de desenvolvimento socioeconômico para o local em que será implantado.

No Brasil, tanto a Lei 11.079/2004, a Lei de PPP, em seu artigo 10º, como também a Lei 8.987/1995, a Lei de Concessões, em seu artigo 5º, preveem a necessidade de que, para a viabilização de uma projeto por meio de PPP ou Concessão Tradicional, sejam demonstradas a conveniência e a oportunidade da contratação nessas modalidades, mediante a identificação das razões que justifiquem a opção proposta. Assim, antes que um governo decida implementar ou anunciar seus projetos de Concessão ou PPP, seria adequado que esses projetos já houvessem tido suas viabilidades preliminares atestadas, sobretudo, quanto às formulações contratuais mais vantajosas para as iniciativas em questão.

Isso que se denomina como “auditoria de performance” garantiria, portanto, que os projetos apresentados ao mercado privado, mesmo que ainda em fase de intenção e estruturação, teriam uma “razão de ser” em que seus potenciais impactos positivos quanto à geração de riqueza e análise de custos também tenham sido previamente comprovados em termos técnicos, econômicos, de eficiência e de efetividade, quando comparados com outras modalidades de contratações. Os governos devem ter a responsabilidade de atentar às iniciativas que estão promovendo, uma vez que carteiras repletas de projetos não necessariamente transmitirão uma mensagem positiva aos investidores privados. Por outro lado, projetos previamente avaliados e criteriosamente selecionados e priorizados têm uma maior probabilidade de serem exitosos.



Fonte: <https://pixabay.com/pt/illustrations/gr%C3%A1fico-anal%C3%ADtico-cubos-barras-1545734/>

Esse artigo objetiva, portanto, identificar se os estados brasileiros, ao anunciarem seus programas de desestatização da infraestrutura, estão seguindo uma metodologia de pré-seleção de projetos levando em conta importantes aspectos, tais como: pré-viabilidades técnica e regulatória, impacto político-social e, sobretudo, vantagem da iniciativa em comparação a outras modalidades de estruturação do projetos. Para tanto, são aqui estudados: (i) o Programa Federal de Parcerias e Investimentos (PPI), (ii) o Programa de PPPs e Concessões do Estado de São Paulo e (iii) o Programa de PPPs do Estado da Bahia. Além disso, é apresentado o que tem sido promovido em termos de melhores práticas mundiais relacionadas a esse tema. Por fim, é avaliado se a União e os Estados de São Paulo e Bahia têm, de alguma forma, aplicado metodologias de seleção e priorização de seus projetos de desestatização.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A Análise de Value for Money

Uma das principais metodologias de avaliação dos ganhos de eficiência de PPP e Concessões é denominada *Value for Money* (VfM). Segundo Burn (1997), esse termo pode ser definido como a mensuração da diferença apurada entre o cenário em que se considera viabilizar um projeto, incluindo investimentos e operacionalização, por meio da Administração Pública, versus um cenário no qual o projeto seria viabilizado com a iniciativa privada assumindo essa parte dos riscos e custos em troca de uma remuneração.

No Reino Unido, o Tesouro Britânico avalia que o “VfM necessita ser identificado por meio da comparação de proposições do setor privado com um Projeto de Referência” (HM TREASURY, 1997). Portanto, sob esse pretexto, o VfM é o resultado da comparação entre custos e benefícios de construção/aquisição/ operação exercida pela administração pública com os custos e benefícios dessas atividades no cenário em que sejam exercidas via contrato envolvendo a iniciativa privada. Dessa forma, é possível demonstrar que os recursos necessários à implementação do projeto serão aplicados de maneira adequada, ou seja, de modo que, quantitativa e qualitativamente, gere valor para a administração pública e para sociedade.

A solução de VfM que ganhou ampla aceitação no Reino Unido é uma melhor explanação sobre qual é a função do dinheiro

público. Dessa forma, a justificativa para os gastos, processos e procedimentos que deem sustentação a esses, pode ser determinada e avaliada em função de como contribuirão para os resultados pretendidos (Bourn, 2007). A avaliação de VfM é iniciada pela seleção das modalidades de contratação pública a serem comparadas entre si. No entanto, para que se faça a comparação, deverão ser considerados os aspectos qualitativos e quantitativos.

Recomenda-se uma análise quantitativa e qualitativa. Os órgãos devem observar outros setores para avaliar o impacto dos seus projetos no mercado. A análise qualitativa considera a viabilidade, aceitabilidade e exequibilidade da PPP em relação a outros modelos contratuais. A análise quantitativa estima os custos de implantação e operação, incluindo ajustes para o viés otimista e os riscos específicos, assim como os custos de transição. Inevitavelmente, a análise quantitativa no nível do programa utiliza estimativas subsidiadas por evidências de contratos anteriores. Essa abordagem deve desencorajar modelagens complexas e promover simplicidade para refletir as incertezas desse estágio do processo. (Grillo, 2008, p. 174)

Assim, na análise qualitativa, por exemplo, são comparados os benefícios não financeiros proporcionados por cada modalidade de

contratação, avaliando os impactos da implantação do projeto na modalidade de PPP ou de Concessão. Dentre as principais premissas a serem analisadas constam: (i) os impactos socioeconômicos; (ii) a manutenção de padrões de qualidade; (iii) a transferência de risco; (iv) a disponibilidade do serviço aos cidadãos; e a (v) transferência do ativo ao final da concessão.

Por outro lado, na análise quantitativa são comparados os custos totais inerentes ao projeto sob a perspectiva da gestão pública, tendo como base o modelo de contratação tradicional, com os custos totais e receitas do modelo de contratação por meio do setor privado, método também conhecido como Projeto Público de Comparação (Public Sector Comparator – PSC)³. Neste caso, dos fluxos resultantes de cada modalidade contratual são então descontadas diferentes taxas: enquanto o projeto realizado via contratação tradicional será descontado pelo custo de financiamento público, a realização via PPP, por exemplo, será descontada por uma Taxa de Desconto Social⁴ (TDS). Caso o Valor Presente da realização do projeto via contratação tradicional supere o da PPP, tem-se que a PPP é a opção menos custosa para a administração pública e, portanto, gera “*Value for Money*”⁵ para essa.

³ “[...] The Public Sector Comparator calculation. It compares the costs of different options of procurement over their full lifetime, for example over a 30 years contract, to find a net present value. This might be in the form of a set of costs of different ways of providing the same mix of outputs of a given standard. Alternatively, it would be possible to conduct the comparator test along lines of a more sophisticated benefit exercise, in which both benefits and costs are allowed to vary to some extent. The Public Sector Comparator is an area in which the National Audit Office has been as central as it has been critical.” (Bourn, 2007, p.145)

⁴ “Formalmente, a taxa social de desconto é a taxa marginal de substituição entre o consumo atual e o consumo futuro da sociedade. Em um mercado de concorrência perfeita, essa taxa social de desconto é igual à taxa de juros expressa pelo quociente do consumo atual (ou dinheiro hoje) e consumo futuro (ou dinheiro futuro)” (Hicks, 1973, p. 958)

⁵ In assessing and delivering VfM it is also important to note that VfM is a relative concept which requires comparison of the potential or actual outcomes of alternative procurement options. (...) This requires a high degree of estimation, especially where experience and/or data on similar projects procured under different procurement routes is limited. However, as markets change and mature, what may have been considered the most appropriate way to procure a project, or the best terms which could be achieved, may change. Therefore, care must be taken when comparing and benchmarking current situations to historical information and data (Value for Money – Assessment Guidance. HM Treasury Contracts. London. 2006 p.7. In hm-treasury.gov.uk)

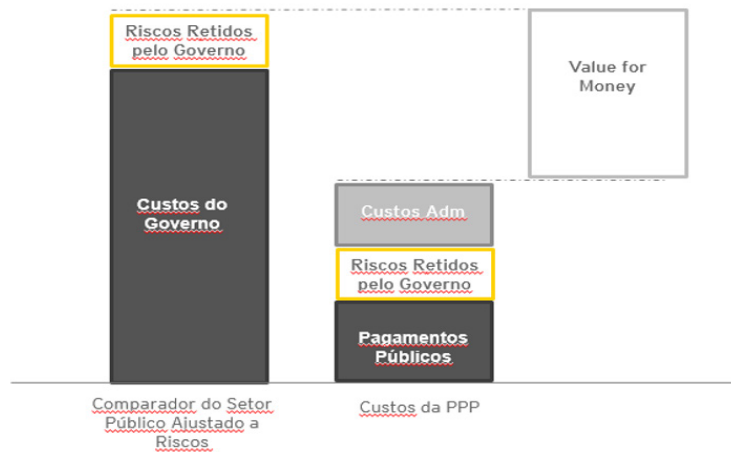


Figura 1 - Comparador do Setor Público vs Custos da PPP

A imagem acima pode ser traduzida na fórmula apresentada no quadro abaixo:

Fonte: do Autor.

$$VfM = \sum_{t=0}^n \frac{Yc_t}{(1+r)^t} - \sum_{t=0}^n \frac{CC_t + OM_t + RR_t + CO_t}{(1+r)^t}$$

VfM = Value for Money
Yc_t = Custo anual do modelo de Concessão/PPP no ano t
r = Taxa de Desconto
CC_t = Custo de Construção (incluindo excedentes) do CSP no ano t
OM_t = Custos de Operação e Manutenção do CSP no ano t
RR_t = Custo de Reposição e Renovação do CSP no ano t
CO_t = Excedentes de Custos de CSP no ano t

Figura 2 - Fórmula de cálculo, Análise quantitativa de Value for Money

Fonte: Guia Suplementar para avaliações de Value for Money. Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, 2018.

É importante destacar que, embora o VfM pressuponha que a opção pelo modelo de contratação tradicional seja possível, na realidade o ente público pode estar sujeito a restrições orçamentárias que o impeçam de obter o financiamento necessário à implementação de um projeto com recursos públicos de

forma a garantir a mesma celeridade, eficiência e qualidade que uma PPP ou Concessão, com suas características de financiamento de longo prazo ao poder público. Em casos como esse, a análise de VfM poderia ser dispensada devido à limitação orçamentária da administração pública para realizar a contratação em outra modalidade que não a de PPP e a Concessão. Contudo, ainda assim, é recomendável uma análise econômica intensiva e extensiva que demonstre que o projeto é viável tanto sob a ótica financeira como sob a ótica social.

A seleção do melhor projeto envolve um pensamento estratégico que não tome partido no que diz respeito a qual modalidade de contratação seria melhor viabilizada de uma forma ou de outra. Esse processo de montagem de carteiras ou priorização de projetos que serão viabilizados por meio de participação privada deve buscar responder algumas questões fundamentais para garantir uma boa análise de VfM. Para Grilo (2008), o VfM deve dar prioridade aos seguintes pontos:

(i) Economia de gastos públicos: Assumir que a PPP possui gastos inferiores àqueles da gestão de serviços públicos, justificando-a por um serviço de maior qualidade e menor custo;

(ii) Eficiência alocativa: indicar argumentos de otimização dos recursos para se alcançar os resultados propostos na prestação de serviços escopo do projeto;

(iii) Eficácia: Justificativas que assegurem que o resultado de determinada atividade atinja os objetivos esperados. Isso poderia ser demonstrado tanto pela melhoria dos resultados da prestação do serviço quanto pelo desempenho do parceiro privado para alcançar os resultados;

(iv) Efetividade: capacidade de continuidade dos serviços a serem prestados ao longo do tempo;

(v) Sustentabilidade: visa a atender aos objetivos de forma completa, ampla, em que não só os aspectos técnicos e econômico-financeiros são atenciosamente considerados, mas, também, o foco na sociedade, considerando-se aspectos qualitativos, ambientais, sociais e culturais.

2.2 A Análise de Value for Money na Legislação Brasileira

No Brasil, a legislação federal de PPP estipula que, ao apresentar projetos dessa natureza, o poder público demonstre por meio de um estudo de vantagens comparativas, ou seja, uma análise dos motivos que o levaram a licitar esse projeto na modalidade de PPP em detrimento de outras alternativas de contratação pública. Segundo a Lei Federal 11.079/2004, art. 10:

Art 10. A contratação de parcerias público-privadas será precedida de licitação na modalidade de concorrência estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: A conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público privada; [...]

A legislação mostra-se omissa quanto ao tipo de metodologia a ser utilizada, podendo ser apresentado pelos órgãos públicos tanto um estudo qualitativo como um quantitativo.

Segundo Roberto Tadeu, Auditor Público e Coordenador do Serviços de Auditoria Estadual do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul⁶, o órgão público possui discricionariedade para apresentar a metodologia que o leve à decisão de desenvolver aquele projeto por meio de uma PPP. O órgão de controle, portanto, irá avaliar se a metodologia permite ou não chegar àquela escolha.

O mesmo ocorre na Lei Federal 8987/1995, conhecida como Lei Geral de Concessões, que também prevê em seu artigo 5º a necessidade de um estudo comprobatório de vantagens comparativas para a elaboração de projetos na modalidade de Concessões:

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Em vista do que foi tratado acima, pode-se afirmar que não existe uma necessidade de padronização de metodologias de pré-viabilidade de projetos de PPPs e Concessões. Entretanto, as análises e os estudos desenvolvidos para provar a conveniência de uma PPP e Concessões em relação a outras modalidades de contratação pública estão submetidos a uma avaliação de sua eficácia aos fins propostos.

No Brasil, ainda que a apresentação de um estudo comprobatório das reais vantagens de uma PPP ou Concessão frente a outros

modelos de contratação seja algo necessário para a realização de projetos dessa natureza, esse é apenas disponibilizado por meio da lei de acesso à informação, Lei Federal N o 12.527/2011, dificultando muitas vezes o acesso popular às estimativas calculadas. Além disso, a legislação federal não obriga o poder público a apresentar a atualização dos índices de vantagem comparativa ao longo do projeto de PPP ou de Concessão. Buccini, Paiva e Almeida (2015, p.7)⁷ descrevem, que

“para cumprir os princípios norteadores dos processos licitatórios de moralidade, publicidade e transparência, seria recomendável que a legislação exigisse que contratos, estudos e justificativas de contratação fossem diretamente fornecidos aos cidadãos, contribuindo para maior transparência nestes processos”. (Buccini, Paiva e Almeida, 2015).

Além disso, um outro fator de discussão sobre a análise de VfM no Brasil diz respeito à realização desse estudo não somente na fase de avaliação dos projetos (*ex-ante*), mas, também, *ex-post*, ou seja, em uma fase após a adjudicação do projeto a fim de que este seja frequentemente avaliado quanto às premissas de vantagens comparativas do contrato em questão ao longo do seu ciclo de vida.

⁶ Entrevista telefônica realizada em 14/07/2019 às 20:30h.

⁷ Value for Money: As PPPs trazem eficiência? Uma análise dos projetos das Unidades de Atendimento Integrado do Governo de Minas Gerais. Disponibilizado em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2016-10/value-for-money-as-ppps-trazem-eficiencia-uma-analise-do-projeto-das-unidades-de-atendimento-integrado-do-governo-de-minas-gerais.pdf>

3. DISCUSSÃO

3.1 O PPI e outros Programas Federais de Apoio a PPPs e Concessões⁸

As taxas de mortalidade de projetos de PPPs e Concessões ainda continuam bastante elevadas no Brasil, principalmente na etapa de estruturação de estudos. Isso ocorre em virtude da (I) fragilidade técnica dos governos naquilo que se refere, por muitas vezes, a não possuírem equipes especializadas e unidades técnicas independentes para a estruturação desses projetos; (II) recursos limitados para a contratação de consultorias especializadas que possam assessorar o desenvolvimento dos estudos necessários; (III) ausência de regulamentação local que atenda e viabilize especificidades locais; (IV) o desconhecimento sobre o alto comprometimento fiscal e de governança que um projeto dessa modalidade, principalmente de PPPs, exige; e (V) a ausência de estudos preliminares que demonstrem a real viabilidade jurídica, ambiental, técnica e econômico financeira dos projetos.

Tendo em vista esses desafios, inúmeras iniciativas têm sido desenvolvidas pelo Governo Federal visando a auxiliar governos Estaduais e Municipais na montagem de bons projetos de infraestrutura. Um entendimento absolutamente correto, no qual o enfoque está sendo dado à viabilização de projetos que garantam

independência, segurança jurídica, viabilidade técnica e econômico-financeira e, consequentemente, atratividade para o setor privado.

Como mencionado acima, o Programa de Parcerias e Investimentos (PPI) objetivou fortalecer a relação entre o setor público e a iniciativa privada, por meio de projetos de PPPs, Concessões e outras modalidades contratuais de participação privada na infraestrutura.

O programa definiu diretrizes técnicas e independentes, bem como uma governança estruturada e uma metodologia qualificada para as fases de seleção, priorização e apoio na montagem de projetos de infraestrutura do Governo Federal e dos Governos Estaduais.

Naquilo que concerne à seleção de projetos a serem priorizados no PPI, o Programa conta com o apoio da Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura (SDI), órgão vinculado ao Ministério da Economia que, conforme Decreto 9.745/2019, tem como competência:

Art. 107. À Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura compete:

I – coordenar a definição de metas de investimento em infraestrutura;

II – coordenar e consolidar, em articulação com os órgãos setoriais, a elaboração do planejamento de infraestrutura de longo prazo, para a maximização da produtividade e competitividade do país;

III – apoiar a formulação, além de monitorar e avaliar, políticas públicas, planos e programas de investimentos em infraestrutura;

IV – coordenar a elaboração de metodologia de priorização de projetos de infraestrutura, para maximização da produtividade e competitividade do país;

⁸ Enquanto no Desenvolvimento desse Trabalho de Conclusão de Curso, uma versão dessa seção foi publicada da Revista Infra na data 06 de junho de 2019.

Portanto, a SDI é o órgão no Ministério da Economia responsável pela coordenação das análises de viabilidade econômica e regulatória dos projetos a serem contemplados na carteira da infraestrutura nacional e, principalmente, na carteira de priorização do PPI. A SDI elabora e revisa periodicamente a metodologia para a definição de metas de investimentos em infraestrutura, bem como monitora a aplicação de metodologia de priorização de projetos de infraestrutura⁹.

Já em relação aos municípios, o PPI possui uma estrutura especial para viabilizar iniciativas de Infraestrutura em setores como Resíduos Sólidos, Saneamento e Iluminação Pública. No ano de 2017, o Fundo de Apoio à Estruturação e ao Desenvolvimento de Projetos de Concessões e Parcerias Público-Privadas

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (FEP/PPI) foi criado tendo como base a Lei Federal 13.529/2017, a fim de incentivar, inicialmente, os municípios de médio porte a viabilizarem seus projetos nessas modalidades. Esse marco legal também instituiu um fundo com limite de R\$ 180.000.000,00 administrado pela Caixa Econômica Federal (CEF) com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação dos projetos de Concessões e de PPPs.

O Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) também tem sido protagonista em um importante programa de apoio a projetos de desestatização municipal. Denominado Programa de Estruturação de Concessões e PPPs, este é, por sua vez, desvinculado do PPI¹⁰, e



Fonte: <https://www.pexels.com/photo/man-woman-desk-office-8550496>

⁹ Foi apresentado pela SDI, no ano de 2021, o Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimentos em Infraestrutura, que objetiva fornecer diretrizes e recomendações a fim de padronizar a metodologia de avaliação de projetos e programas, visando sua aplicação sistemática à seleção e priorização de investimentos.

¹⁰ BNDES utiliza recursos próprios, não dependendo de recursos orçamentários da União. O Programa é regido por um normativo interno que direciona como tratar seus projetos, o que permite ao BNDES uma liberdade maior no fomento e execução de suas iniciativas.

tem por objetivo apoiar projetos nas áreas de Iluminação Pública (IP), Resíduos Sólidos e Saneamento. Essa iniciativa tem por objetivo qualificar as etapas de seleção e estruturação de projetos de PPP nos municípios, diminuindo a taxa de mortalidade dos projetos e criando um ambiente favorável à viabilização desses. Ademais, o programa também proporciona maior segurança institucional ao mercado privado, dada a experiência e a credibilidade do BNDES com esse tipo de iniciativa.

O modelo de adesão dos municípios ao programa capitaneado pelo BNDES funciona da seguinte forma:

1. O município interessado celebra um contrato com o Banco.
2. O Banco utiliza o recurso de um fundo específico sob sua administração para contratar uma consultoria especializada que irá assessorar o governo municipal, em conjunto com a equipe do banco, em todas as etapas de estruturação do projeto de PPP ou Concessão.
3. Uma vez finalizado o projeto, o Banco/Fundo será ressarcido pela empresa que vencer a licitação da PPP ou Concessão. No entanto, caso o município desista do projeto ao longo da etapa de estruturação, o município será o responsável por ressarcir o BNDES. (DUTRA, 2019)

O Programa de Estruturação de Concessões e PPPs do BNDES já viabilizou projetos em diversas regiões do país, nas mais distintas municipalidades, incluindo um ambicioso projeto em um Consórcio Intermunicipal

envolvendo 15 municípios no Estado do Rio Grande do Sul. As cidades de Teresina e Porto Alegre foram os primeiros municípios a assinar contratos para suas respectivas PPPs de Iluminação pública já nesse novo formato.

3.2 A Metodologia de Seleção de Projetos de PPPs e Concessões dos Governos Estaduais

Essa sessão explora alguns dos principais programas de Concessões e PPPs dos Estados Brasileiros, bem como a metodologia de análise e pré-seleção dos projetos que integram as carteiras de desestatização de cada um desses estados. Os Estados estudados são: (i) o Estado de São Paulo e (ii) o Estado da Bahia. Para a realização dessa análise, foram utilizados documentos oficiais de cada um desses entes subnacionais, bem como entrevistas com os representantes de cada um dos programas de Concessões e PPPs.

3.2.1. Programa de Parcerias do Estado de São Paulo

As primeiras iniciativas de participação de investimentos privados nos serviços públicos estaduais de São Paulo tiveram início em meados dos anos de 1990. Desde então, aproximadamente R\$ 140 bilhões foram investidos pela iniciativa privada em serviços públicos. O Programa Estadual de Desestatização, que teve seu início em 1996, por meio da Lei Estadual

Nº 9.361, de 05 de julho de 1996, regulamentou os mecanismos de participação privada nos serviços públicos estaduais, dentre eles:

Lei Estadual 9.361, de 05 de julho de 1996:

[...]Artigo 3.º

I - Alienação de participação societária, inclusive do controle acionário, mediante ofertas públicas;

II - Abertura de capital social mediante oferta pública de ações;

III - renúncia ou cessão, total ou parcial, dos direitos de subscrição de ações, em aumento de capital social, por parte do Estado ou da respectiva controladora;

IV - alienação, arrendamento, locação, comodato, permuta, transferência ou cessão do ativo patrimonial;

V - Reestruturação, dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;

VI - No caso do Setor Energético, transmissão de direitos derivados das respectivas concessões, permissões ou autorizações e de seus ativos, mediante transferência, subconcessão, arrendamento ou conferência, ou por meio da celebração de consórcios empresariais ou de associação com grupos empresariais privados para a constituição de outras sociedades anônimas;

VII - concessão, permitindo ou autorização de serviços públicos, bem como cessão, licença ou conferência de direitos delas derivados, nos termos da legislação de regência.

Ao longo dos mais de 20 anos do programa, já foram contratados 29 projetos de concessão nos mais diversos segmentos,

principalmente no setor de transporte rodoviário, um dos impulsionadores para que o Estado de São Paulo seja considerado o estado com a melhor infraestrutura rodoviária do Brasil¹¹.

Em 2004, o Governo do Estado de São Paulo instituiu o Programa de Parcerias Público Privadas do Estado de São Paulo por meio da Lei Estadual Nº 11.688 de 19 de maio de 2004, a qual também autorizou a criação da (i) Companhia Paulista de Parcerias (CPP)¹²; (ii) Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas (CGPPP)¹³; (iii) Unidade de Parcerias Público Privadas; entre outros órgãos e instâncias estratégicas para a gestão e desenvolvimento do programa.

Desde então, o Estado de São Paulo é o estado brasileiro que possui o maior número de projetos de PPP assinados no Brasil. Ao todo, nessa modalidade de contratação, são 11 projetos em quatro setores distintos (transportes/mobilidade, saneamento, saúde e habitação).

¹¹ De acordo com a 20ª Pesquisa Rodoviária da Confederação Nacional dos Transportes (CNT), a malha rodoviária estadual paulista é a melhor do país, com 81,6% de sua extensão classificados como ótimo ou bom.

¹² Segundo a Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004, Art. 12: “Fica o Poder Executivo autorizado a constituir pessoa jurídica, sob a forma de sociedade por ações, denominada Companhia Paulista de Parcerias - CPP, para o fim específico de: I - colaborar, apoiar e viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas; II - disponibilizar bens, equipamentos e utilidades para a Administração Estadual, mediante pagamento de adequada contrapartida financeira; III - gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Estado ou por entidades da administração indireta, ou que tenham sido adquiridos a qualquer título.

¹³ CGPPP: Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas, criado pela Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004, tem por objetivo: (i) aprovar projetos de parceria público-privadas (ii) recomendar ao Governador do Estado a inclusão no PPP de projeto aprovado (iii) fiscalizar a execução das parcerias público-privadas (iv) opinar sobre alteração, revisão, rescisão, prorrogação ou renovação dos contratos de parceria público-privadas (v) fixar diretrizes para a atuação dos representantes do Estado nos órgãos de administração da Companhia Paulista de Parcerias – CPP (vi) fazer publicar no Diário Oficial de Estado de São Paulo, as atas de suas reuniões.

- Concessão Patrocinada da Linha 4 (Amarela) do metrô –Fase 1;
- Estação de tratamento de água Taiacupeba (SABESP);
- PPP para a manutenção e modernização dos trens da linha 8 – Diamante da CPTM;
- PPP da fábrica de medicamentos da FURP em Américo Brasiliense;
- PPP do SIM da Baixada Santista;
- Concessão Patrocinada da Linha 6 do Metrô
- Concessão Patrocinada da Linha 18 do Metrô;
- PPP do Sistema Produtor São Lourenço (SABESP)
- Concessão Administrativa dos Complexos Hospitalares de São Paulo, Sorocaba e São José dos Campos;
- PPP da Rodovia dos Tamoios
- PPP da Habitação para o Centro de São Paulo

Quadro 1 – Listagem dos Projetos de PPP do Estado de São Paulo

Fonte: Governo do Estado de São Paulo, 2019.

Além dos projetos já assinados, o Governo do Estado de São Paulo está em sua quarta etapa do Programa de Parcerias

Paulista. A atual carteira de projetos contempla 21 iniciativas, nos mais diversos setores, entre eles: Transporte e Mobilidade, Lazer e Eventos, Saúde, Meio Ambiente, Abastecimento, Educação e Segurança, totalizando cerca de R\$ 37,6 bilhões em investimentos.

Nome do Projeto	Modalidade Contratual
Concessão Piracicaba-Panorama	Concessão
Concessão das Marginais Tietê e Pinheiros	Concessão
Sistema de Travessias Litorâneas	Concessão
Transporte Coletivo Intermunicipal de Passageiros	Concessão
Transporte Coletivo Metropolitano de Passageiros	Concessão
Linhas 8 e 9 da CPTM	Concessão
Trem Intercidades (TIC)	Concessão
Zoológico e Jardim Botânico	Concessão
PPP Presídios	PPP
Aeroportos Administrados pela Daesp	Concessão
Complexo Ginásio do Ibirapuera	Concessão
Porto de São Sebastião	Concessão
Concessão dos Parques Estaduais	Concessão

Tabela 1 - Projetos que compõe a Atual Carteira de PPPs e Concessões do Estado de SP

Fonte: Governo do Estado de São Paulo, 2019.
Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/>

O processo de seleção dos projetos a serem integrados à carteira do programa de parcerias possui suas diretrizes tanto no Art. 1º da Lei Estadual Nº 11.6888/2004, como no Decreto Estadual 61.371, de 21 de julho de 2015. Segundo o Art. 4º desse mesmo Decreto:

Artigo 4º - O procedimento poderá ser iniciado por proposta que atenda aos seguintes requisitos:

[...]

II - descrição dos problemas e desafios concretos que justificam a parceria que se pretende instalar, bem como das soluções e dos benefícios que advirão de sua efetiva execução;

III - indicação da modalidade de contratação a ser implementada e do arranjo jurídico preliminar proposto, bem como do respectivo prazo contratual, quando possível a estimativa;

IV - demonstração, ainda que preliminar, da viabilidade econômica, jurídica e técnica da parceria proposta;

V - enumeração dos parâmetros objetivos de inovação que poderão ser mensurados quando da comparação da parceria proposta em face das contratações executadas e dos serviços correntemente prestados, caso existentes, pela Administração Pública estadual.

O processo de seleção de projetos inicia-se, portanto, com o enquadramento da proposição em uma série de requisitos que atestarão uma pré-viabilidade mínima. Essa etapa é denominada pré-enquadramento. Uma vez que a proposta é aprovada e pré-enquadrada, é formado um Comitê Específico, denominado Comitê de Análise Preliminar (CAP)¹⁴ para avaliar a viabilidade e eventual vantagem de se desenvolver o projeto em questão sob o modelo de contratação proposto. O Art. 7º do Decreto Estadual 61.371/2015 especifica quais análises e estudos devem ser desenvolvidos:

Artigo 7º

[..]

I - compatibilidade da proposta com as prioridades, políticas públicas e estratégias setoriais ou, caso essa compatibilidade não seja verificada, razões pelas quais o projeto sugerido deva ser priorizado pela Administração Pública;

II - se cabível, interface com estudos em análise pela Administração Pública, ou com empreendimentos por esta contratados, independentemente, no último caso, do respectivo regime jurídico;

III - possibilidade, ou não, de o empreendimento ser executado por meio de outras modalidades contratuais que não a apontada na proposta, bem como o respectivo prazo;

IV - projeção, em valores absolutos ou proporção, das receitas e fontes do projeto proposto, inclusive com estimativas dos valores de aportes, contraprestações e demais receitas que advirão do Poder Público e dos usuários do serviço ou infraestrutura que estejam englobados no escopo da parceria proposta;

V - compatibilidade do projeto com o planejamento orçamentário da Administração Pública, inclusive no tocante a contraprestações, aportes de recursos e demais pagamentos, custos e garantias devidos pelo Poder Público;

VI - a viabilidade financeira do projeto;

VII - detalhamento das atividades e fontes que poderão ser exploradas para geração de receitas acessórias, complementares ou alternativas, bem como estimativa de sua representatividade no âmbito da parceria proposta, caso esta venha a ser implementada.

Dessa forma, uma vez que o CAP avalie o projeto, é desenvolvido um relatório no prazo de 90 dias, admitida a prorrogação desse uma única vez. Nesse documento será apresentado um parecer do Comitê quanto à viabilidade ou não do projeto e, na sequência, encaminhado ao Conselho Gestor de PPP do Estado de São Paulo (CGPPP), o qual poderá aprovar a proposta de projeto ou rejeitá-la.

¹⁴ Segundo o Decreto 61.371/2005 do Estado de São Paulo “será formado Comitê de Análise Preliminar pelo CGPPP ou pelo CDPED, com a finalidade de aprofundar sua análise, [...]”.

3.2.2. O Programa de Parcerias do Estado da Bahia

O Programa de PPP do Governo do Estado da Bahia é um dos primeiros programas estaduais dessa modalidade no Brasil. Instituído pela Lei Estadual Nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, diversos projetos já foram assinados, entre eles, alguns dos projetos mais expressivos na modalidade de PPPs do Brasil.

Nome do Projeto	Valor do Contrato	Prazo
Arena Fonte Nova	R\$1.585 bilhões	35 anos
Emissário Submarino	R\$ 619.46 milhões	18 anos
Hospital do Suburbio	R\$ 1.075 bilhões	10 anos
Instituto Couto Maia	R\$ 751 milhões	21 anos e 4 meses
Metrô de Salvador e Lauro de Freitas	R\$ 6.858 bilhões	30 anos
Diagnóstico por Imagem	R\$ 838,886 milhões	11 anos e 6 meses

Tabela 2 - Projetos de PPPs já assinados Governo do Estado da Bahia

Fonte: Governo do Estado da Bahia, 2019.
Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/secretaria.htm>

O órgão público estadual responsável pela estruturação dos projetos de PPP no Estado da Bahia é a Secretaria Estadual da Fazenda, por meio da Secretaria Executiva de Parcerias Público Privadas. Segundo o Decreto Estadual Nº 9.321 de 31 de janeiro de 2005, compete à Secretaria Executiva de PPP:

Art. 12-B – [...]

a) executar as atividades operacionais e coordenar as ações correlatas ao desenvolvimento dos projetos de parcerias público-privadas;

b) assessorar e prestar apoio técnico ao Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas;

c) divulgar os conceitos metodológicos próprios dos contratos de parcerias públicos-privadas;
d) dar suporte técnico na elaboração de projetos e contratos, especialmente nos aspectos financeiros e de licitação, às Secretarias de Estado, órgão ou entidade da administração indireta.”

Atualmente, a Secretaria Executiva de PPP do Estado da Bahia é responsável pela estruturação de uma vasta carteira de projetos de PPPs, entre eles: (i) o Projeto Sistema Rodoviário BA052; (ii) Plataforma Logística São Francisco (iii) PMI para a Gestão de Resíduos Sólidos Urbanos (iv) Projeto do VLT.

Segundo Priscila Romano Pinheiro, Diretora da Secretaria Executiva de PPP do

Estado da Bahia, o estado possui uma metodologia própria para a análise de projetos que são inclusos em sua carteira de PPPs e Concessões¹⁵. A primeira etapa consiste em avaliar se o projeto em discussão está em conformidade com a legislação estadual de PPPs, a Lei Nº 9.290 de 27 de dezembro de 2004, a qual apresenta em seu art.5º os setores prioritários aptos a serem objeto de projetos nessa modalidade no estado.

Art. 5 § 2º - As atividades descritas nos incisos do caput deste artigo, preferencialmente, estarão voltadas para as seguintes áreas:

I - educação, saúde e assistência social;

II - transportes públicos, notadamente rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, hidrovias, terminais de transportes intermodais e centros logísticos;

III - saneamento;

IV - segurança, defesa, justiça e sistema prisional, quanto ao exercício das atribuições passíveis de delegação;

V - ciência, pesquisa e tecnologia, inclusive tecnologia da informação;

VI - agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agroindustrialização;

VII - outras áreas públicas de interesse social ou econômico.

Uma vez que o projeto atenda os critérios acima apresentados, esse será submetido a diversas avaliações econômico-financeiras preliminares. Segundo Romano Pinheiro, o Governo do Estado da Bahia, por meio da Secretaria Executiva de PPPs e Concessões, usualmente tende a contratar instituições multilaterais, como por exemplo, a *International Finance Corporation*, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, e o Banco de Desenvolvimento da América Latina, que auxiliam

a equipe técnica do executivo estadual na aplicação dos testes de viabilidade preliminar. Os estudos desenvolvidos contemplam principalmente: (i) efetivo interesse público, considerando a natureza, a relevância e o valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da iniciativa, observadas as diretrizes do governo; (ii) estudo técnico da viabilidade do projeto mediante demonstração de objetivos e resultados a serem concretizados, prazos de execução e de amortização do investimento, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados; (iii) a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função da capacidade desses aferirem, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos; (iv) a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado; (v) a necessidade, a importância e o valor do serviço ou obra em relação ao objeto a ser executado.

Os projetos que obtiverem resultados positivos nos testes preliminares de viabilidade são submetidos para o Conselho gestor de PPPs e Concessões do Estado, que delibera sobre a inclusão ou não da iniciativa na carteira estadual de Parcerias.

¹⁵ Entrevista realizada no dia 19/08/2019, às 12:00 no Centro Administrativo da Bahia, 200. Salvador -BA. Prédio da Setre

4. AS MELHORES PRÁTICAS INTERNACIONAIS EM AVALIAÇÕES DE PROJETOS DE PPPS E CONCESSÕES

Com base nos estudos de caso acima apresentados, é possível verificar a inexistência de uma padronização na escolha e pré-seleção de projetos de PPPs e Concessões por parte dos entes subnacionais. Cada um dos estados analisados possui sua própria metodologia de diagnóstico e escolha de projetos

que integrarão suas respectivas carteiras de desestatização. Dessa forma, esta sessão apresenta uma alternativa de metodologia que pode ser incorporada, de forma integral ou parcial, por aqueles entes subnacionais que buscam desenvolver carteiras de desestatização com projetos que tenham atestadas pré-viabilidades jurídica, econômico-financeira e técnica.

Segundo o Guia APMG de PPP¹⁶, há uma série de etapas que devem ser seguidas para que um projeto de PPP ou Concessão seja aprovado em uma carteira de desestatização e na sequência seja estruturado por parte do órgão público. A tabela abaixo apresenta de forma resumida essas etapas:

	Crítérios de Decisão	Procedimentos
Fase de Identificação dos projetos e análise	<ul style="list-style-type: none"> • O projeto está em conformidade com as tendências do setor? • O projeto é economicamente viável e fiscalmente responsável? • O projeto está de acordo com o objetivo do Governo? 	<ul style="list-style-type: none"> • Preparar um estudo de pré viabilidade; • Buscar confirmação do mercado que o projeto contribui de forma efetiva para o setor • Buscar confirmação que o projeto é economicamente viável e fiscalmente responsável; • Submeter a documentação do projeto para aprovação
Fase de Avaliação do Projeto	<ul style="list-style-type: none"> • O Projeto é economicamente, tecnicamente e legalmente viável? • O Projeto é financeiramente acessível? • O Projeto é viável por meio de uma PPP? (possui financiabilidade, e oferece VfM por meio de uma PPP?); • O projeto possui uma estratégia de licitação adequada (incentiva a participação do maior número de concorrentes possíveis)? 	<ul style="list-style-type: none"> • Elaborar uma avaliação abrangente que forneça provas do projeto de viabilidade econômica, técnica comercial, ambiental e jurídica, bem como a sua financiabilidade; • realizar uma avaliação de VfM da adequação do projeto como um PPP • Preparar uma estratégia de contratação/licitação; • Enviar a documentação do projeto para aprovação por agências reguladoras.

Tabela 3 - Etapas de Seleção de Projetos para serem Integrados em Carteiras de Desestatização

Fonte: Governo do Estado da Bahia, 2019. Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/secretaria.htm>

¹⁶ O Guia APMG de PPP foi elaborado pelo Banco Asiático de Desenvolvimento, Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Banco Islâmico de Desenvolvimento, Fundo Multilateral de Investimento e Banco Mundial, financeiramente apoiado pelo Public-Private Infrastructure Advisory Facility.

A primeira etapa do processo é denominada Fase de Identificação dos Projetos e Análise e é iniciada com a originação do projeto em si. Nessa etapa, a recomendação é que o gestor público busque garantir que os projetos a serem avaliados estejam em consonância com os critérios abaixo apresentados.

- a) O projeto deve estar enquadrado em um plano mais amplo para o seu respectivo setor;
- b) O projeto deve atender aos objetivos do programa de PPP e Concessões;
- c) O projeto deve ser economicamente viável e fiscalmente responsável;
- d) As PPPs e ou Concessões não devem ser usadas a menos que as receitas do projeto sejam suficientes para cobrir seus custos ou que o governo tenha recursos adequados para pagar pelos sub-serviços.
- e) O governo deve ter a capacidade de absorver quaisquer passivos diretos ou contingentes da eventual contratação do projeto. Aqueles projetos que podem eventualmente impor custos ou incorrer em responsabilidades financeiras além da capacidade do governo devem ser evitados.

Essa primeira fase de testes e análises é utilizada como um primeiro filtro para avaliar e sensibilizar o real potencial de sucesso do projeto que ali está sendo proposto. Uma vez que os estudos são realizados e os pontos acima tratados são respondidos, o projeto proposto está apto a ser encaminhado para uma

nova fase de apuração de impactos positivos e negativos. Essa segunda etapa é denominada: Fase de Avaliação do Projeto e tem por objetivo identificar se o projeto está em conformidade para ser agregado à carteira de PPP e concessões do governo. Geralmente, os principais pontos avaliados nessa etapa são:

- a) Viabilidade Comercial. As iniciativas de PPP requerem a participação do setor privado. Se o projeto não puder fornecer retornos financeiros para o nível de risco incorrido pelo setor privado, esse não será comercialmente viável. Isso significa que o projeto deve ser capaz de gerar retornos para os investidores e permitir que esses obtenham financiamento com seus credores, além de cumprirem as exigências do setor público;
- b) Acessível: A acessibilidade precisa ser avaliada tanto do ponto de vista do governo quanto do usuário. O serviço oferecido pela PPP ou concessão precisa ser acessível para os usuários. Falsas expectativas de disposição do usuário em pagar podem levar a uma infraestrutura sub-utilizada e a projetos com sérios problemas financeiros;
- c) “*Value fo Money*”: PPPs são apenas uma das várias formas de contratação entre o setor público e o setor privado. Conforme explicado anteriormente, uma PPP possui VfM se o projeto proposto oferecer maiores benefícios econômicos por meio desse tipo de contratação que por outros. Existem várias maneiras de avaliar o VfM. A abordagem tradicional de VfM, desenvolvida

no Reino Unido e usada em muitas jurisdições, inclusive na Austrália, é determinada se a PPP tiver um custo menor para o governo do que uma contratação tradicional. O pressuposto dessa abordagem é que a empresa privada pode ser incentivada a gerenciar melhor os riscos do que o setor público, potencializando assim, os resultados econômicos.

Outra abordagem é avaliar a opção que entrega os melhores resultados e maximiza os benefícios para o orçamento público. Na Nova Zelândia, por exemplo, avalia-se qual opção de contratação oferece maior benefício em termos de desoneração econômica para o setor público.

A relação custo-benefício é usualmente avaliada de maneira qualitativa durante um estágio de triagem inicial e então quantificado. No entanto, é importante reconhecer as limitações das análises quantitativas de VfM. Estas são, na maior parte das vezes, baseadas em estimativas e suposições, de modo que apenas indicarão se o método de contratação escolhido oferecerá benefícios econômicos mais altos. Devido a isso, no Canadá, por exemplo, os resultados das análises quantitativas de VfM são tratados apenas como uma previsão e, em alguns casos, são usados outros indicadores qualitativos para selecionar uma opção de contratação.

d) O projeto necessita ser suficientemente independente de outras iniciativas ou programas do governo, a fim de garantir que a prestação de contas

possa ser fornecida e os riscos de interface sejam limitados.

e) Resultados Claros: Resultados específicos, mensuráveis e claros são essenciais em uma PPP ou concessão a fim de que o contrato seja monitorado e avaliado. Projetar o contrato em torno de resultados também oferece o benefício de dar à parte privada a liberdade de projetar maneiras mais eficientes e inovadoras de fornecer um determinado serviço.

f) Informações suficientes para poder avaliar custos e riscos do projeto. Para que potenciais licitantes estejam dispostos a dedicar recursos para o desenvolvimento de uma proposta, eles precisam ser capazes de calcular qual seria sua responsabilidade financeira no projeto em questão. Isso é possível apenas se os riscos do projeto puderem ser mensurados e, conseqüentemente, alocados para as partes.

CONCLUSÃO

A análise apresentada nesse artigo leva às seguintes conclusões:

Existe necessidade de utilização de métodos internacionalmente reconhecidos para a seleção de projetos de PPPs e concessões que serão contemplados nas carteiras de desestatização dos Estados. Essa proposta irá facilitar o entendimento dos métodos utilizados por parte dos investidores internacionais, tendo em vista que essas mesmas metodologias são aquelas usadas em países referência no assunto, gerando fluência, padronização internacional e, conseqüentemente, confiança nos projetos propostos.

É importante ainda que haja uma padronização na escolha e metodologias de pré-seleção de projetos de PPPs e concessões por parte dos governos estaduais. Essa proposição tem como objetivo (i) facilitar o entendimento de atores privados e investidores no que diz respeito aos procedimentos quantitativos e qualitativos utilizados por esses governos; (ii) minimizar o risco de que esses atores privados engajem esforços e recursos em projetos com baixa viabilidade; (iii) possibilitar que, independentemente da localização geográfica do projeto, o investidor tenha segurança de que padrões de risco e de viabilidades técnica, econômico-financeira e ambientais foram atendidos para que o projeto em questão seja selecionado e disponibilizados para o mercado.

A partir dessas diretrizes, entende-se que é possível estabelecer uma espécie de “auditoria de performance” que permita análises de viabilidade em fases anteriores às

grandes decisões que envolvam processos de desestatização, os quais, *per se*, têm altos custos políticos e sociais e que, sempre que estiverem melhor embasados, podem resultar em uma melhor percepção da sociedade com relação às vantagens que possibilitam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDIB, **Barômetro da Infraestrutura Brasileira**. ABDIB, São Paulo, 05/mai/2019. Disponível em: https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Barometro_Infraestrutura_versao_final.pdf. Acesso em: 01/08/2019.

ARAÚJO, J. F. F. E.; SILVESTRE, H. C.. **As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente de Portugal**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro 48 (3): 571-593 Jun. 2004.

AUSTRALIA COUNCIL FOR INFRASTRUCTURE DEVELOPMENT. **PPF projects**. Sydney: Australian Council for Infrastructure Development, 2002.

BAHIA. **Lei no 9.290, de 27 de dezembro de 2004. Instala o Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia, de que trata a Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, e dá outras providências**. PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, em 27 de dezembro de 2004.

BAHIA. **Decreto nº 9.321 de 31 de janeiro de 2005. Altera dispositivos do Regimento da Secretaria da Fazenda, aprovado pelo Decreto nº 7.921**, de 2 de abril de 2001.

BNDES. **Projetos de Iluminação Pública do Programa de Apoio a PPP e Concessões**, disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home>. Acesso em: 02/08/2019.

BOURN. Sir Jhon. **Public Sector Auditing – Is it Value for Money?** EUA: John Wiley & Sons, Ltd, 2007. ISBN 978-0-470-057222-3

BRASIL. **Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privada no âmbito da administração pública.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004, p.6.

BRASIL. **Lei no 8.987, de 13 de fevereiro 1995. Dispõe sobre o regime de concessões e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14/fev/1995. p.1917

BRASIL. **Lei no 12.527 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Edição Extra. Brasília-DF.18/nov/2011.

BRASIL. **Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Edição Extra. Brasília-DF. 15/set/2016.

BRASIL. **Lei no 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Brasília-DF. 11/set/1997.

BRASIL. **Decreto no 9.745, de 8 de abril de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE.** Diário Oficial da União. Brasília-DF. 30/abr/2019.

BUCCINI, Aline; PAIVA, Danuza; ALMEIDA, Thiago. **Value for Money: As PPPs trazem eficiência? Uma análise dos projetos das Unidades de Atendimento Integrado do Governo de Minas Gerais.** Minas Gerais. Disponibilizado em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2016-10/value-for-money-as-ppps-trazem-eficiencia-uma-analise-do-projeto-das-unidades-de-atendimento-integrado-do-governo-de-minas-gerais.pdf>. Acesso em: 01/08/2019

CNT: **20ª Pesquisa Rodoviária da Confederação Nacional dos Transportes (CNT).**

2018. Disponível em: http://cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Estudo%20Rodovias%20Esquecidas/rodovias_esquecidas-brasil.pdf. Acesso em 01/08/2019.

CP3P. **The APMG Public-Private Partnerships Certification Program**. 2019. Disponível em: <https://ppp-certification.com/>. Acesso em: 01/08/2019

CRUZ, C. O.; MARQUES, R.C. **O Estado e as Parcerias Público-Privadas**. Lisboa: Editora Sílabo, 2012.

DUTRA, Fernando. **Auditoria de Performance na Elaboração de Carteiras de Desestatização**. *Jornal Estado de São Paulo*, SP 6/jun/2019. Disponível em: <https://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/auditoria-de-performance-na-elaboracao-de-carteiras-de-desestatizacao>. Acesso em: 06/08/2019.

DUTRA, Fernando. **Apoio federal leva PPPs a um novo patamar de maturidade**. *Revista Infra*, SP 6/jun/2019. Disponível em: <http://revistainfra.com.br/Print/19237>. Acesso em: 06/08/2019.

FLORES, J. L. **The Value for Money Approach When There's no Money. Smart Lessons: IFC Advisory Services in Public Private Partnerships**. IFC Publications, 2010.

GRILO, Leonardo Melhorato. **Modelo de análise dos investimentos para projetos de parceria público privada (PPP)**. Tese (Doutorado Engenharia). Universidade de São Paulo. 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5245/1/wladmirbatistadelara.pdf>. Acesso: 20/07/2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parcerias Público-Privadas: Caracterização dos tipos Legais e Aspectos Nucleares de Seu Regime Jurídico**. 2018. 615 p, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Disponível em: acervodigital.ufpr.br/britstream/handle/1884/16949/?sequence=1. Acesso em 26/08/2019.

HICKS, James. **A Taxa social de Desconto e o objetivo da redistribuição de renda**. 1973. 992 p. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/216/150>. Acessado em 20/07/2019.

HM TREASURY. **Public Private Partnerships: the governments approach**. London: The Stationary Office, 2000, p.47.

HM TREASURY. **Value for Money: Assessment Guidance**. HM Treasury Contracts. Londres. 2006. Disponível em: [In hm-treasury.gov.uk](http://hm-treasury.gov.uk). Acesso em: 28/07/2019.

PPI. **Programa de Parcerias e Investimentos**. 2019. Disponível em: <https://ppi.gov.br/>. Acesso em 28/07/2019

PPP CANADA. **The P3 Canada Fund: How to Apply**. Disponível em: [Http://www.p3canada.ca/en/apply-for-funding](http://www.p3canada.ca/en/apply-for-funding). Acesso em: 23/07/2019.

SÃO PAULO (ESTADO). **Lei nº 9.361, de 05 de julho de 1996. Cria o Programa Estadual de Desestatização - PED, sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético**. Publicada na Assessoria Técnico-Legislativa, aos 5 de julho de 1996.

SÃO PAULO (ESTADO). **Lei nº 11.688 de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas (PPP) e dá outras providências.** Palácio dos Bandeirantes, 19 de maio de 2004

SÃO PAULO (ESTADO). **Decreto nº 61.371, de 21 de julho de 2015. Institui procedimento alusivo à apresentação, à análise e ao aproveitamento de estudos, encaminhados pela iniciativa privada ou por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, e dá providências correlatas.** Palácio dos Bandeirantes, 21 de julho de 2015.



O Plano de Concessões do Município de São Paulo e o Controle do Tribunal de Contas e do Poder Judiciário

Juliana Cristina Luvizotto

Doutora em Direito do Estado pela USP. Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCMSP.
São Paulo-SP – Brasil. juliana.luvizotto@tcm.sp.gov.br

Gilson Piqueras Garcia

Doutor em Ciência e Tecnologia pela UNESP. Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCMSP.
São Paulo-SP – Brasil. gilson.garcia@tcm.sp.gov.br

RESUMO

O presente trabalho apresenta a evolução do processo de desestatização e concessões no Município de São Paulo, tanto do ponto de vista legislativo quanto institucional. Analisa, em seguida, como foi realizado o controle externo pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo na realização das licitações que compõem o referido processo, indicando quais aspectos foram analisados pelo controle externo e como se deu a relação entre estes atores.

PALAVRAS-CHAVE: Concessões. Parceria Público-Privada. Município. São Paulo. Controle. Tribunal de Contas. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This paper presents an overview about the privatization process in the Municipality of São Paulo, including legal and institutional aspects about concessions. The article also analyzes how the external control was carried out by the Judiciary and the Municipality of São Paulo Court of Auditors, presenting the aspects that were controlled and how was the relationship between external control bodies.

INTRODUÇÃO

O presente artigo descreve, sob o ponto de vista legislativo e institucional, o desenvolvimento do processo de desestatização e celebração de parcerias público-privadas no âmbito do Município de São Paulo, sobretudo após a edição da Lei Municipal nº 16.651, de 16 de maio de 2017, que criou o Conselho Municipal de Desestatização e Parcerias.

É a partir de 2017 que se prolifera uma franca proposta de desestatização municipal, com a venda de participações acionárias do Município em empresas estatais, além de concessões de equipamentos públicos e serviços para a iniciativa privada, como a administração de parques, estádios, mercados públicos, prestação de serviços de iluminação pública, serviços funerários, concessões e permissões de uso de bens públicos, as quais assumem uma diversidade de formatos e modelos contratuais.

Considerando esse contexto, o presente trabalho analisa como os órgãos de controle se relacionaram, especificamente o Tribunal de Contas do Município de São Paulo e o Poder Judiciário, no desenvolvimento dos projetos de concessão pelo Município de São Paulo, em suas mais diversas modalidades: concessão comum, concessão patrocinada ou concessão administrativa.

1. A CONCRETIZAÇÃO DO PLANO MUNICIPAL DE DESESTATIZAÇÃO NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

A implementação de uma política pública de desestatização e celebração de concessões no Município de São Paulo, no sentido de concessão *stricto sensu*, tal como a regulamentada pelas Leis Federais nº 8.987/95 e 11.079/04, foi incrementada e desenvolvida especialmente a partir de 2017. Desde então diversas medidas legais foram adotadas com vistas a estruturação de organismos e fundos, com a finalidade de implementação de uma agenda de parcerias com a iniciativa privada.

O projeto de celebração de parcerias público-privadas – PPPs –, todavia, não era novo no Município. Desde 2007 já havia a Lei nº 14.517, estipulando regras específicas para essas contratações¹. Essa lei também havia instituído o Conselho Gestor de Parcerias - CGP, vinculado ao Gabinete do Prefeito, ao qual caberia a gestão do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas - PPPs, e também havia autorizado a criação da Companhia São Paulo de Parcerias – SPP, pessoa jurídica de direito privado que seria vinculada à Secretaria Municipal de Finanças, e que teria por finalidade principal viabilizar e garantir a implementação do programa de parcerias municipal,

¹ Sem prejuízo da aplicação da legislação federal, acompanhada das normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos, de licitações e contratos administrativos. Ressalve-se, contudo, que a lei excepcionou sua aplicação para as concessões patrocinadas em que haja a previsão de remuneração do parceiro privado mediante a cobrança de pedágio, as quais seriam objeto de lei própria.

além de gerir os ativos transferidos que sustentassem essa política (art. 13).

Mas esses passos iniciais, ainda que acompanhados da celebração de algumas concessões pelo Município com base na referida lei, até então não haviam permitido a instituição de uma robusta carteira de projetos para diversas parcerias público-privadas que seriam desenvolvidas posteriormente.

Como mencionado, somente no ano de 2017 houve impulso para a sua realização, com a publicação da Lei Municipal nº 16.651, de 16 de maio, que criou o Conselho Municipal de Desestatização e Parcerias, órgão ao qual foi atribuída a competência para gerir e supervisionar o Programa, podendo decidir sobre quais bens, serviços ou participações societárias do Município poderiam ser objeto de desestatização, bem como podendo aprovar e acompanhar os projetos de parceria público-privada.

A fim de garantir um fluxo permanente e contínuo de recursos financeiros para a realização desse programa, por meio do mesmo ato legislativo foi criado o Fundo Municipal de Desenvolvimento. Essa medida permitiu que os valores decorrentes da desestatização de bens e serviços e da alienação das participações societárias fossem diretamente destinados a esse fundo, o que conferiria a possibilidade de realização de investimentos e a concessão de garantias para os projetos e parcerias nas áreas de saúde, educação, segurança, habitação, transporte, mobilidade urbana, assistência social e nos campos de atuação das prefeituras regionais.

Naquele mesmo ano, ainda, foi elaborado o PMD – Plano Municipal de

Desestatização, aprovado pela Lei Municipal nº 16.703, de 4 de outubro de 2017. Esse diploma, a exemplo do plano de desestatização federal, disciplinado pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, adotou um conceito amplo de desestatização, incluindo tanto as medidas de alienação ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis de domínio municipal, quanto a transferência, para a iniciativa privada, da gestão e execução de serviços explorados pela Administração Direta ou Indireta e, ainda, a celebração das mais diversas parcerias com entidades privadas.

Dentre os objetivos fundamentais do PMD (art. 1º e incisos) estava o de reordenar a posição estratégica da Administração Pública Municipal na economia, transferindo à iniciativa privada as atividades que poderiam ser por ela melhor exploradas. Buscou também permitir que a Administração Pública Municipal concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do município fosse fundamental para a consecução das suas prioridades, permitindo que fossem realizados investimentos nos bens e serviços que fossem objeto de desestatização.

O PMD reafirmou a necessidade de possibilitar novas formas de uso e da exploração de bens e serviços públicos, com a modernização dos instrumentos regulatórios em prol da livre concorrência. Ao mesmo tempo, reiterou a necessidade de garantir a transparência dos processos de desestatização.

Mudanças e reorganizações administrativas ocorreram nos anos seguintes, culminando na atribuição, em 2019, à Secretaria do Governo Municipal - SGM, por meio da Lei Municipal nº 17.068, de 19 de fevereiro, da competência para a implementação do projeto

e acompanhamento do Plano Municipal de Desestatização, e a atribuição da função de estruturação dos projetos, com o fornecimento de subsídios técnicos para viabilizá-los, para a Companhia São Paulo Parcerias, agora denominada simplesmente São Paulo Parcerias – SP Parcerias.

Para otimizar o ambiente de negócios, estimulando investimentos estrangeiros e promovendo oportunidades para parcerias institucionais, foi criada, ainda em 2017, a São Paulo Negócios – SP Negócios, por meio da Lei Municipal n. 16.665, de 23 de maio, que se constituiu numa pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, de interesse coletivo e de utilidade pública. A empresa teve por finalidade realizar o atendimento ao investidor que desejasse facilitação do contato com órgãos municipais, identificando as necessidades requeridas por estes para viabilizar o programa de concessões.

Seria possível citar, ainda, outros diplomas normativos que fomentaram e apoiaram o processo de desestatização e celebração de parcerias público-privadas pela Administração Municipal, como a Lei n. 17.324, de 18 de março de 2020, que instituiu a política de desjudicialização no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Município, disciplinando a realização de acordos para solução de controvérsias, possibilitando a utilização da mediação, da arbitragem e outros para resolução de conflitos e prevendo, ainda, a instituição da câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito da Procuradoria Geral do Município.

Ainda, a Lei Municipal n. 17.433, de 29 de julho de 2020, dispôs sobre a reorganização da Administração Indireta, prevendo

a criação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de São Paulo – SP Regula, com vistas a conferir uma regulação técnica aos serviços delegados e concedidos, para que, em tese, não ficassem sujeitos aos sabores estritamente políticos.

Diante de todo esse arcabouço normativo e estrutural, uma ampla carteira de projetos foi estabelecida para o Plano Municipal de Desestatização, tendo sido mapeados 55 serviços e ativos municipais que poderiam compor o referido plano. Dentre os 55 projetos, 10 foram estabelecidos como prioritários, sendo eles: (1) a concessão para o serviço de bilhetagem dos transportes; (2) a concessão dos terminais de ônibus municipais; (3) a concessão de cemitérios, crematórios e serviços funerários; (4) a concessão dos mercados municipais; (5) a concessão dos parques municipais; (6) a concessão do Complexo do Pacaembu; (7) a privatização e alienação de imóveis; (8) a alienação da participação societária do Município na São Paulo Turismo S/A - SPTuris, incluindo o Complexo Anhembi; (9) a alienação do Autódromo de Interlagos; (10) a parceria público-privada para a construção e gestão de moradia social.

Todavia, outros projetos estão em desenvolvimento, culminando na assinatura de alguns contratos. Podem-se citar, entre esses, mas que não serão objeto desta pesquisa, a permissão de uso, a título oneroso, das áreas de baixo viadutos; a implantação de corredores de ônibus na Radial Leste; o projeto de expansão da rede wi-fi no Município; a parceria público-privada para implantação, operação e manutenção de centrais geradoras de energia solar fotovoltaica para geração distribuída; a concessão dos serviços de limpeza urbana e gestão de resíduos sólidos; as concessões dos mercados

de Santo Amaro, Mercado Paulistano e Kinjo Yamato; a concessão dos serviços de remoção e guarda de veículos das vias e logradouros públicos; a concessão para construção de piscinões; a parceria com a iniciativa privada para a modernização da rede semafórica.

Desses projetos, alguns já foram amplamente analisados pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Esta pesquisa teve como cerne a análise das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, tendo em vista decisões que também foram proferidas pelo Tribunal de Contas do Município sobre as referidas concessões. Para tanto foram selecionadas decisões judiciais que efetuarão o controle das referidas concessões, conforme se explica a seguir.



Fonte: <https://www.pexels.com/photo/contemporary-city-downtown-with-illuminated-skyscrapers-at-night-5046951/>

2. AS DECISÕES PROFERIDAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Apresentado o arcabouço legislativo que culminou no processo mais intenso de celebração de parcerias público-privadas pelo Município de São Paulo após o ano de 2017, cabe, neste momento, expor como muitos dos atos praticados pela Administração Pública Municipal foram objeto de controle judicial.

As ações judiciais que foram ajuizadas nesse contexto encontravam-se dispersas em inúmeras varas e instâncias do Poder Judiciário, incluindo tanto processos de primeira instância, quanto de instâncias superiores. Assim, ante a ausência de uma sistematização destas ações, a busca para o mapeamento decorreu tanto de citações constantes em notícias divulgadas pela imprensa, informações constantes em processos administrativos de controle que tramitam perante o Tribunal de Contas do Município, referências cruzadas registradas nas ações judiciais, na medida em que algumas ações mostravam-se conexas ou poderiam interferir em outras.

A pesquisa iniciou-se por meio de consulta de processos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no link “consulta processual”, tendo sido empregados como forma de pesquisa o número dos processos ou

o nome da parte que a ajuizou, considerando, neste caso, que representações ajuizadas perante o Tribunal de Contas do Município também foram objeto de ações judiciais pelas mesmas partes, concomitantemente. Foram pesquisadas ações referentes às seguintes concessões e permissões:

i. *concessão da zona azul*: concessão onerosa para exploração, por particulares, do serviço de estacionamento rotativo em vias e logradouros públicos;

ii. *concessão da iluminação pública*: concessão administrativa para modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da rede de iluminação pública do Município;

iii. *concessão das linhas de ônibus*: concessão da prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros do município;

iv. *concessão de baixos de viadutos*: permissão de uso, a título oneroso, de áreas localizadas nos baixos e adjacências do Viaduto Comendador Elias Nagib Breim (Viaduto da Lapa) e do Viaduto Missionário Manoel de Mello (Viaduto Pompéia), para realização das atividades obrigatórias, e, facultativamente, das atividades de interesse coletivo, atividades econômicas e eventos, bem como de implantação de instalações temporárias;

v. *concessão de bilhetagem eletrônica*: concessão do sistema único de arrecadação centralizada das tarifas públicas cobradas dos usuários das Redes

Municipal e Metropolitana de Transportes Coletivos de Passageiros do Município e do Estado de São Paulo;

vi. *concessão dos cemitérios*: concessão dos serviços de gestão, operação, manutenção, exploração, revitalização e expansão dos 22 cemitérios e crematórios públicos, cumulada com a prestação de serviços funerários;

vii. *concessão de parques*: concessão para a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Ibirapuera, Jacintho Alberto, Eucaliptos, Tenente Brigadeiro Faria Lima, Lajeado e Jardim Felicidade, bem como a execução de obras e serviços de engenharia;

viii. *concessão do Jockey*: concessão com outorga onerosa para apresentação dos serviços de gestão, operação e manutenção do Parque Municipal Chácara do Jockey, bem como a execução de obras e serviços de engenharia;

ix. *concessão de geração distribuída*: concessão para a implantação, operação e manutenção de centrais geradoras de energia solar fotovoltaica para geração distribuída no Município;

x. *concessão da habitação*: concessão administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e mercado popular na cidade de São Paulo, acompanhada de infraestrutura urbana, equipamentos públicos e da prestação de serviços;

xi. *concessão de Interlagos*: concessão onerosa de uso do Complexo de Interlagos para reforma, gestão, manutenção, operação e exploração;

xii. *concessão do mercado municipal*: concessão de restauro, reforma, operação, manutenção e exploração do Mercado Municipal Paulistano e do Mercado Kinjo Yamato;

xiii. *concessão do mercado de Santo Amaro*: concessão para recuperação, reforma, requalificação, operação, manutenção e exploração do Mercado de Santo Amaro;

xiv. *concessão do Pacaembu*: concessão dos serviços de modernização, gestão, operação e manutenção do Complexo do Pacaembu;

xv. *concessão de pátios e guinchos*: concessão dos serviços de remoção e guarda de veículos das vias e logradouros públicos do município;

xvi. *concessão dos piscinões*: concessão administrativa para a requalificação, operação, manutenção, conservação

de 4 (quatro) reservatórios de águas pluviais existentes e a construção, operação, manutenção e conservação de intervenções de drenagem em 5 (cinco) micro bacias no Município;

xvii. *concessão da rede semaforica*: concessão para a modernização, manutenção e disponibilização da rede semaforica;

xviii. *concessão dos terminais de ônibus*: concessão administrativa para administração, manutenção, conservação, exploração comercial e requalificação dos terminais de ônibus vinculados ao sistema de transporte coletivo urbano de passageiros.

Foram encontradas ações judiciais sobre as seguintes concessões na primeira instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: concessão do Pacaembu ; concessão da Zona Azul ; concessão da iluminação pública ; concessão dos parques ; concessão das linhas de ônibus , tendo sido levado em consideração o andamento processual realizado até a data de 14 de fevereiro de 2020. A pesquisa jurimétrica foi realizada considerando essa base de dados de ações, conforme metodologia abaixo descrita.

² Ação civil pública nº 1034029-70.2018.8.26.0053, Ação popular nº 1046316-65.2018.8.26.0053, Mandado de Segurança nº 1043977-36.2018.8.26.0053, Mandado de Segurança nº 1045005-39.2018.8.26.0053.

³ Mandado de Segurança nº 1067388-74.2019.8.26.0053, Mandado de Segurança nº 1016339-91.2019.8.26.0053, Ação popular nº 1057637-63.2019.8.26.0053, Pedido Cautelar de Urgência nº 1068386-42.2019.8.26.0053.

⁴ Mandado de Segurança nº 1019606-76.2018, Mandado de Segurança nº 1020064-93.2016, Mandado de Segurança nº 1019516-68.2016, Mandado de Segurança nº 1014539-33.2016, Ação Anulatória cumulada com obrigação de fazer nº 1034842-34.2017, Mandado de Segurança nº 1030750-13.2017, 1015273-13.2018, Mandado de Segurança nº 1000100-46.2018, Mandado de Segurança nº 1011027-71.2018, Ação Declaratória cumulada com pedido de nulidade de atos administrativos nº 1052700-78.2017, Mandado de Segurança nº 1057297-90.2017, Ação Anulatória de ato administrativo 1058302-50.2017.

⁵ Ação Popular nº 1009691-95.2019.8.26.0053 e Ação Civil Pública Ambiental nº 1009720-48.2019.8.26.0053.

⁶ Ação popular nº 1002008-07.2019.8.26.0053, Ação popular nº 1032500-21.2015.8.26.0053, Mandado de Segurança nº 1001776-92.2019.8.26.0053, Mandado de Segurança nº 1002225-50.2019.8.26.0053.

3. MÉTODOS DE ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Esta pesquisa é descritiva e explicativa, assim como qualitativa e quantitativa, considerando, como já indicado, os processos pesquisados no sítio eletrônico do TJSP, de modo que se trata de uma pesquisa documental.

No polo quantitativo (Jurimetria) verifica-se em que medida, ou seja, em que proporção as decisões proferidas pelo TCMSP são consideradas pelo TJSP e como elas a influenciam, levando em conta dois aspectos: a existência ou não de citação de decisões da Corte de Contas nas decisões judiciais e, ainda, quando constatada a citação, a existência de decisões proferidas pelo TJSP no mesmo sentido da do TCMSP.

Para isto, perfaz-se a comparação entre as populações de decisões em que o TJSP cita o TCMSP e populações em que não cita para avaliar a proporção de decisões do TJSP no mesmo sentido do TCMSP. Esta comparação é feita utilizando-se uma ferramenta de Inferência Estatística, o Teste de Hipóteses.

No polo qualitativo a relação entre as decisões de primeira instância do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCMSP), envolvendo as concessões, é descrita.



Fonte: <https://www.pexels.com/photo/books-in-shelf-207662/>

4. JURIMETRIA (ANÁLISE QUANTITATIVA)

Jurimetria é a utilização de métodos quantitativos aplicados ao Direito. Nesta análise utilizaremos Estatística Descritiva e a Inferência Estatística, que é o campo da Estatística onde se faz inferências sobre populações a partir de amostras.

Quanto à Estatística Descritiva, foi realizada busca no sítio eletrônico do TJSP de processos de primeira instância que abordassem 18 concessões no município de São Paulo. O gráfico da Figura 1 mostra a quantidade de processos encontrada por concessão. Observa-se que das 18 concessões pesquisadas apenas para 6 foram encontrados processos de primeira instância.

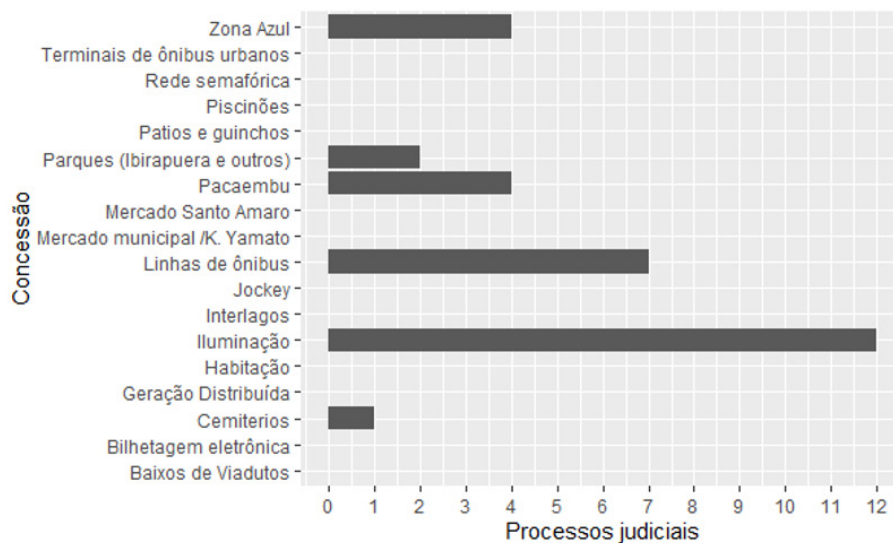


Figura 1 – Quantidade de processos judiciais por concessão no município de São Paulo.

Fonte: autores.

Em seguida, pesquisaram-se, dentro dos processos, as decisões relevantes para este estudo, ou seja, as decisões de mérito que citam, ratificam ou alteram decisões do TCMSP. O gráfico da Figura 2 mostra as decisões relevantes por concessão. Nota-se que das 6 concessões com processos judiciais, 5 apresentaram decisões relevantes para este estudo.

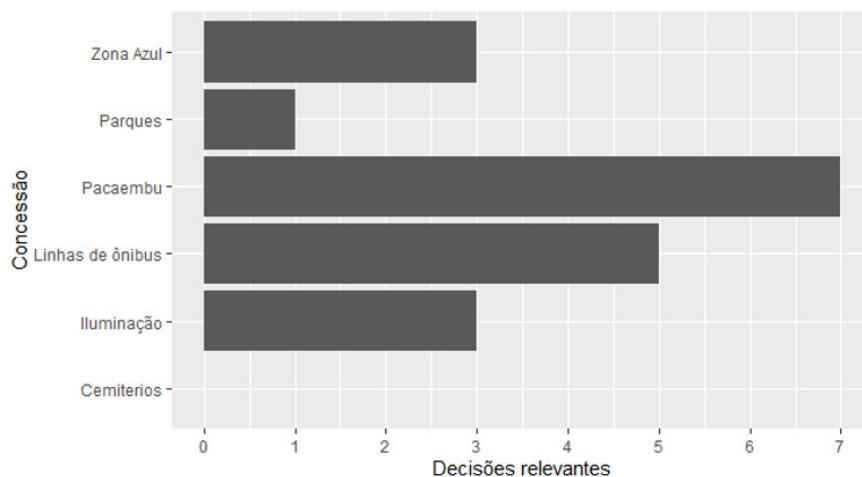


Figura 2 – Decisões relevantes por concessão.

Fonte: autores

Uma das ferramentas da Inferência Estatística é o teste de hipóteses, que será usado neste estudo. Feita uma afirmação (hipótese) sobre um parâmetro de determinada população, o teste de hipóteses é uma técnica que permite verificar se os resultados

experimentais confirmam ou não essa afirmação. A hipótese, normalmente derivada da elaboração do referencial teórico, é confirmada ou refutada por meio de amostras da população. O teste de hipóteses é, portanto, uma metodologia que permite verificar se as observações amostrais confirmam ou não uma hipótese formulada no campo teórico (MORETTIN, BUSSAB, 2010, p. 330).

O teste de hipóteses é realizado por meio da enunciação de duas hipóteses estatísticas complementares: a hipótese nula (H_0) e a hipótese alternativa (H_1). A hipótese nula (H_0) é a hipótese estatística considerada verdadeira até prova estatística que a refute. A hipótese alternativa (H_1) é complementar a H_0 , uma alternativa à hipótese nula. Tanto H_0 quanto H_1 podem ser aquilo que o pesquisador

quer provar. A decisão é confirmar ou rejeitar a hipótese nula (H_0). Aceitar a hipótese nula significa que a amostra não apresentou evidências suficientes para rejeitá-la. Rejeitar a hipótese significa que ocorreram diferenças entre o esperado e o observado na amostra que não foram fruto do acaso.

Por sua vez, o nível de significância à probabilidade de rejeitar H_0 , sendo H_0 verdadeira. Por exemplo, quando estabelecemos que o nível de significância é 5%, isto implica que esta é a probabilidade de H_0 ser rejeitada, sendo ela verdadeira.

Usando uma analogia com o Direito dos EUA, aceitar H_0 seria comparável a um veredito de não culpado, “not guilty”, ou seja, não há provas suficientes para condenar o réu. Por outro lado, rejeitar H_0 seria comparável a um veredito de culpado, “guilty”, ou seja, as provas reunidas são suficientes para condenar o réu. (REIS, 2008, p. 267).



No teste de hipótese deste estudo, a hipótese nula H_0 é: a probabilidade das decisões judiciais nas concessões estarem de acordo com o TCMSP é igual quando o a Justiça Estadual menciona o TCMSP na decisão e quando não menciona, ou seja, em termos estatísticos, $\mu_1 = \mu_2$, onde μ_1 é referente à Tabela 1 e μ_2 é referente à Tabela 2. A hipótese alternativa (H_1) é: a probabilidade de as decisões judiciais nas concessões estarem de acordo com o TCMSP é maior quando os magistrados de primeira instância da Justiça do Estadual mencionam o TCMSP na decisão do que quando não mencionam, ou seja, em termos estatísticos, $\mu_1 > \mu_2$.

Fonte: https://br.freepik.com/fotos-gratis/homem-de-financas-empresariais-calculando-numeros-de-orcamento-faturas-e-consultor-financieiro-trabalhando_1202399.htm#page=1&query=contabilidade&position=9

Concessão	Processo	Página Inicial	Decisão de acordo com o TCMSP?
Pacaembu	1034029-70.2018	2163	1
Pacaembu	1046316-65.2018	149	1
Pacaembu	1046316-65.2018	327	1
Pacaembu	1043977-36.2018	244	1
Pacaembu	1045005-39.2018	295	1
Zona azul	1067388-74.2019	617	1
Linhas de ônibus	1001835-80.2019	414	1
Linhas de ônibus	1002246-26.2019	221	1
Iluminação	1020064-93.2016	715	1
Iluminação	1020064-93.2016	969	0

não = 0, sim = 1

média= 0,9
variância= 0,1

Tabela 1 – Decisões sobre concessões quando o Poder Judiciário Estadual menciona o TCMSP

Fonte: Autores.

Concessão	Processo	Página Inicial	Decisão de acordo com o TCMSP?
Pacaembu	1034029-70.2018	2243	0
Pacaembu	1045005-39.2018	463	1
Zona azul	1068386-42.2019	2247	0
Zona azul	1016339-91.2019	517	0
Parque	1009720-48.2019	2289	1
Ônibus	1002008-07.2019	156	0
Ônibus	1002225-50.2019	366	0
Ônibus	1002225-50.2020	810	0

não = 0, sim = 1

média= 0,5
variância= 0,285

Tabela 2 – Decisões sobre concessões quando o magistrado não menciona o TCMSP

Fonte: Autores.

Na análise jurimétrica (quantitativa) dos processos de primeira instância, foi escolhida

como unidade de análise a decisão judicial. O processo não foi escolhido como unidade de análise porque vários processos não têm decisões relevantes para este trabalho. Além disso, existem processos que têm mais de uma decisão judicial relevante.

Também não foi escolhida a concessão como unidade de análise porque uma mesma concessão normalmente dá origem a vários processos judiciais que, por sua vez, podem conter nenhuma ou mais de uma decisão relevante para o presente estudo.

Por decisão relevante consideraram-se decisões que envolvem o mérito dos pedidos realizados nas petições iniciais, posto que muitas das decisões proferidas pelos magistrados em primeiro grau são de mero andamento processual, como as que determinam a citação das partes, a oitiva do Ministério Público, entre outras que não possuem conteúdo decisório. Além disso, é importante ressaltar que as decisões proferidas, especialmente no TCMSP, ainda eram de natureza transitória (tinham natureza cautelar), bem como a maior parte daquelas encontradas no âmbito judicial também se referem a pedidos liminares para suspensão ou continuidade da licitação, nas quais há, ainda, um juízo de cognição limitada.

Existem dois tipos de teste de hipóteses: o teste bicaudal, pelo qual se verifica se as médias são diferentes (maior ou menor) e o teste uni-caudal, pelo qual se verifica se uma média é menor que outra (uni-caudal à esquerda) ou se uma média é maior que outra (uni-caudal à direita). O teste deste trabalho é, portanto, um teste uni-caudal à direita:

$$H_0: (\mu_1 = \mu_2)$$

$$H_1: (\mu_1 > \mu_2)$$

Conforme Morettin e Bussab, os passos para a construção de um teste de hipótese são os seguintes:

Passo 1. Fixe qual a hipótese H_0 a ser testada e qual a hipótese alternativa H_1 .

Passo 2. Use a teoria estatística e as informações disponíveis para decidir qual estatística (estimador) será usada para testar a hipótese H_0 . Obter as propriedades dessa estatística (distribuição, média, desvio padrão).

Passo 3. Fixe a probabilidade α de cometer o erro de tipo I e use este valor para construir a região crítica (regra de decisão). Lembre que essa região é construída para a estatística definida no passo 2, usando os valores do parâmetro hipotetizados por H_0 .

Passo 4. Use as observações da amostra para calcular o valor da estatística do teste.

Passo 5. Se o valor da estatística calculado com os dados da amostra não pertencer à região crítica, não rejeite H_0 ; caso contrário, rejeite H_0 . (MORETTIN, BUSSAB, 2010, p. 339).

Passo 1: já foi realizado (as hipóteses H_0 e H_1 já foram fixadas).

Passo 2: A estatística (categoria analítica) escolhida foi: a decisão de primeira instância do Poder Judiciário Estadual ser ou não no mesmo sentido da decisão do TCMSP. Atribuiu-se o valor 1 quando a decisão judicial é no mesmo sentido da decisão do TCMSP, e 0 quando é em sentido contrário. Os valores das médias e variâncias desta estatística estão calculados nas Tabelas 1 e 2. Como não existe análise de dados em contrário, será suposto que as distribuições são normais (MORETTIN, BUSSAB, 2010, p. 362). Outra informação necessária para escolher o tipo de teste é saber se as amostras são independentes ou dependentes. Para isto, utiliza-se o teste de hipótese qui-quadrado. Neste teste a hipótese H_0 é: as amostras são independentes e a hipótese H_1 : as amostras são dependentes. A região crítica do teste é construída a partir dos resultados apresentados na Tabela 3.

Decisão menciona o TCMSP?	Decisão de acordo com o TCMSP?		Total
	sim (1)	não (0)	
sim (1)	9	4	13
não (0)	1	4	5
Total	10	8	18
Teste qui-quadrado (q²)			
Hipótese de independência	0		
graus de liberdade (gl)	1		
estatística q ²	3,553		
q ² crítico	3,841		

Tabela 3 – Teste de hipótese de independência das amostras das Tabelas 1 e 2

Fonte: dos autores

Como o valor da estatística q² (3,553) mostrado na Tabela 3 é inferior ao q²crítico (3,841), ele não pertence à região crítica, e, portanto, não rejeitamos H₀, isto é, as amostras são independentes. O nível de significância (α) do teste de independência qui-quadrado foi fixado em 5%. Existe, portanto, 95% de certeza ao afirmar que as amostras são independentes.

Outra informação necessária para escolher o tipo de teste é saber se as variâncias das populações são iguais ou diferentes. Para isto utiliza-se o teste de hipótese F da distribuição F de Snedecor. Neste teste, a hipótese H₀ corresponde a situação em que as variâncias das populações são iguais (σ₁ = σ₂) e a hipótese H₁ corresponde a situação em que as variâncias são diferentes (σ₁ ≠ σ₂). A região crítica do teste é construída a partir dos resultados mostrados na Tabela 4.

$$H_0 : \sigma_1 = \sigma_2$$

$$H_1 : \sigma_1 \neq \sigma_2$$

Teste-F: duas amostras para variâncias		
	Variável 1	Variável 2
Média	0,9	0,5
Variância	0,1	0,285
Observações	10	8
graus de liberdade (gl)	9	7
F	0,35	
F crítico uni-caudal	0,303	

Tabela 4 – Teste de hipótese sobre a igualdade da variância das populações

Fonte: dos autores

Como o valor da estatística F (0,35) mostrado na Tabela 4 é superior ao F crítico uni-caudal (0,303), ele pertence à região crítica, e, portanto, rejeitamos H_0 , isto é, as variâncias das populações são diferentes. O nível de significância (α) do teste de igualdade de variância F de Snedecor foi fixado em 5%. Afirma-se que as variâncias são diferentes, portanto, com 95% de certeza.

Será utilizado neste trabalho o teste t da distribuição t de Student, que é indicado para comparação das médias de duas populações, amostras independentes, variâncias diferentes e desconhecidas, amostras com menos de 30 elementos e tamanhos diferentes, que é o caso deste estudo.

Passo 3: a decisão é tomada com base na diferença entre o que foi observado na amostra e o que era esperado caso a hipótese for verdadeira. Se a diferença não for significativa, a hipótese será aceita, caso contrário será rejeitada. O nível de significância, que normalmente é fixado pelo pesquisador de forma arbitrária, determina o valor a partir do qual a diferença é considerada significativa, e também é a probabilidade de erro do teste, ou seja, de rejeitar uma hipótese verdadeira (REIS, 2008, p. 266). Neste trabalho o nível de significância será fixado em 5% ($\alpha = 5\%$). As afirmações serão feitas, portanto, com 95% de certeza. Com isto construímos a região crítica a partir da Tabela 5. A área hachura da Figura 3 mostra a região crítica do teste de hipótese.

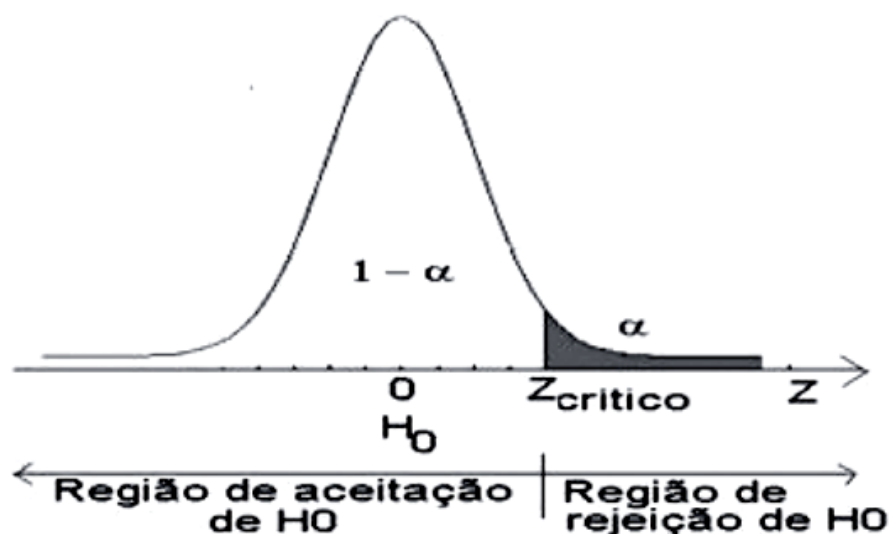


Figura 3 – Região crítica para o teste de hipótese uni-caudal à direita.

Fonte: REIS. 2008, p. 274.

Passo 4: O valor da estatística t é calculado (Tabela 5) a partir das observações das Tabelas 1 e 2.

Teste-t: duas amostras presumindo variâncias diferentes		
	Variável 1	Variável 2
Média	0,9	0,5
Variância	0,1	0,285
Observações	10	8
Hipótese da diferença de média	0	
graus de liberdade (gl)	11	
F	1,87	
F crítico uni-caudal	1,795	

Tabela 5 – Teste de Hipótese de H₀

Fonte: autores

Teste de Hipótese:

H₀ :A probabilidade das decisões do TJSP nas concessões estarem de acordo com o TCMSP é igual quando o TJSP menciona o TCMSP na decisão e quando não menciona.

H₁ :A probabilidade das decisões do TJSP nas concessões estarem de acordo com o TCMSP é maior quando o TJSP menciona o TCMSP na decisão e quando não menciona.

Este teste *t* é analisado com as seguintes variáveis:

- valor da estatística *t* (1,87), que é função das médias (0,9 e 0,5), das variâncias (0,1 e 0,285) e do número de observações (10 e 8).

- *t* crítico uni-caudal (1,795), que é função do nível de significância (5%) e do número de graus de liberdade (gl = 11).

A região crítica (região de rejeição da hipótese **H₀**) é, portanto, a região cujos valores da estatística *t* são superiores a 1,795.

Passo 5: Como o valor da estatística *t* (stat *t*=1,87) é maior que o *t* crítico uni-caudal (1,7958) **rejeitamos H₀**.

Podemos afirmar, portanto, com 95% de certeza, que quando o TJSP menciona o TCMSP nas decisões proferidas nos processos de concessão, a probabilidade das decisões do TJSP estarem de acordo com as decisões do TCMSP é maior do que quando não menciona.

5. ANÁLISE QUALITATIVA E DISCUSSÃO

Conforme exposto acima, a análise jurídica permitiu aferir que quando o Poder Judiciário considera as decisões emitidas pelo Tribunal de Contas a respeito das matérias que envolvem as licitações de concessões, ou seja, quando há a citação na decisão judicial do ato proferido pelo TCMSP, há uma tendência de que essas decisões estejam na mesma linha do decidido pela Corte de Contas.

Esse aspecto corrobora a ideia de que os argumentos constantes das decisões dos

Tribunais de Contas apresentam grande importância para o Poder Judiciário, o que permite afirmar que, embora os tribunais judiciais possam fazer uma ampla apreciação dos argumentos constantes da decisão da Corte de Contas para resolver um caso complexo, como o existente numa licitação de concessão ou parceria público-privada, existe uma forte força argumentativa das decisões do Tribunal de Contas que permite alinhar num mesmo sentido conclusivo as decisões proferidas em ambas as instâncias controladoras.

De modo mais específico, observa-se que poucas das ações ajuizadas em matéria de concessões de serviços públicos e obras públicas no Município foram opostas a decisões proferidas pelo TCMSP. Apenas 4 de um rol de 30 ações foram ajuizadas para questionar decisões proferidas pela Corte de Contas. Tal permite concluir que ou há pouca litigiosidade em relação às decisões proferidas pelo TCMSP ou, ainda, dado o caráter provisório dessas decisões, as partes interessadas não teriam considerado oportuno o ajuizamento da ação judicial questionando a decisão.

Considerando o pequeno número de ações judiciais que questionaram diretamente atos praticados pelo TCMSP nas concessões (aproximadamente 13,4%), dentro desse universo também foram poucas as decisões judiciais que consideraram irregular a atuação da Corte de Contas (apenas 1 delas).

Tendo em conta o modo pela qual as decisões judiciais se relacionam com as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, foi possível inferir que não houve uniformidade no comportamento judicial, ou seja, não se pode afirmar que existe uma única maneira de apreciação judicial sobre as decisões emitidas pelas Cortes de Contas. Diante da variedade desses posicionamentos judiciais, mostra-se controverso o reconhecimento judicial acerca das competências e da regularidade da atuação dos Tribunais de Contas, ainda que envolvendo matérias referentes ao tema de licitações e contratos.

Isso porque foram encontradas decisões judiciais em que:

- i. deixou-se de apreciar o mérito dos pedidos apresentados nas ações, em razão do TCMSP já ter proferido deliberação anterior, fato que foi considerado como exauriente da necessidade da tutela jurisdicional, como nos autos da do processo nº 1034029-70.2018.8.26.0053⁷;
- ii. a deliberação prévia do TCMSP subsidiou o julgamento proferido judicialmente, eliminando a necessidade de aprofundamento argumentativo do magistrado, especialmente por se tratar de decisão sobre tutela cautelar, em que o juízo cognitivo do magistrado é limitado⁸;
- iii. a deliberação prévia do TCMSP subsidiou o julgamento proferido judicialmente, ainda que não tenha

⁷ Decisão de fl. 2163 dos autos do referido processo.

⁸ Nesse sentido a decisão de fl. 617 do mandado de segurança impetrado em relação a concessão da zona azul, processo nº 1067388-74.2019.8.26.0053. A corroborar tal entendimento destaca-se a seguinte passagem da decisão: “A concorrente levanta outros argumentos relativos às exigências do edital, mas todos esses argumentos foram enfrentados pelo Tribunal de Contas do Município, de maneira que, nesta primeira análise, não há nenhuma ilegalidade evidente que justifique a paralisação do certame”.

sido eliminada a necessidade de o magistrado examinar os argumentos e demonstrá-los para justificar sua conclusão. Neste caso, contudo, a menção à decisão prévia do TCMSP reforçou o argumento judicial, na medida em que o Poder Judiciário citou a decisão da Corte de Contas para indicar a adequação – e regularidade - do entendimento judicial com um órgão técnico⁹;

iv. foi promovida a análise direta da legalidade da decisão do Tribunal de Contas, nas ações que tinham por objeto suspender ou anular a decisão do TCMSP. Nesses casos, ainda, observou-se que o Judiciário adotou os seguintes posicionamentos:

a. a decisão do Tribunal de Contas foi mantida, pois não apresentou ilegalidade que fundamentasse a sua suspensão ou reforma pelo Poder Judiciário¹⁰;

b. a decisão do Tribunal de Contas foi examinada quanto aos seus aspectos de legalidade e legitimidade e considerada regular pelo Poder Judiciário, tendo sido mantido¹¹;

c. a decisão do Tribunal de Contas foi amplamente analisada, porém reformada pelo Poder Judiciário, mesmo havendo decisões de instâncias superiores sobre o mesmo tema em sentido contrário¹².

A análise empírica demonstra que não é possível considerar os Tribunais de Contas como órgãos jurisdicionais, nem é possível dizer que suas decisões ficam, ainda que apenas quanto a determinados aspectos, imunes ao controle judicial, posto que tanto pode haver, para situações fático-jurídicas semelhantes, decisões que reconhecem a competência e a legitimidade para a atuação do TCMSP, por exemplo, para exercício do controle prévio de licitações, enquanto outros entendem que tal desborda

⁹ Nesse sentido a decisão proferida na ação popular n° 1002246-26.2019.8.26.0053, fl. 221, demonstra por meio da seguinte passagem: “Além deste fato, todos os temas foram exaustivamente discutidos pelo Tribunal de Contas do Município, que autorizou o prosseguimento da licitação, inclusive com a consequente readequação da redação do edital, conferindo-lhe confiabilidade.” Na mesma linha pode-se citar a decisão proferida nos autos do processo n° 1001835-80.2019.8.26.0053, fl. 414 e seguintes.

¹⁰ Nesse sentido as decisões proferidas nos mandados de segurança n° 1043977-36.2018.8.26.0053 e n° 1045005-39.2018.8.26.0053, sendo que, no primeiro, decisão de fl. 244, o magistrado considerou que não havia, a princípio, ilegalidade no controle realizado pelo TCMSP, especificamente quando ao seu ato que permitiu o prosseguimento da licitação do Pacaembu, de forma condicionada, ou seja, mediante o cumprimento de determinados requisitos pela Administração, a justificar a sua suspensão no seu juízo de cognição inicial. No segundo caso, na decisão de fl. 295, o juiz também não vislumbrou razão para se considerar irregular a atuação do TCMSP, posto que se encontra bem fundamentada e, em tese, encontra-se dentro dos limites legais e constitucionais do controle preventivo da Administração Pública exercido pelo TCMSP.

¹¹ Nesse sentido a decisão proferida a fl. 149 da ação popular n° 1046316-65.2018.8.26.0053 o magistrado considerou que não havia arbitrariedade nas condicionantes impostas pelo TCMSP para permitir o prosseguimento da licitação, perfazendo uma ampla e profunda análise da legalidade da interpretação conferida pelo TCMSP. Ao final da instrução processual, na sentença de p. 327, o juiz dispôs claramente, contudo, que as decisões das Cortes de Contas não possuem caráter jurisdicional e nada impede que sejam impugnadas por ação popular e, ao passar a decidir o mérito, reproduz os argumentos da decisão cautelar e acrescenta que este exame inicial já se mostrou oportunamente suficiente, razão pela qual não acrescenta novos argumentos ao que já foi decidido e termina por julgar improcedente o pedido contido na ação popular.

¹² Apenas em uma das ações encontradas a decisão judicial considerou irregular a decisão proferida pelo TCMSP. Nos autos do mandado de segurança n°1020064-93.2016.8.26.0053, o juiz reputou ilegal a atuação do TCMSP quando suspendeu totalmente a licitação, ainda durante o trâmite do certame, sem fixar data para a sua retomada. O juiz considerou que o TCMSP só teria competência para fiscalizar, o que se constitui em etapa posterior à prática do ato, e, além disso, o órgão de controle atuou de modo ilegal ao postergar o deslinde do procedimento de interesse do Município para uma data incerta.

de suas competências constitucionais. Tem-se como exemplo de tal situação em que nos autos da ação judicial nº 10020064-93.2016.8.26.0053 (que trata da concessão da iluminação pública), a decisão de primeiro grau que considerou que o TCMSp afrontou a separação de poderes quando realizou o controle prévio ou concomitante da licitação, enquanto que nos autos da ação judicial nº 1046316-65.2018.8.26.0053 (que trata da concessão do Pacaembu), o juiz considerou a referida atuação regular.

Não se pode afirmar também que há algum grau de deferência do Poder Judiciário em relação às decisões das Cortes de Contas. Não que a exposição dos fundamentos judiciais para alcançar a decisão desconsidere as decisões das Cortes de Contas, mas essas decisões dos Tribunais de Contas não satisfazem, por si só, o juízo necessário para vincular a deliberação judicial.

Ainda, um aspecto relevante encontrado na referida pesquisa refere-se aos temas que foram objeto de questionamento judicial relativos à licitação dos contratos de concessão inseridos no projeto de desestatização municipal.

Ocorreram questionamentos que incluem a conveniência da realização do contrato de concessão, como no caso da concessão do Pacaembu¹³, abrangendo aspectos como a exigência de cumprimento de obrigações por parte do concessionário (respeito à cota de solidariedade, que consiste na obrigação de construção de habitações sociais, a serem vendidas para famílias de baixa renda quando da conclusão de empreendimentos imobiliários

de grande porte; ilegalidade da outorga do potencial construtivo para o concessionário; ilegalidade de atividades contidas no plano de negócios que compõe a concessão); quanto a assuntos relativos ao tombamento do patrimônio imobiliário; a violação da ordem de julgamento do certame. Nesses casos, a decisão do TCMSp, contudo, não foi objeto de análise de mérito pelo Poder Judiciário, dado que esta ação perdeu o objeto (restou prejudicada a análise de mérito pelo Poder Judiciário).

Também na concessão da zona azul¹⁴, a conveniência e a modelagem do contrato de concessão foram inquiridos judicialmente, diante do formato apresentado para o negócio (alegando-se que a concessão seria, na verdade, uma operação de antecipação de receita para os cofres públicos), bem com em relação ao valor e o prazo para pagamento da outorga, forma de remuneração estabelecida para o concessionário, além de temas típicos relacionados à licitação, como exigências de qualificação técnica, o critério de julgamento da licitação consistente no maior valor de outorga e sua incongruência com a finalidade buscada pelo contrato.

Neste caso, especificamente, a deliberação prévia do TCMSp subsidiou quase que integralmente o julgamento proferido na esfera judicial, levando ao indeferimento do pedido liminar. Também se pode dizer que aspectos do formato da concessão das linhas de ônibus foram impugnados¹⁵, sem prejuízo, neste caso, de indagações relativas às exigências constantes no edital de licitação, ocasião em que o estudo já desenvolvido anteriormente pelo TCMSp permitiu ao juiz,

¹³ Processo nº 1034029-70.2018.8.26.0053.

¹⁴ Processo nº 1067388-74.2019.8.26.0053.

em sede preliminar, afirmar que a conclusão do TCMSP sobre tal auditoria seria um indicativo da regularidade do Certame¹⁶.

Ainda se questionou a competência do Tribunal de Contas do Município para instituir deveres para a Administração Pública no curso do procedimento licitatório, além de ter havido impugnação a respeito da motivação de ato do TCMSP que havia determinado a suspensão da licitação, interferindo em aspecto de discricionariedade administrativa relativo às exigências de qualificação técnica que deveriam constar do edital de licitação de contrato de concessão¹⁷. Todavia, o pedido feito em sede judicial para suspensão ou anulação do ato do TCMSP foi ou indeferido ou julgado improcedente em primeira instância¹⁸.

Tais questionamentos referentes à atuação do TCMSP, especialmente quanto aos aspectos que envolvem a sua competência, envolvendo sua atuação concomitante ao procedimento licitatório e a sua interferência na discricionariedade administrativa – considerando a razoabilidade e a fundamentação do ato do Tribunal que determinou a suspensão da licitação, encontram-se no processo que tem como pano de fundo a licitação da concessão da iluminação pública¹⁹.

Pode-se dizer que os questionamentos levados ao Judiciário pelas partes não se referem apenas a assuntos típicos dos contratos de concessão, das exigências constantes no edital de licitação para contratação ou quanto



Fonte: https://cdn.direcaoconcursos.com.br/uploads/2019/06/6838038_x7201.jpg

¹⁵ Processo n° 1001835-80.2019.8.26.0053,

¹⁶ Também no processo n° 1002246-26.2019.8.26.0053 foram objeto de questionamento exigências constantes no Edital de Licitação para concessão das linhas de ônibus.

¹⁷ Processos n° 1046316-65.2018.8.26.0053 e 1045005-39.2018.8.26.0053.

¹⁸ Processo n° 1043977-36.2018.8.26.0053.

¹⁹ Processo n° 1020064-93.2016.8.26.0053.

ao procedimento licitatório, embora elas sejam a grande maioria das matérias debatidas.

Os temas que foram judicializados também se referem ao modo geral de atuação do Tribunal de Contas, sua competência, os limites do seu controle perante os atos da Administração Pública e sua interferência na discricionariedade administrativa. Assim, embora muitos dos argumentos relacionem-se especificamente aos contratos de concessão, que são, necessariamente, de objeto complexo, de maior vulto, com valores e prazos maiores do que comumente se encontra em contratos da Administração Pública (especialmente os firmados sob a égide da Lei Federal nº 8.666/93), o que permite inferir, inclusive, maior disputa e judicialização dos atos praticados pela Administração, ainda assim há questões abrangentes referentes à atuação das Cortes de Contas sendo levadas ao Poder Judiciário.

É possível, por isso, sugerir que a conclusão da análise jurimétrica, embora possa se referir neste caso especificamente aos contratos de concessão, poderá ser estendida para outros temas de licitações e contratos e a atuação dos Tribunais de Contas, fato que demanda, todavia, a elaboração de trabalhos mais específicos e aprofundados sobre o assunto para permitir uma conclusão indubitável sobre o tópico, o que não é o escopo deste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho expôs o modo pelo qual o Município de São Paulo vem implementando o processo de desestatização, com a celebração de concessões e parcerias público-privadas, indicando que tal foi feito não apenas por meio de alterações legislativas que regulamentassem os contratos, mas com a criação de estruturas e instituições que permitiram a realização deste rearranjo da atuação do Poder Público municipal, como um órgão gestor destas parcerias, um fundo de garantia para a celebração destes contratos, mecanismos para a solução de controvérsias decorrentes destes contratos.

Foi descrita a carteira de projetos incluída no referido processo de desestatização e indicou-se quais foram os projetos iniciados pela Prefeitura e que, no curso do seu desenvolvimento, foram sendo controlados tanto pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo quanto pelo Poder Judiciário Estadual.

Nesse contexto, que se implementa de modo mais amplo a partir de 2017, fez-se também uma pesquisa empírica das decisões judiciais que controlaram as referidas licitações, considerando as ações que tramitaram perante a Justiça do Estado de São Paulo. Após a identificação de 30 ações judiciais movidas em face de 6 dos processos licitatórios de concessão, incluindo as concessões da iluminação pública, do complexo do Pacaembu, dos parques municipais, da zona azul, do transporte público municipal (linhas de ônibus) e dos cemitérios, adotou-se metodologia de pesquisa

descritiva e explicativa, bem como quantitativa e qualitativa, utilizando-se da estatística descritiva e a inferência estatística para alcance dos resultados pretendidos.

A partir da identificação das referidas ações judiciais em sede de primeira instância, passou-se a diferenciar as decisões entre relevantes ou irrelevantes para a presente pesquisa, incluindo-se nas primeiras àquelas que tinham efetivo conteúdo decisório, ainda que em sede provisória, dado que ainda é recente o desenvolvimento dos referidos certames. Por decisões irrelevantes consideraram-se aquelas que apenas permitiam o prosseguimento processual e não apresentavam qualquer tópico deliberativo.

O resultado da análise jurimétrica, que utilizou o Teste de Hipótese, permitiu inferir com razoável nível de certeza que quando a decisão judicial menciona o TCMSP nas decisões proferidas nos processos de concessão, a probabilidade das decisões do TJSP estarem de acordo com as decisões do TCMSP é maior do que quando não menciona.

Além disso, a análise empírica das decisões permitiu inferir que as decisões do TCMSP não são os maiores fatores que desencadeiam a litigiosidade judicial em matéria de licitações de concessões, posto que a maioria das ações contrapõem-se a decisões proferidas pela Administração Pública, tanto no que tange à conveniência da celebração do contrato de concessão, quanto de sua modelagem, dos requisitos para a contratação.

Pode-se concluir que mesmo nas ações que questionam atos tomados pela Administração Pública nas referidas licitações, houve

referência às decisões do TCMSP, as quais serviram de suporte para as decisões judiciais de variadas formas, seja para dispensar a análise judicial de mérito sobre o pedido, seja para servir como fundamento da decisão, dispensado a apresentação de outros fundamentos, seja, ainda, como mero argumento de reforço aos argumentos expostos pelo magistrado.

Revelou-se que não houve uniformidade na forma de tratamento que o Poder Judiciário confere para as decisões proferidas pela Corte de Contas Municipal, o que não quer dizer, contudo, que estas se mostraram como despiciendas para a tomada de decisão judicial, já que, como encontrado em diversas deliberações judiciais, o juízo emitido pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo sobre a regularidade ou possibilidade de prosseguimento da licitação foi avaliado para a formação da convicção do magistrado.

Evidenciou-se, por isso, que não se pode considerar os Tribunais de Contas como órgãos que exercem jurisdição, na acepção mais técnica do termo, tal como utilizada para o Poder Judiciário, e que não é possível dizer que suas decisões possuem o atributo da definitividade, tal como uma decisão judicial.

De todo o cenário construído ao longo desta pesquisa, observou-se, no limite de tempo pesquisado, que muitas ações judiciais ainda não haviam chegado a um termo final e verificou-se que a discussão e controvérsia envolvendo tais licitações é bastante ampla e demorada, ainda que haja, na prática, um diálogo embrionário entre as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e o Poder Judiciário. Não se trata de uma conversa institucionalizada, o que, de

fato, até poderia ser mais produtivo, colaborativo e racional, mas nota-se que muitas das decisões proferidas pelas Cortes de Contas são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário – quando este mesmo não toma conhecimento destas diretamente.

Esse é um aspecto que não restou resolvido pelo ordenamento jurídico pátrio e que não permite, salvo por interpretação que exige racionalidade na conduta estatal, decorrente de uma imposição do princípio da segurança jurídica, o maior diálogo institucional entre as instâncias de controle e um efetivo aproveitamento de análises técnicas, até como forma de diminuir a litigiosidade, a dispersão de decisões que, em muitas questões, podem até se mostrar contraditórias, dificultando a agilidade das contratações estatais.

Por certo que refletir sobre este aspecto pode, inclusive, melhorar o ambiente de negócios no Município de São Paulo, conferir segurança jurídica, diminuir custos e assim efetivamente atingir a finalidade do processo de desestatização iniciado recentemente.

Por fim, observa-se da presente pesquisa que muitos dos questionamentos existentes no âmbito judicial em relação às concessões municipais referem-se a atos adotados pela Administração quanto ao desenho do modelo de concessão apresentado, aos requisitos da licitação para participação e contratação neste processo, mas também há questões que se referem aos atos adotados pelos Tribunais de Contas, propiciando arriscar dizer que algumas das conclusões alcançadas podem ser empregadas em outros temas que envolvem decisões dos Tribunais de Contas, tópico, contudo, que poderá ainda ser objeto de trabalhos posteriores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://rodrigouchoa.atspace.com/dialogo-juridico-2001-12-09-carlos-ayres-britto.pdf>. Acesso em 13 abr. 2019.

BUZUID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 1967.

CASTRO NUNES. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional – funções próprias e funções delegadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 109, p. 1-10, jul./set. 1972,

COSTALDELLO, Angela Cassia. Tribunais de Contas no Brasil. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/20/edicao-1/tribunais-de-contas-no-brasil>.

CRETELLA JUNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Direito**

Administrativo, Rio de Janeiro, n. 166, p. 1-16, out./dez. 1986.

DARCIE, Jonathan Doering. As decisões do Tribunal de Contas e seu controle judicial. **Revista Interesse Público**, v.11, n. 55, p. 273-304, maio/jun., 2009

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 83-108, abr./jun. 2005.

GARCIA, Fernando Couto. **Controle Judicial das decisões dos tribunais de contas**. In: PEREZ, Marcos Augusto. SOUZA, Rodrigo Paganí (Coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRACIE, Ellen. **Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal**. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, out. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55272>>. Acesso em: 14 maio 2018.

JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. WALD, Arnold. JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 350-362.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **Revista de**

Informação Legislativa, Brasília, n. 108, p. 125, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, Jose Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORETTIN, P. A.; BUSSAB, W.O. **Estatística Básica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOURA E CASTRO, Flavio Régis Xavier. **Os Tribunais de Contas e sua Jurisdição**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 52, jun. 2005.

REIS, M. R. **Estatística Aplicada à Administração**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2008.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 59-60.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. MONTEIRO, Vera. ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 866-890, set./dez. 2017.



Parcerias Público-Privadas em Casas Legislativas

Possibilidades e Desafios

Romulo de Sousa Mesquita

Especialista em Gestão Legislativa pela UnB. Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados – CEFOR/CD. Brasília-DF, Brasil. romulo.mesquita@camara.leg.br

Nelson Gomes dos Santos Filho

Doutor em Administração pela UFBA. Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados – CEFOR/CD. Brasília-DF, Brasil. nelson.santos@camara.leg.br

RESUMO

Este artigo aborda as possibilidades e os desafios para a realização de Parceria Público-Privada (PPP) em uma Casa Legislativa. A pesquisa não tem precedente e é fruto de estudo de dois casos, considerando as experiências inacabadas da Câmara dos Deputados e da Câmara Municipal da cidade do Recife. A coleta de dados teve como referencial os fatores críticos de sucesso (FCS) da experiência internacional. A Lei nº 13.137/2015 autorizou as Casas do Poder Legislativo a estruturarem PPP, o que impulsionou a capacitação de servidores e a regulamentação interna do processo de estruturação do projeto na CD. O projeto avançou até o recebimento de proposta de uma das empresas autorizadas para desenvolverem os estudos. No caso da Câmara Municipal do Recife, a experiência foi mais incipiente. Apesar de não ter avançado na estruturação da PPP, há o legado da constituição do Fundo Gestor Especial, com o objetivo específico para a construção da sede da Casa Legislativa. Mesmo sem a conclusão das estruturações das PPPs, há espaço para aplicação desse instituto nos diversos níveis do Poder Legislativo brasileiro em projetos futuros.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria Público-Privada. Modelagem de PPP no Poder Legislativo. Fatores Críticos de Sucesso (FCS).

INTRODUÇÃO

Embora originalmente o modelo de Parceria Público-Privado (PPP) tenha sido pensado para contratações no Poder Executivo, surgiram tentativas de viabilizá-lo também nos demais Poderes. No caso do Poder Judiciário, a discussão chegou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Na ocasião, a Procuradoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão instou o CNJ sobre a possibilidade de formalizar PPP para a construção e o aparelhamento de fóruns e comarcas no interior do Estado. A decisão do Conselho, entretanto, com voto de lavra do Ministro Aires Britto, impossibilitou sua realização.

Por outro lado, no Legislativo registraram-se iniciativas na Câmara dos Deputados e na Câmara Municipal do Recife. Na Câmara dos Deputados (CD), a ideia de iniciar um projeto de PPP surgiu de tentativas frustradas para licitar, através da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), a construção do Anexo IV-B no complexo arquitetônico da CD, em Brasília. O empreendimento ampliaria o atual complexo arquitetônico em aproximadamente 70%, o que seria a maior obra do legislativo federal desde a transferência do Poder para Brasília. No mesmo sentido, a Câmara Municipal do Recife (CMR) iniciou processo de estruturação de uma PPP para a construção de sua sede em 2012. Apesar de inconclusa, essa experiência da CMR chegou à constituição de Fundo Especial, com o objetivo específico de construir a sede.

A análise dessas experiências produziu um conhecimento relevante para a compreensão da condução de PPPs no poder legislativo, o que pode auxiliar na concepção de futuros projetos.

Deste modo, o presente artigo tem o objetivo de apresentar as possibilidades e os desafios na utilização do instrumento de PPP em Casas Legislativas, a partir da análise das experiências da CD e da CMR. Trata-se de um trabalho descritivo, usando os fatores críticos de sucesso elencados na literatura específica como fundamento para a análise, permitindo assim comparar os casos estudados.

O artigo se desenvolve em mais três seções, das quais a próxima é dedicada à apresentação dos conceitos de PPP e de fatores críticos de sucesso, além de discussão legal sobre a possibilidade de realização de PPPs no legislativo. A segunda seção detalha os aspectos metodológicos utilizados no estudo. A terceira seção descreve e analisa os achados de cada uma das experiências das casas legislativas estudadas, após o que se seguem algumas considerações finais.

1. A PPP NO BRASIL, FATORES CRÍTICOS DE SUCESSO E SUA APLICAÇÃO NO PODER LEGISLATIVO

As crises das décadas de 1980 e de 1990 impuseram aos países emergentes, incluído o Brasil, a necessidade de ajustes fiscais em suas contas (BRITO; SILVEIRA, 2014). As PPPs surgem como a solução para Estados e iniciativa privada dividirem os custos de implantação de alguns importantes projetos de infraestrutura com características que nenhum deles teria condições de arcar individualmente (ARAGÃO, 2005).

Nesse contexto, é que o conceito e a abrangência do modelo de PPP foram apreciados pelo Congresso Nacional (CN). A tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 2.546/2003 (BRASIL, 2003), que instituiu as normas gerais das PPPs, teve como um dos principais pontos de tensão a amplitude interpretativa do conceito de uma parceria, se ampla ou restrita; sociológica ou legal (ARAGÃO, 2005).

Soares e Campos Neto (2004) destacaram duas questões essenciais no PL. A primeira seria o conceito de PPP e a segunda se referiu a uma das principais inovações do PL: estimular a participação da iniciativa privada em empreendimentos de baixo ou nenhum retorno financeiro, desde que fossem de interesse público.

A sanção da Lei Geral de PPP no Brasil, entretanto, abandonou o conceito de amplitude pretendida no PL e assumiu uma abordagem

stricto sensu, utilizando-se, em maior ou menor grau, da disciplina já existente na legislação sobre as contratações com o setor público (ARAGÃO, 2005). O diploma legal, portanto, incorporou os princípios dados pela Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995), ao introduzir as concessões patrocinadas e as administrativas no rol de modalidades de contratos administrativos, possibilitando, juridicamente, a delegação de serviços públicos com pouco ou nenhum retorno econômico ao ente privado com pagamentos realizados diretamente pela Administração Pública.

Com relação aos entes federados, mesmo antes do advento da Lei Federal de PPP, alguns estados já possuíam legislações sobre o tema. Minas Gerais foi o primeiro estado brasileiro a implementar regulamentação legislativa para as parcerias, em 2003, um ano antes, portanto, da Lei Federal (CHAVES; GUIMARÃES; NASCIMENTO, 2015). Além de Minas Gerais, vários outros estados da federação, como São Paulo, Espírito Santos e Rio Grande do Sul buscaram regulamentar a realização de PPP e já possuem alguma *expertise* e amadurecimento sobre o assunto (COSTA NETO, 2008).

O estado de Pernambuco, recentemente, revisou seu antigo programa de PPP com a edição da Lei nº 16.573/2019 (PERNAMBUCO, 2019), que cria o novo Programa de Parcerias Estratégicas de Pernambuco (PPEP). O PPEP moderniza os instrumentos legais e expande esse leque de possibilidades, incluindo, por exemplo, a própria concessão comum e os arrendamentos (PERNAMBUCO, 2019). A Lei Estadual inovou ao ampliar o rol de modalidades de PPP, antes restrito às patrocinadas e às administrativas.

1.1. Os Fatores Críticos de Sucesso (FCS)

As experiências internacionais em PPP fomentaram estudos e a identificação de diversos fatores críticos para o seu bom desempenho. Genericamente, o conceito de FCS pode ser definido como “as áreas em que a obtenção de resultados favoráveis é imprescindível para que o gestor possa alcançar seus objetivos” (ISMAIL, 2013, p. 8).

Pesquisadores como Ismail (2013), Cutrim, Tristão e Tristão (2017), Firmino (2018) e outros têm identificado inúmeros FCS, que impactam no desenvolvimento de PPPs em áreas como a saúde, o saneamento e a infraestrutura na Ásia, no Brasil e na Europa, respectivamente. Nesse linde, o artigo avança expondo os principais FCS relacionados aos projetos de PPPs de infraestrutura, com foco no objeto do presente estudo de caso. São eles: a boa estrutura de governança, a existência de um marco regulatório favorável, a disponibilidade de recursos no mercado financeiro, o ambiente econômico favorável, consenso político, racionalidade técnica e política, transparência e accountability, capacitação institucional e seleção do parceiro (ISMAIL, 2013; CUTRIM; TRISTÃO; TRISTÃO, 2017; FIRMINO, 2018).

A boa estrutura de governança, segundo Ismail (2013), está relacionada com o compromisso dos parceiros na utilização dos melhores esforços e recursos para atingir os seus objetivos, em especial, a existência de processos de trabalhos, desenvolvimento de cultura empreendedora entre os parceiros e órgão ou

unidade central de PPP (CUTRIM; TRISTÃO; TRISTÃO, 2017).

A existência de marco regulatório favorável, segundo Firmino (2018), ensina que esse FCS oferece aos parceiros segurança, por exemplo, ao normatizar e regulamentar o esforço no acompanhamento, na celebração e na monitorização dos contratos; estabelecimento de metodologia para avaliação do *Value for Money (VFM)*; realização de estudos de viabilidade jurídica e econômico-financeira; e na adequação ao orçamento público (FIRMINO, 2018).

A disponibilidade de recursos no mercado financeiro, sobretudo no Brasil, é central. Segundo Cutrim, Tristão e Tristão (2017, p. 9), no Brasil, o “financiamento bancário para projeto de infraestrutura e de longo prazo” é “excessivamente concentrado no BNDES” e “há pouca presença de bancos estrangeiros neste segmento”. É importante, portanto, que os indicadores econômicos e financeiros do país transmitam segurança para que a iniciativa privada possa investir e obter o retorno do capital.

O ambiente econômico estável é importante para reduzir incertezas associadas a investimentos de longo prazo e está, intimamente, associado ao FCS sobre a disponibilidade de recursos privados no mercado (MENEZES, 2014).

O consenso político é tratado pela literatura como algo positivo e que deve refletir a vontade política mediante uma política pública clara, capaz de evitar oposição dos cidadãos e dos partidos políticos (GRIMSEY; LEWIS, 2004). Para Firmino (2018), a falta de coerência política provoca a dificuldade de alinhamento entre os poderes públicos, além de

possibilitar as alterações de filosofia dos projetos iniciais, acarretando consequências onerosas para o Estado (FIRMINO, 2018). Como se trata de relação contratual com duração muito superior à dos ciclos políticos, a existência de consenso político favorece a garantia de compromisso dos governos futuros, essencial para possibilitar o estabelecimento da confiança do parceiro privado e para minimizar despesas oriundas de alterações unilaterais dos contratos (GUASCH, 2004).

A racionalidade técnica ou política, de acordo com Firmino (2018, p. 1276), “espelha a opção por desenvolver um projeto em PPP quando ele exprime o melhor *VFM*”, ou seja, o melhor custo-benefício com a utilização do dinheiro público (FIRMINO, 2018). Acrescenta, ainda, que sua utilização é uma “decisão política motivada por componente ideológico (pendência neoliberal) ou motivações eleitorais (querer mostrar ‘obra feita’, conforme sugere a teoria dos ciclos político-econômicos)”. Tecnicamente, o VFM pode ser obtido pela

combinação mais favorável de custos de ciclo *whole-of-life* das PPP, em que são consideradas a quantidade e a qualidade do bem ou serviço contratados, a partir do cálculo de um comparador público (*Public Sector Comparator – PSC*) que, além de possuir a parte objetiva do cálculo, também inclui a vertente qualitativa, difícil de valorar (FIRMINO, 2018). A pesquisadora alerta que os cálculos do PSC podem ser manipulados a fim de justificar a decisão política tomada (FIRMINO, 2018).

Transparência e *accountability* exigem a produção e a disponibilização, durante todo o processo de estruturação e gestão de uma PPP, de relatórios, estudos e contratos de qualidade e claros para a consulta eletrônica por qualquer interessado. Tornar as informações sobre custos, complexidade e benefícios acessíveis ao público em geral, submetendo-as ao escrutínio dos cidadãos, impacta positivamente na sustentabilidade da decisão de se realizar uma PPP (FIRMINO, 2018).



Fonte: <https://pixabay.com/pt/illustrations/gabarito-relat%C3%B3rio-de-volta-2990424/>

A capacitação institucional consiste em um conjunto de ações articuladas que requer tempo e investimentos em recursos humanos para a construção de conhecimento necessário para a gestão, acompanhamento e monitorização dos contratos de PPP. Firmino (2018) também destaca a importância da constituição de entidades com competências definidas e com atuação articulada. Ela alerta que a falta de experiência, nesse modelo de contratação, pode levar à indiscriminada utilização de consultoria externa em áreas chave como a jurídica e a financeira, dificultando a criação de “uma estrutura sólida e consolidada de corpos administrativos que possa garantir uma gestão e acompanhamento eficaz das PPP” (FIRMINO, 2018, p. 1278).

A seleção do parceiro, como ensina Firmino (2018), é a última fase da etapa pré-contratual da PPP e contribui para a diversidade e qualidade das propostas por meio da efetiva competição nos procedimentos concursais. Para a realização de adequado concurso público, a literatura indica o necessário estabelecimento de regras claras no caderno de encargos para evitar futuras renegociações dispendiosas para o Estado (FIRMINO, 2018).

O conhecimento sobre os FCS, aqui elencados, serão fundamentais para o desenvolvimento da metodologia de realização dessa pesquisa. Para uma melhor didática, esses FCS serão agrupados em três variáveis dispostas no Quadro 1 e servirão de base para a obtenção de informações em documentos e em entrevistas, que comporão os estudos de casos apresentados na seção 3.

1.2. A Aplicação da PPP no Poder Legislativo

O texto original da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004) conferia à Administração Pública legitimidade para realizar PPP, no caso, o Poder Executivo. Esse entendimento se consolidou com a decisão do CNJ, referente ao julgamento, em sede de consulta apresentada pela Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJ/MA), em 2011, relativo à formalização de PPP para construção e aparelhamento de novos fóruns em comarcas do interior do estado (BRASIL, 2014a). Apesar de a decisão referir-se apenas ao Poder Judiciário, a inteligência dos argumentos, utilizados no voto do Ministro Ayres Britto, impactou diretamente na possibilidade de o Poder Legislativo realizar sua PPP.

O Relator da Consulta, Conselheiro Paulo Tamburini (BRASIL, 2014a), em que pese reconhecer o mérito da estruturação da PPP do Judiciário, recomendou a formação de grupo de trabalho para propor ao Plenário do CNJ a regulamentação da matéria. Seu Voto, entretanto, foi vencido pelo Voto-Vista do Ministro Ayres Britto, que divergiu quanto ao mérito, ou seja, negou a possibilidade de o Poder Judiciário firmar PPPs para o desempenho de suas atividades-meio. O primeiro argumento, utilizado pelo Ministro, foi que a Lei Federal de PPP se referia à “Administração Pública”, em vários dispositivos da Lei, grafada com “iniciais maiúsculas”, por isso, sua utilização estaria restrita ao Poder Executivo, inferindo, portanto, a impossibilidade de sua utilização pelos outros dois poderes: Poder Legislativo e Poder Judiciário.

À época, a decisão provocou reações de nomes consagrados no estudo e na estruturação de PPPs. Lavourinha e Ribeiro (2015) criticam que o excesso de “formalismo, tão comum entre operadores do direito, impede que o potencial das PPPs seja utilizado para a resolução dos problemas de eficiência na prestação do serviço jurisdicional”, tão necessários no país.

Há, de fato, no Direito Administrativo, a distinção entre o sentido subjetivo e o objetivo da expressão “Administração Pública”, grafada com maiúsculas ou minúsculas. Segundo Cunha Júnior (2019), a grafia com maiúsculas “indica o ente que exerce a gestão dos negócios públicos, ou seja, o Estado-administrador”, o que exclui os outros Poderes Legislativo e Judiciário (CUNHA JÚNIOR, 209, p. 28).

A sequência do Voto do Ministro desenvolve argumento que desvincula a figura do usuário dos serviços públicos ao da missão do Poder Judiciário, pois considera apenas o Poder Executivo como o “único Poder estatal voltado para o atendimento de necessidades tão permanente quanto coletivamente sentidas” (BRASIL, 2014a, p. 5). Por isso, não caberia aos órgãos do Poder Judiciário fazer a gestão dos interesses, cada vez mais frequentes, dos administrados. Acrescenta o Ministro que “serviço público é constitutivo de atividade inteiramente estranha aos misteres do Poder Judiciário e que, nesse caso, não faz sentido distinguir atividade meio ou fim, pois essas duas atividades se confundem na dinâmica do Poder Executivo” (BRASIL, 2014a, p. 5).

A lição de Aragão (2005), entretanto, esclarece que a concessão administrativa é, de fato, delegação de atividades administrativas, não necessariamente de serviços públicos,

diferenciando, portanto, a empreitada de uma concessão. O autor insiste em fazer essa diferenciação, pois ensina que os institutos trazem, para o mundo jurídico, consequências práticas diferentes quanto à responsabilidade objetiva, à reversão de bens, à subcontratação, a todas as obrigações do poder concedente e da concessionária, à garantia com os direitos emergentes da concessão que são aplicáveis às delegações de atividades administrativas, e não às demais modalidades de contratos administrativos.

Na concessão patrocinada, art. 2º, § 1º da Lei de PPPs (BRASIL, 2004), há cobrança de tarifa ao usuário, o que configura desenvolvimento de atividade econômica. Nesse caso, realmente causaria estranheza a gestão desse tipo de atividade por qualquer um dos Poderes Legislativo ou Judiciário. Mas com relação à concessão administrativa, § 2º do mesmo artigo, não há o desenvolvimento de atividade econômica nem cobrança de tarifas aos usuários. Trata-se de contrato de prestação de serviços de que a administração pública é a usuária final das instalações e serviços disponibilizados pela PPP (ARAGÃO, 2005).

Nesse mesmo sentido, contrapondo-se ao argumento do Voto do Ministro, Lavourinha e Ribeiro (2015) observam que a decisão ignorou o fato de o Judiciário ser o maior interessado na prestação jurisdicional mais eficiente, que poderia ser viabilizada por estrutura física e suporte adequado. Na visão dos autores (2015), não justificaria, portanto, a transferência da responsabilidade de gerir os contratos de uma PPP do Judiciário para o Poder Executivo.

Como o tema é complexo, buscaram-se casos semelhantes no site do TCU. O instituto

da PPP também foi discutido na esfera do TCU por ocasião de consulta formulada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSTJ) acerca da aplicabilidade do art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), às contratações de locação sob medida de imóvel a ser construído de acordo com parâmetros mínimos estabelecidos por órgão ou entidade da Administração Pública (BRASIL, 2014a). Apesar de a consulta não estar relacionada diretamente ao instituto da PPP, há, no bojo de sua discussão, importantes ponderações sobre sua utilização na Administração Pública, inclusive, em órgãos do Poder Judiciário.

Essa modalidade de contratação, conhecida como *Built-to-Suit*, no Direito brasileiro, antes considerada como contrato atípico, passou a ser reconhecida com a sanção da Lei nº 12.744/2012 (BRASIL, 2012), que modificou a Lei nº 8.245/1991 (BRASIL, 1991), acrescentando-lhe, entre outras alterações, o art. 54-A (BRASIL, 2012). Em apertada síntese, o dispositivo acrescentado autoriza a locação de um imóvel construído pelo futuro locador, conforme especificações predefinidas pelo futuro locatário. Ou seja, o locador-investidor, em regra, adquire o terreno, elabora os projetos, constrói e entrega o imóvel pronto e recebe a remuneração pelo uso do imóvel e pelo retorno dos investimentos alocados, com a possibilidade de securitização do contrato, cujos títulos terão como lastro o valor dos aluguéis acordados. Para o locatário, pesam as responsabilidades de definir o local do imóvel, aprovar os parâmetros dos projetos, fiscalizar a obra e realizar os pagamentos que, normalmente, englobam aluguéis, investimento e customização do imóvel.

Esse modelo de contratação, entretanto, mereceu críticas do Relator revisor, Ministro Benjamin Zymler, que sugeriu, como alternativa mais econômica e segura, justamente a realização de PPP. O Ministro ponderou que na “locação sob medida o preço avençado será maior que na locação convencional”, pois incorpora a amortização dos investimentos realizados pelo privado ao preço do aluguel cobrado. Além disso, considerando que haverá contratação dos serviços prediais, a celebração de uma PPP na modalidade de concessão administrativa se mostra mais econômica e eficiente (BRASIL, 2013, p. 5-6).

Considerando todas as características relatadas e associadas à possibilidade de inclusão de serviços prediais no contrato de locação sob medida em comento, o Ministro sugeriu que se fizesse uma parceria público-privada administrativa nos termos do art. 2º, § 2º da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004): “Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

A decisão do TCU ofereceu solução alternativa à demanda, com a utilização do instrumento de PPP. Diante da restrição fiscal em que o País convive e o aumento das demandas por serviços públicos, os gestores são cada vez mais exigidos no sentido de buscar soluções eficientes e criativas, dentro dos já restritos poderes discricionários. Longe de confrontar as visões do CNJ e do TCU, as decisões abrem a possibilidade de se discutir a utilização da PPP para a solução dos problemas estruturais, sobretudo, das atividades-meio, com a gestão direta dos Poderes Legislativo e Judiciário.

2. METODOLOGIA

A presente pesquisa fez opção pela abordagem qualitativa, em razão da necessidade de aprofundar a compreensão dos processos pelos quais se desenvolveram as experiências da Câmara dos Deputados e da Câmara Municipal do Recife, bem como das percepções dos indivíduos que nele atuaram.

Como método, utilizou-se o estudo de caso (YIN, 2010), adotando-se como estratégia para coleta de dados a pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental e a realização de entrevistas semiestruturadas com atores relevantes que participaram do processo nas respectivas casas legislativas estudadas.

A seleção da experiência da Câmara dos Deputados, como um dos casos a serem analisados, foi em razão de esta ter sido a única que avançou na estruturação pré-contratual de uma PPP no poder legislativo brasileiro. Além desta, a outra única experiência registrada, embora com menor avanço, foi a da Câmara Municipal de Recife.

A análise dos casos foi estruturada a partir dos fatores críticos de sucesso (FCS) apresentados na seção 1.1. Conforme já discutido, os estudos sobre os FCS estão cada vez mais presentes na doutrina internacional, pois evidenciam análises que funcionam como alertas de problemas futuros que podem comprometer o sucesso de uma PPP.

Nesse linde, é comum associar à PPP vantagens como captação de investimentos privados e a obtenção de melhor *Value for Money (VFM)*, face à transferência de riscos para o setor privado (*Organization for Economic Co-operation and Development*, 2008). Ocorre que, em pesquisa empírica de Hodge e Greve (2007), a aferição do VFM das PPP tem demonstrado resultados conflitantes quanto ao seu bom desempenho, ou seja, nem sempre apenas um bom VFM representa sucesso em uma PPP. Portanto, a análise com base nos FCS mostrou-se relevante como forma de captar de forma mais ampla os aspectos relacionados ao desenvolvimento dos casos estudados.

Para tanto, os FCS foram subdivididos em três grupos de variáveis (políticas, técnicas e institucionais, resultados) como pode ser verificado no Quadro 1 a seguir.

Fatores Críticos		Dimensões	Fonte de Dados
Variáveis Políticas	Compromisso político	- Decisão política com relativo consenso; e - Situação política institucional estável.	Entrevista e Questionário
	Transparência e <i>Accountability</i>	- Publicação de informações relativas à PPP; - Procedimentos para a seleção de parceiros.	Documento e Questionário
	Escolha do modelo de PPP	- Avaliação de custo-benefício favorável à realização do projeto; - Previsão orçamentária e financeira para a realização do projeto.	Documento; Entrevista e Questionário

Fatores Críticos		Dimensões	Fonte de Dados
Variáveis Técnicas e Institucionais	Existência de Legislação	- Lei geral de PPP; - Legislação interna para a contratação de PPP; - Definição de mecanismos de pagamento e de repartição de benefícios; matriz de riscos; garantias; indicadores; renegociação; saída e cessação do contrato.	Documento
	Capacitação Institucional	- <i>Expertise</i> da Instituição em PPP; - Capacitação dos servidores para não dependência de consultores externos; - Existência de unidade de PPP ou convênio com outros órgãos que possuam; - Governança em PPP.	Entrevista; Documento e Questionário
	Relacionamento com parceiros privados	- Sondagem preliminar com o mercado para aferir o interesse; - Procedimentos concursais delineados; cadernos técnicos; encargos; indicadores técnicos.	Entrevista; Documento e Questionário
	Ambiente Econômico e Financeiro	- Situação econômica da Instituição estável; - Política Econômica favorável; - Mercado financeiro disponível.	Documento e Entrevista
Resultados	Fatores facilitadores	- Facilidades externas à condução técnica da modelagem; - Facilidades internas à condução técnica da modelagem	Entrevista e Questionário
	Fatores dificultadores	- Dificuldades externas à condução técnica da modelagem; - Dificuldades internas à condução técnica da modelagem.	Entrevista e Questionário
	Avaliação da Instituição	- Legado para a instituição; - Resultado efetivo alcançado.	Entrevista; Documento e Questionário

Quadro 1 – Relação entre os FCS, as dimensões alcançadas no estudo de caso e a fonte de pesquisa

Fonte: elaborado pelo autor.

Nas **Variáveis Políticas**, a pesquisa buscou informações nas entrevistas e nos documentos sobre o consenso e o compromisso político da instituição com relação ao projeto de PPP nas dimensões do grau do consenso obtido e da estabilidade política do momento; transparência e *accountability* nas dimensões da publicação das informações e dos procedimentos para a escolha do parceiro; e da escolha do modelo de PPP nas dimensões da análise do custo-benefício e da previsão financeira e orçamentária planejada.

Nas **Variáveis Técnicas e Institucionais**, o foco foi sobre as informações relativas à adequação e a maturidade da legislação para a realização da PPP. Além disso, nessas variáveis, pretende-se verificar qual era o grau de *expertise* das equipes técnicas para a condução da PPP; se a Instituição possuía estrutura adequada ou se foram criadas essas estruturas; e se houve colaboração de agentes externos no planejamento e na elaboração do anteprojeto ou do projeto da PPP.

Nas **Variáveis dos Resultados**, o que se pretendeu foi obter as informações sobre os fatores facilitadores e dificultadores ao longo do projeto e, daí, registrar as lições aprendidas para que seja possível qualificar futuras PPP em Casas Legislativas.

3. ANÁLISES DOS CASOS

A análise das entrevistas e dos documentos, produzidos com as experiências das duas Casas Legislativas na fase pré-contratual de estruturação de PPP, é realizada, conjuntamente, nesta seção. Na CD, foram entrevistados oito gestores. Na CMR, dois responderam os questionários encaminhados, tendo em vista a impossibilidade de entrevista presencial devido à pandemia do Covid-19. Os resultados dos achados das duas Instituições estão agrupados nas três variáveis: variáveis políticas; variáveis técnico e institucionais; e resultados, dispostas no Quadro 1.



Fonte: https://br.freepik.com/fotos-gratis/visualizacao-recortado-gerenciador-de-vendas-usando-a-calculadora_1304576.htm#page=1&query=Administrar&position=0

3.1 Variáveis Políticas

As **decisões políticas**, para realização de PPP nas duas Instituições, ocorreram com muito vigor. Na CD, ocorreu no final do ano de 2014, por meio da atuação do Líder do PMDB, deputado Eduardo Cunha, que prometia resolver os problemas de espaço físico da Casa e não apenas os 80 gabinetes parlamentares. Houve também sinalização favorável do mercado por meio de uma Manifestação de Interesse Privado (MIP). O País, sobretudo, em alguns estados, vivia uma tendência crescente de olhar para a PPP como uma forma de viabilizar, com maior velocidade, melhorias na infraestrutura de forma geral. Nesse sentido, relata um entrevistado que o presidente decidiu não licitar a obra inicial nos moldes da Lei nº 8.666/1993 e encomendou estudos para que se fizesse essa ampliação no modelo de PPP (entrevistado nº 3). Acrescentou que o deputado Eduardo Cunha era muito próximo do presidente e que fora o relator do projeto da Lei de PPPs na Casa e que, portanto, possuía conhecimento sobre o instituto.

Na CMR a situação política, segundo o entrevistado nº 1, era estável e mantinha um bom relacionamento com o Poder Executivo municipal, tanto que cerca de um mês após a aprovação da Lei nº 17.853/2012, instituindo o Fundo Especial do Legislativo, a CMR também aprovou a Lei nº 17.856/2013 (RECIFE, 2013) (GESTOR Nº 2).

A **estabilidade política das Instituições**, em torno dos projetos, existiu desde o início. Na CD, solidificou-se com a eleição do deputado Eduardo Cunha para a presidência no biênio 2015-2016. A mídia noticiou que,

com o apoio dos líderes partidários, o presidente da Câmara, Eduardo Cunha, anunciou, em reunião do Colégio de Líderes, que daria prosseguimento aos preparativos para a construção do novo prédio (IDEALIZADO..., 2015). Da mesma forma ocorreu na CMR, o que foi noticiado na imprensa local da época, em 31 de março de 2013, com a formação de grupo de trabalho, composto por cinco parlamentares, com o objetivo de viabilizar a construção da sede utilizando o instrumento de PPP (NOVA..., 2013).

A **publicação de informações relativas à PPP**, na CD, de acordo com o entrevistado nº 3, apesar de a transparência das informações ter existido ao longo do projeto, no início, houve uma grande preocupação de não beneficiar, indevidamente, potenciais parceiros privados (ENTREVISTADO Nº 3). Mesmo assim, alguns vazamentos de informações ocorreram, o que dificultou, junto à imprensa e à opinião pública, o andamento do projeto, que chegou a ser apelidado de “Parlashingopping” (ENTREVISTADO Nº 1). A partir da publicação do PMI, a Instituição passou a oferecer todas as informações, inclusive, mantendo, em seu endereço eletrônico, uma página exclusivamente para a PPP (ENTREVISTADO Nº 2). Já na CMR, a transparência e accountability do projeto se restringiram à publicação oficial de criação do Fundo Especial e das previsões dos aportes financeiros ao Fundo, de acordo com rubrica do Poder Legislativo, indicada no Planejamento Orçamentário do Município do Recife (PERNAMBUCO, 2017).

Os **procedimentos para a seleção de parceiros**, até o momento em que a PPP avançou na CD, foram demonstrados através do

lançamento do PMI; e prorrogações de prazo para as entregas dos estudos realizados pelos interessados. O lançamento do PMI ocorreu com a publicação do Ato da Mesa nº 11/2015 (BRASIL, 2015b), que regulamentou os procedimentos para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem, eventualmente, utilizados em modelagens de PPPs (IDEALIZADO..., 2015). Além disso, houve publicação na página da PPP, no site da instituição, informações relevantes sobre as premissas adotadas pela CD a serem observadas nos projetos desenvolvidos pelos particulares interessados em estruturar a PPP e avisos de prorrogações de prazos aos participantes (BRASIL, 2015b).

No caso da CD, a **avaliação prévia de custo-benefício** foi realizada apenas após a tomada de decisão política de se realizar a PPP. A escolha do modelo, de acordo com o entrevistado nº 1, encaixava-se, perfeitamente, para resolver problemas históricos da instituição em uma velocidade que a administração pública não tem. Não houve, portanto, análise técnica prévia; o modelo já havia sido escolhido politicamente. Apenas mais áreas seriam acrescentadas, pois já havia uma série de estudos para a construção do prédio que iria ser licitado (ENTREVISTADO Nº 3). Nesse ponto, a CMR também não avançou, devido à incipiência de seu projeto.

A previsão orçamentária e financeira para a realização do projeto, em parte, já existia há anos, por ocasião do planejamento da obra que seria realizada pela Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), com as dotações inscritas nos PPA, LDO e LOA (ENTREVISTADO Nº 6). Além dessa previsão, o que ainda se discutia era sobre a maneira da utilização de recursos auferidos com a venda da folha de pagamentos

da instituição, realizada junto ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal em 2008.

Essa transação rendeu aos cofres da instituição pouco mais de 332 milhões de reais com a assinatura dos contratos nº 2008/086.0 e 2008/087.0 (BRASIL, 2009), segundo registros no Sistema de Administração Financeira do Governo Federal e confirmado por um dos entrevistados (SIAFI, 2020; ENTREVISTADO Nº 6).

3.2 Variáveis Técnicas e Institucionais

No âmbito federal, a aferição sobre a **existência de legislação** observou, sobretudo, os preceitos da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), Lei das PPPs e Lei nº 13.137/2015 (BRASIL, 2015a), e, acessoriamente, dispositivos da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), Lei de Licitações, da Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995), Lei das Concessões e de Decretos do Poder Executivo.

Na experiência da CD, o desafio inicial da estruturação da PPP foi sua subsunção aos ditames da Lei das PPPs. A princípio, não havia consenso quanto à possibilidade de o Poder Legislativo Federal realizar PPP, pois havia uma discussão em curso no CNJ, já tratada na seção anterior. Um dos entrevistados explicou que, para não deixar dúvidas, evitando demandas judiciais futuras, decidiu-se propor alteração legislativa, autorizando o Poder Legislativo a estruturar PPP (ENTREVISTADO Nº 1). Foi, então, elaborado um texto mantendo a realização de algumas avaliações financeiras em conjunto com o Poder

Executivo, preservando competências, constitucionalmente, estabelecidas e a separação dos poderes. O texto, então, foi sancionado na forma da Lei nº 13.137/2015 (BRASIL, 2015a; ENTREVISTADO Nº 2).

O passo seguinte foi elaborar normativo interno específico para esse processo de trabalho. O primeiro foi o Ato da Mesa nº 11/2015 (BRASIL, 2015b), que regulamentou, no âmbito da CD, os procedimentos para a apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem, eventualmente, utilizados em modelagens de PPPs. Além disso, estabeleceu que a Mesa Diretora é o órgão gestor de PPP da CD, com competências de gerir todo o processo de sua estruturação e, por fim, previu a constituição de comissão especial, integrada por servidores efetivos do quadro da Instituição para auxiliar a Mesa Diretora no exame e no julgamento dos documentos e procedimentos relativos ao PMI, licitação, contratação e fiscalização da PPP (EMPRESAS..., 2015).

A constituição da comissão especial ocorreu com a edição do Ato da Mesa nº 13/2015 (BRASIL, 2015c), que nomeou dez servidores efetivos, especialistas em diversas áreas do conhecimento necessárias para auxiliar a Mesa Diretora na análise de documentos e gestão de toda a estruturação, contratação e fiscalização da PPP (BRASIL, 2015b).

Com relação aos parâmetros de pagamentos, benefícios, riscos, garantias e cessação do contrato, optou-se por realizar no bojo do chamamento público de PMI, já com um anteprojeto de arquitetura dos edifícios a serem construídos, bem como os serviços que seriam entregues pelo ente privado

parceiro. Somente após a entrega das propostas pelos interessados pela parceria, é que a Instituição elaboraria o edital para a licitação com todos os estudos técnicos, econômica e financeira devidamente detalhados (ENTREVISTADO Nº 1).

A CD, portanto, optou por realizar os levantamentos, os projetos e os estudos iniciais para o lançamento do PMI com seus próprios servidores. A partir daí, realizariam, em colaboração com consultores externos, os estudos selecionados e a estruturação do edital com as modelagens para posterior licitação da PPP.

A CMR, por sua vez, atendeu às exigências legais, pois a cidade do Recife possui a Lei Municipal de PPPs, Lei nº 17.856/2013 (RECIFE, 2013), que atende às diretrizes gerais da Lei Federal nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004); além disso, possui o Decreto Municipal nº 19.789/2003 (RECIFE, 2003) e o Decreto Municipal nº 22.592/2007 (RECIFE, 2007), que disciplinam as licitações e os contratos no âmbito municipal, seguindo os requisitos gerais da Lei Federal nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), que rege a matéria, conforme a cartilha de licitação e contrato (RECIFE, 2018). Por fim, criou o Fundo Especial do Poder Legislativo, por meio da Lei nº 17.853/2012 (RECIFE, 2012a), com o objetivo específico para a construção de sua sede e compra de mobiliário. O normativo ainda elenca as fontes das receitas para atingir esse objetivo, conforme art. 2º da Lei nº 17.853/2012 (RECIFE, 2012a).

As fontes de receitas do Fundo Especial estão, legalmente, identificadas em seu art. 2º, o que pode conferir maior segurança em atender à dimensão de oferecer garantias a um futuro

parceiro privado, de acordo com disciplina entregue pelo art. 8º da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004). Quanto às outras dimensões: repartição de benefícios; matriz de riscos; indicadores; renegociação; saída e concessões do contrato, não foram identificadas medidas para satisfazê-las (ENTREVISTA ESCRITA).

Quanto à **capacitação institucional**, a CD não possuía expertise em estruturação de PPPs, até aquele momento. Esta ocorreu de forma inicial com a realização de curso in company e também fora da sede (ENTREVISTADO Nº 2). A falta de qualificação adequada



Fonte: <https://unsplash.com/photos/Y5bvRlcCx8k>

preocupava os servidores com a possível dependência de consultoria externa, o que poderia gerar mais demanda do que benefício (ENTREVISTADO Nº 3).

Na CMR, em resposta ao questionário encaminhado, o gestor nº 2 informou que a Instituição não possui expertise em PPP e que não houve, ainda, investimento em capacitação dos servidores nessa formação (ENTREVISTA ESCRITA).

Com relação à dimensão da existência de unidade de PPP na CD, ou convênio com outros órgãos que possuam, em parte, foi resolvida com o advento da Lei nº 13.137/2015 (BRASIL, 2015a), art. 3º, que permitiu que a Instituição constituísse seu próprio órgão gestor de PPP, mantidas as competências do Ministério da Fazenda relacionadas às análises financeiras e orçamentárias dos projetos. A partir da autorização legal, a referida dimensão se completou com a edição de normativo interno da instituição, Ato da Mesa nº 11/2015 (BRASIL, 2015b), legitimando a Mesa Diretora da CD como seu órgão gestor de PPP.

A portaria nº 84/2015 (BRASIL, 2015e), do Diretor-Geral, regulamentou as atividades da Comissão Especial que auxiliaria a Mesa Diretora, já indicando um órgão gestor da PPP para o futuro. Nela, houve o desenho de uma estrutura técnica com os processos de trabalho para a análise dos estudos produzidos pelos autorizados. Para a melhor organização dos trabalhos, a comissão foi dividida em quatro núcleos: núcleo técnico-operacional; núcleo econômico; núcleo jurídico; e núcleo administrativo; cada um com suas competências (BRASIL, 2015e). Na CMR, não houve oportunidade de constituição de unidade de

PPP ou convênio com outros órgãos que a possuam (ENTREVISTA ESCRITA).

O **Relacionamento com parceiros privados** e a sondagem com o mercado, para aferir o interesse, aconteceu antes mesmo da eleição do deputado Eduardo Cunha para presidente da CD. No período, este autor ocupava a Diretoria Administrativa, entre 2014-2015, e recebeu visitas de interessados na futura concessão. O momento, entretanto, era de sigilo das informações para não haver benefícios não isonômicos para futuros candidatos a parceiros. Semelhante à CD, segundo o gestor nº 1, na CMR, houve sondagem informal do mercado e que técnicos da instituição identificaram interesse e a possibilidade de utilização de recursos depositados no Fundo Especial em uma futura PPP (ENTREVISTA ESCRITA).

Os **procedimentos concursais**, elaborados à época, foram os delineados no PMI, publicados no bojo do Ato da Mesa nº 11/2015 (BRASIL, 2015b), que obedeciam às diretrizes básicas do Decreto nº 8.428/2015 (BRASIL, 2015d)¹, que regulamentava os PMIs nas PPPs do Poder Executivo. Além disso, a Instituição também apresentou um anteprojeto de engenharia do novo complexo de gabinetes e dos serviços básicos a serem fornecidos pelo parceiro privado selecionado, juntamente com o desenvolvimento de metodologia para identificar o preço público comparado (PPC) (CÂMARA..., 2015).

O **relacionamento com os potenciais parceiros privados**, portanto, ocorreu durante todo o ciclo do projeto. Das seis empresas

interessadas, cinco foram autorizadas pela Mesa Diretora, em 6 de maio de 2015, a seguirem com os estudos preliminares: 1) Ceres Inteligência Financeira Ltda. – EPP; 2) Concremat Engenharia e Tecnologia S.A.; 3) Planos Engenharia S/S Ltda.; 4) Via Engenharia S.A.; e 5) Consórcio EMSA-SERVI. Já na CMR, ainda de acordo com o gestor nº 1, como o projeto ainda era incipiente, não foram adotados procedimentos concursais delineados, cadernos técnicos, encargos, ou indicadores técnicos (ENTREVISTA ESCRITA).

A análise do **ambiente econômico e financeiro**, de forma macro, serve para as duas instituições. Ela teve como referenciais o Relatório do BNDES do período até 2013, do Projeto de LDO de 2015 (BRASIL, 2015f), Anexo IV de Metas Fiscais (BRASIL, 2014b); da Execução orçamentária da CD, consolidada do período 2005 a 2017; e de artigo da lavra de Barbosa Filho (2017). O relatório de execução orçamentária da CD, no período de 2005 a 2017, demonstra que a referida obra do Anexo IV já era prevista bem antes do início do projeto de PPP.

As peças orçamentárias da instituição, naquele momento, refletiam a tendência da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2015, com as previsões de metas crescentes em 2016 e 2017, adotando postura favorável em relação à política econômica praticada no país (BRASIL, 2015).

A indicação de projeção de crescimento sustentável do PIB aliado à política fiscal, adotada pelo Governo, a solidez institucional, a estabilidade macroeconômica e a dinâmica

¹ Posteriormente, alterado pelo Decreto nº 10.104/2019 (BRASIL, 2019).

do mercado interno impulsionaram a entrada líquida de investimentos estrangeiros diretos (IED) no País na ordem de 64,1 bilhões de dólares, o que poderia indicar disponibilidade de recursos no mercado financeiro (BRASIL, 2015). Esses indicadores faziam crer que o ambiente econômico e financeiro daquele momento era favorável à estruturação da PPP da CD, mas o que se vivenciou nos anos seguintes foi uma recessão sem precedentes (BARBOSA FILHO, 2017).

Especificamente no caso da CMR, com a aprovação da Lei nº 17.853/2012 (RECIFE, 2012a), que instituiu o Fundo Especial com o objetivo exclusivo de construção de sua sede, a Instituição garantiu, legalmente, repasses de recursos exclusivos para esse fim. A constituição do Fundo pode ser considerada uma forma de sinalização para o mercado de que a Instituição possui um planejamento e prepara-se financeiramente para a realização do projeto. Indica também que a Instituição não se limitará às dotações orçamentárias, regularmente recebidas para o seu custeio. É certo que, como instituição pública do Poder Legislativo, a CMR possui uma única fonte de recursos, ou seja, o repasse financeiro do Poder Executivo Municipal, na forma de Duodécimo, conforme previsto no inciso IV do artigo 29-A da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Após a constituição do Fundo, a CMR alterou o seu art. 2º com a aprovação do art. 5º da Lei nº 18.347/2017 (RECIFE, 2017), possibilitando, ainda, receber valores provenientes das economias resultantes dos repasses constitucionais do exercício corrente e de outros devidos à Câmara.

3.3 Resultados

Os **fatores facilitadores externos** às modelagens das PPPs, nas duas Instituições, foram a vontade política e a facilidade em conduzir as alterações legais necessárias que permitissem a estruturação das PPPs. Na CD, acrescenta-se, ainda, o apoio da alta gestão para o projeto. Os **fatores facilitadores internos**, na CD, foram os relacionados aos recursos humanos da Instituição. Essas características foram pontuadas no fator crítico de capacitação institucional, e, apesar de não possuírem competências específicas na estruturação e gestão de PPPs, demonstraram que a CD possuía um quadro de técnicos concursados altamente qualificados em áreas afins a esse modelo de contratação e em quantidade suficiente para suportar a gestão desse complexo empreendimento. Na CMR, não houve identificação desses fatores internos.

Os fatores **dificultadores externos**, nas duas Instituições, foram, também, os relacionados à volatilidade política. No Caso da CD, de igual forma que essa força impulsionou o início da estruturação da PPP, também interferiu, provocando sua interrupção (ENTREVISTADO Nº 3). O ambiente político turbulento que o País vivia em 2016, com o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff e com a deterioração política do presidente da CD, Eduardo Cunha, e sua posterior destituição do cargo, todos os esforços técnicos empreendidos na estruturação da PPP foram interrompidos (ENTREVISTADO Nº 4). Essa turbulência política logo afetou o otimismo do mercado e impactou negativamente na disposição das empresas autorizadas a realizarem os estudos técnicos. Das

cinco empresas interessadas, apenas a Via Engenharia S.A. apresentou os estudos. As dificuldades internas da CMR estão relacionadas às questões de ordem financeira da instituição. O gestor nº 2 escreveu, em resposta a essa indagação, que a instituição está se capitalizando para então iniciar a estruturação do projeto, que poderá ser no modelo de PPP. O outro dificultador, relata ainda o gestor nº 2, é o de obter a autorização política para iniciar essa estruturação, tendo em vista que o mandato de cada Mesa Executora está restrito a dois anos e não se sabe como será a composição e a disposição política à época dessa decisão.

O **fator dificultador interno**, na CD, enfatizado pelo entrevistado nº 4, foi a resistência de servidores de setores da Casa, que não estavam envolvidos diretamente no projeto, em disponibilizarem informações solicitadas. No caso em estudo, pontos como o compromisso político e os recursos humanos, ironicamente, impulsionaram e também dificultaram o andamento do projeto. Esses dois fatores, portanto, devem ser considerados como pontos de atenção para futuras PPPs no Legislativo. Apesar de a modelagem não ter chegado ao final, com o contrato assinado, a **avaliação de todos os entrevistados da instituição** foi positiva.

A **avaliação dos gestores da CMR** se restringiu apenas à importância da constituição do Fundo Especial para a construção da sede. Apesar de não haver ações de estruturação de uma PPP na CMR, a existência do Fundo facilitará as próximas ações de uma futura modelagem de PPP para a construção de sua sede. Além disso, pode indicar para outras Casas Legislativas o início do caminho

para possibilitar futuras PPPs no âmbito dos poderes legislativos locais.

Como o regramento jurídico na administração pública deixa pouco espaço para a discricionariedade das ações dos gestores públicos que, constantemente, são confrontados pelos órgãos de controle, a opção quase sempre é a prudência (ENTREVISTADO Nº 1). Mesmo assim, os entrevistados manifestaram, nesse caso, que havia espaço para a ousadia em busca da maior eficiência na gestão pública.

Outro ponto destacado pelos entrevistados foi o fator tempo para a tomada de algumas decisões. Nesse sentido, duas decisões dificultaram o andamento do projeto. A primeira foi a falta de tempo necessário para a elaboração adequada de plano de distribuição dos serviços entregues pela PPP. A primeira decisão foi de concentrá-los em um só prédio, como em um centro comercial, o que provocou muitas críticas dos órgãos de controle, por se tratar de área tombada e, portanto, proibida de receber esse tipo de empreendimento (ENTREVISTADO Nº 3). O segundo problema foi os prazos determinados para que os autorizados apresentassem os estudos. Foram muito curtos e, com isso, houve a necessidade de sucessivas prorrogações, o que desacreditou, em parte, o projeto (ENTREVISTADO Nº 3).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos casos estudados mostrou que, no tocante à Câmara dos Deputados, o processo avançou por quase toda a etapa pré-contratual da estruturação de sua PPP, chegando até a fase de recebimento de propostas. Verificou-se que a decisão de realizar os estudos foi política e que, no início do processo, havia, de modo geral, estabilidade e consenso entre os parlamentares. A transparência no início foi muito reduzida, pois não se sabia o real escopo do projeto. Não houve tempo suficiente para elaborar o projeto básico antes do anúncio oficial do início dos estudos, o que afetou, meses depois, a credibilidade da empreitada.

Após o anúncio oficial, a Instituição aprimorou os mecanismos de transparência, mantendo página no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, exclusivamente, dedicada para comunicações, publicações de normativos e troca de informações com todos os interessados pelo projeto. Com relação aos procedimentos para escolha de parceiros, houve a publicação do PMI, com o anteprojeto arquitetônico, bem como a publicação de aviso de prorrogação do prazo para entrega dos estudos, o que conferiu ampla participação de atores da iniciativa privada. Não houve estudos de custo-benefício ou orçamentários prévios. A equipe técnica desenvolveu a metodologia para obter o PPC, mas os estudos para as modelagens econômico-financeiras e jurídicas seriam desenvolvidos e entregues pelas empresas autorizadas em suas propostas.

A possibilidade legal de o Poder Legislativo federal realizar PPP foi consolidada por alteração na Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), conferindo autorização para que as casas do Poder Legislativo realizassem PPP. O corpo técnico recebeu capacitação básica em gestão de PPP, mas insuficiente para realizar e analisar estudos técnicos econômico-financeiros e jurídicos mais complexos.

Os entrevistados apontaram fatores políticos como os maiores facilitadores, pois promoveram uma importante e complexa alteração legislativa. Esse mesmo fator, por ironia, também foi apontado como dificultador, pois quando a força política do Presidente da Casa se deteriorou, o projeto foi interrompido. Além disso, o tempo disponibilizado para os técnicos realizarem os projetos iniciais foram insuficientes, o que dificultou sua apresentação e engajamento da sociedade. Por fim, a atuação dos servidores também foi contraditória. Os técnicos, que atuaram diretamente no projeto, foram colaborativos e eficientes, ao passo que servidores de setores, que não trabalharam diretamente, dificultaram a obtenção de informações necessárias para o desenvolvimento dos estudos.

Já no tocante à Câmara Municipal do Recife, o estudo foi pouco conclusivo, em razão da dificuldade em se obter as informações. Dentre os achados, o apoio e o consenso político existiram no início do projeto, tanto é que uma comissão com vereadores foi formada para acompanhar os trabalhos.

Além disso, foi criado o Fundo Especial da Câmara Municipal do Recife, Lei Municipal nº 17.853/2012 (RECIFE, 2012a), com o objetivo específico de construção, aquisição do mobiliário e contratação de serviços

administrativos necessários ao funcionamento da sede própria. O Fundo tem recebido dotações regulares e conta com cerca de 26 milhões de reais em caixa. O município também dispõe de legislação específica para a modelagem de PPP, mas o Poder Legislativo local ainda não decidiu se a obra e os serviços serão contratados com a utilização do instrumento de PPP. Ainda faltam estudos conclusivos para a tomada de decisão.

Apesar de ainda não se ter uma PPP no âmbito do Poder Legislativo, há a possibilidade para sua realização, sobretudo com o advento da Lei nº 13.137/2015 (BRASIL, 2015a), que autorizou as Casas do Poder Legislativo a se utilizarem do instituto de PPP, inclusive com a constituição de órgão gestor próprio. Portanto, os principais desafios que se descortinam são: aprimorar a forma de prestar as garantias ao parceiro privado, a exemplo do que a CMR fez; e a capacitação dos recursos humanos, ainda que auxiliados por consultores externos, para estruturar e gerenciar esse tipo de contrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, F. G.; SILVA, S. Q. Considerações sobre o Estado empresário, Lei de Concessões e reformas constitucionais no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 5, p. 24-50, set./out. 1996. Disponível em: <https://bitlybr.com/Xi2D0E>. Acesso em: 21 out. 2019.

ARAGÃO, A. S. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. **Revista**

Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://bitlybr.com/DLPh>. Acesso em: 1 out. 2019.

BARBOSA FILHO, F. H. A crise econômica de 2014/2017. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 51-60, abr. 2017. Disponível em: <https://bitlybr.com/vYdwt>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <https://bitlybr.com/rs2cF>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: <https://bitlybr.com/pyHLhB>. Acesso em: 21 de ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.987, 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: <https://bitlybr.com/HNJ7LGx>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <https://bitlybr.com/35pdyPf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012**. Altera o art. 4º e acrescenta art. 54-A à Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que “dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes”, para dispor sobre a locação nos contratos de construção ajustada. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: <https://bitlybr.com/5EVY1>. Acesso em: 6 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.137, de 19 de junho de 2015**. Altera as Leis nº 10.865, de 30 de abril de 2004 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: <https://bitlybr.com/IPC9XDj>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato da Mesa nº 11/2015**. Procedimentos e Diretrizes do PMI. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015b. Disponível em: <https://bitlybr.com/Ap3K4w>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato da Mesa nº 13/2015**. Constitui a Comissão Especial de Parceria Público-Privada da Câmara dos Deputados. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015c. Disponível em: <https://bitlybr.com/yexXh>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Licitações e Contratos. **BV Financeira S.A: Crédito, Financiamento e Investimento**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://bitlybr.com/qZ4NY>. Acesso em: 3 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Portaria do Diretor-Geral nº 84 de 08/04/2015**. Regulamenta o funcionamento da Comissão Especial de Parceria Público-Privada da Câmara dos Deputados e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados,

2015e. Disponível em: <https://bitlybr.com/jzu9>. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.546 de 2003**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <https://bitlybr.com/ev9rWC>. Acesso em: 6 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Consulta nº 002583-36.2010.2.00.0000**. Voto-Vista Ministro Ayres Britto. Relator: Conselheiro Paulo Tamburini, Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2014a. Disponível em: <https://bitlybr.com/9hLEf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias: [2015f]**. 12 transparências. Disponível em: <https://bitlybr.com/Ny6y>. Acesso em: 4 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015**. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015d. Disponível em: <https://bitlybr.com/6JvDXJZ>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 10.104, de 6 de novembro de 2019**. Altera o Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015, que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://bitlybr.com/qO3GzS>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1301/2013-Plenário, TC 046.489/2012-6**. Relator: Ministro Substituto André Luís

- Carvalho. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2013. Disponível em: <https://bitlybr.com/La0N>. Acesso em: 28 dez. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3217/2014**. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2014b. Disponível em: <https://bitlybr.com/spyQUIu>. Acesso em: 28 dez. 2019.
- BRITO, B. M. B.; SILVEIRA, A. H. P. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do Serviço Público**, [S. l.], v. 56, n. 1, p. 7-21, 2014. Disponível em: <https://bitlybr.com/MVjANo>. Acesso em: 30 ago. 2019.
- CÂMARA divulga edital para selecionar empresa que vai modelar PPP dos anexos **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 27 mar. 2015. Disponível em: <https://bitlybr.com/zoMciu>. Acesso em: 2 set. 2020.
- CHAVES, A. M.; GUIMARÃES, T. M.; NASCIMENTO, W. Parceria Público-Privada: um modelo colaborativo em ensaio. **Revista Brasileira de Administração Científica**, Aquidabã, v. 6, n. 2, p. 204-215, 2015. Disponível em: <https://bitlybr.com/hayeWSCR>. Acesso em: 29 set. 2019.
- COSTA NETO, R. A. **Parcerias Público-Privadas (PPPs)**. 2008. 106 f. Monografia (Bacharelado em Administração) – Departamento de Ciências Administrativas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://bitlybr.com/UV1Pi>. Acesso em: 20 de ago. 2019.
- CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. 1295 p. Disponível em: <https://bitlybr.com/r4ct2Jxw>. Acesso em: 11 set. 2020.
- CUTRIM, S. S.; TRISTÃO, J. A. M.; TRISTÃO, V. T. V. Aplicação do método Delphi para identificação e avaliação dos fatores restritivos à realização de Parcerias Público-Privadas (PPP). **Revista Espacios**, Caracas, v. 38, n. 22, p. 29, 2017. Disponível em: <https://bitlybr.com/rcII-PrR>. Acesso em: 9 ago. 2020.
- EMPRESAS iniciam estudos para construir complexo dos gabinetes **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 12 mai. 2015. Disponível em: <https://bitlybr.com/g1J7v>. Acesso em: 14 out. 2020.
- FIRMINO, S. Fatores críticos de sucesso das Parcerias Público-Privadas: aspectos político-institucionais. Estudo de caso das rodovias em Portugal. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 6, p. 1270-1281, nov./dez. 2018. Disponível em: <https://bitlybr.com/iGNy>. Acesso em: 20 set. 2019.
- FIRMINO, S. Os novos arranjos institucionais na governança pública: o caso das parcerias público-privadas. Estudo comparativo entre o Sul e o Norte da Europa. **Sociologia On Line**, Lisboa, n. 2, p. 389-422, abr. 2011. Disponível em: <https://bitlybr.com/5yLJScd>. Acesso em: 25 out. 2020.
- GRIMSEY, D.; LEWIS, M. K. The Governance of Contractual Relationships in Public-Private Partnerships. **The Journal of Corporate Citizenship**, New York, n. 15, p. 91-109, Autumn 2004. Disponível em: <https://bitlybr.com/T3lgPr>. Acesso em: 27 out. 2020.

- GUASCH, J. L. **Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right**. Washington DC: World Bank Institute, 2004. Disponível em: <https://bitlybr.com/97jLmpum>. Acesso em: 9 ago. 2020.
- GUIMARÃES, I. M. **Metodologia para análise crítica da apropriação de custos dos blocos A, B, C, D e da Praça de Serviços do Anexo IV da Câmara dos Deputados**: projeto de intervenção. 2018. 51 f. Projeto de Intervenção (MBA em Governança Legislativa) – Programa de Pós-graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor, Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://bitlybr.com/wFbRneR>. Acesso em: 1 nov. 2020.
- HODGE, G. A.; GREVE, C. Public-private partnerships: An International Performance Review. **Public Administration Review**, [S.I.], v. 67, n. 3, p. 545-558, June 2007. Disponível em: <https://bitlybr.com/FTAdyFL>. Acesso em: 23 jan. 2020.
- IDEALIZADO por Cunha, bilionário plano de ‘shopping’ na Câmara avança **Carta Capital**, São Paulo, 9 mai. 2015. Disponível em: <https://bitlybr.com/6tXi>. Acesso em: 5 jul. 2020.
- ISMAIL, S. Critical success factors of Public Private Partnership (PPP) implementation in Malaysia. **Asia-Pacific Journal of Business Administration**, Bingley, v. 5, n. 1, p. 6-19, Mar. 2013. Disponível em: <https://bitlybr.com/FGXpu>. Acesso em: 15 set. 2020.
- LAVOURINHA, A.; RIBEIRO, M. P. A Claudicante decisão do CNJ que proibiu PPPs no Poder Judiciário. **Portugal Ribeiro Advogados**, São Paulo, 9 mai. 2014. Disponível em: <https://bitlybr.com/F31sP6>. Acesso em: 6 set. 2020.
- MENEZES, D. C. **Fatores críticos para a estruturação de parcerias público-privadas no governo federal**. 2014. 97 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://bitlybr.com/UsqUi>. Acesso em: 4 out. 2020.
- NOVA sede da Câmara pode ser construída através de PPP **LeiaJá**, Recife, 31 mar. 2013. Disponível em: <https://bitlybr.com/rJbmX>. Acesso em: 5 de out. 2020.
- PERNAMBUCO. **Lei nº 16.573, de 20 de maio de 2019**. Institui o Programa de Parcerias Estratégicas de Pernambuco [...]. Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 2019. Disponível em: <https://bitlybr.com/SVFsf>. Acesso em: 7 out. 2019.
- PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado. **Planejamento Orçamentário 2017**. Orçamento atualizado. Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, 2017. Disponível em: <https://bitlybr.com/EE7Z2KHI>. Acesso em: 11 out. 2020.
- PROCEDIMENTO de manifestação de interesse. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://bitlybr.com/ZL3A>. Acesso em: 24 jul. 2020.
- RECIFE. **Decreto nº 19.789, de 21 de março de 2003**. Regulamenta licitações na modalidade prego no âmbito da Administração Pública Municipal. Recife: Prefeitura Municipal, Sistema Leis

Municipais, 2003. Disponível em: <https://bitlybr.com/NjCjze>. Acesso em: 7 out. 2020.

RECIFE. **Decreto nº 22.592, de 22 de janeiro de 2007**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens [...]. Recife: Prefeitura Municipal, Sistema Leis Municipais, 2007. Disponível em: <https://bitlybr.com/w5xH>. Acesso em: 8 out. 2020.

RECIFE. **Lei nº 16.632, de 22 de janeiro de 2001**. Reformula a estrutura administrativa, redimensionando [...]. Recife: Prefeitura Municipal, Sistema Leis Municipais, 2001. Disponível em: <https://bitlybr.com/v60D0Coj>. Acesso em: 7 out. 2020.

RECIFE. **Lei 17.853, de 29 de dezembro de 2012**. Cria no âmbito do Poder Legislativo Municipal o fundo especial [...]. Recife: Prefeitura Municipal, Sistema Leis Municipais, 2012a. Disponível em: <https://bitlybr.com/G1vLS>. Acesso em: 8 out. 2020.

RECIFE. **Lei nº 17.856, de 01 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre as Parcerias Público-Privadas (PPP) no Município do Recife. Recife: Prefeitura Municipal, Sistema Leis Municipais, 2013. Disponível em: <https://bitlybr.com/7bt-y1Ea1>. Acesso em: 10 set. 2020.

RECIFE. **Lei nº 18.347, de 12 de junho de 2017**. O Presidente da Câmara Municipal do Recife faz saber [...]. Recife: Prefeitura Municipal, Sistema Leis Municipais, 2017. Disponível em: <https://bitlybr.com/4QWb>. Acesso em: 14 out. 2020.

RECIFE. Prefeitura Municipal. **Cartilha: Licitações e Contratos**. Recife: Prefeitura da Cidade do Recife, 2018. Disponível em: <https://bitlybr.com/O1Ee>. Acesso em: 3 out. 2020.

SOARES, R. P.; CAMPOS NETO, C. A. S. **Considerações sobre o projeto de lei de Parceria Público-Privada (PPP) em face da experiência recente do Brasil**. Brasília, DF: Ipea, 2004. Disponível em: <https://bitlybr.com/izCy>. Acesso em: 10 nov. 2019.



Estruturação de Garantias sob Ambiente de Restrições Fiscais

A Utilização de Parcela do Ganho de Eficiência como Fonte de Recursos para Conta Garantia (*escrow account*)

Rogério Ceron de Oliveira

Doutorando em Administração Pública pela FGV-SP. São Paulo Parcerias S.A.
São Paulo-SP, Brasil. rceron@prefeitura.sp.gov.br

Maíra Madrid Barbosa da Silva

Bacharel em Economia pela FEA-USP. São Paulo Parcerias S.A. São Paulo-SP, Brasil.
maira.madrid@spparcerias.com.br

Victor Bueno Sellin

Mestre em Sustentabilidade pela USP. Alvarez e Marsal. São Paulo-SP, Brasil. victorbsellin@hotmail.com

RESUMO

Objetivo: este artigo busca contribuir para a construção de novos caminhos para a viabilização de garantias contra o risco de inadimplimento do setor público em projetos de Parcerias Público Privadas (PPPs).

Metodologia: o trabalho tem caráter exploratório a partir de estudo de caso da PPP de Terminais de Ônibus Urbanos do Município de São Paulo.

Resultados: o artigo mostra que em projetos relacionados a ativos e serviços já existentes, cuja modelagem introduza ganhos de eficiência, é possível absorver financeiramente parcela desses ganhos para a criação de conta garantia (*escrow account*) sem gerar nova pressão orçamentária sobre caixa do ente público, o que pode ser determinante em ambientes de elevada restrição fiscal, a exemplo do cenário brasileiro atual.

PALAVRAS-CHAVE: Garantias Contratuais. Parcerias Público-Privadas. PPPs. Restrições Fiscais. Eficiência

INTRODUÇÃO

Apesar do inegável crescimento do mercado de PPPs no Brasil, a viabilização de estruturas de garantias adequadas aos riscos assumidos no projeto permanece como um dos principais entraves para a expansão dessas parcerias. A previsão de mecanismos garantidores do pagamento, a exemplo da existência de recursos vinculados, possui peso fundamental para a atratividade e viabilização de projetos cuja remuneração não seja direta pelo usuário do serviço. Como exemplo, tem-se o papel da Contribuição sobre o Custeio da Iluminação Pública (Cosip) para a rápida expansão recente da viabilização de projetos de parceria público privada neste segmento.

A despeito de restritos setores em que o tema da viabilização de garantias já foi superado, na maioria dos casos, a disponibilidade de garantias adequadas permanece como um dos principais gargalos para expansão do mercado de PPPs.

Como regra geral, as garantias apresentadas têm sido viabilizadas por meio da estruturação de fundos garantidores, penhor de ativos, vinculação de receitas orçamentárias como o Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM) ou aporte de recursos em contas garantia (*escrow account*). Entretanto, comumente, os entes não dispõem de ativos, recursos ou receitas suficientes para propiciar a garantia necessária aos projetos.

Nesse contexto surge a necessidade de se buscar soluções que viabilizem, dentro do

contexto fiscal brasileiro, a disponibilização de garantias que deem o necessário suporte contra riscos de inadimplemento do setor público ou de movimentos de encampação sem a devida indenização prévia.

Este trabalho busca dialogar com essa problemática empírica e, por meio de um estudo de caso, mostrar que é possível, em determinados projetos, viabilizar contas garantia por meio da própria modelagem, sem necessidade de consumo adicional de espaço orçamentário.

GARANTIAS PÚBLICAS NOS ENTES SUBNACIONAIS

A constituição de garantias em PPPs por parte dos entes subnacionais tem se amparado na i) vinculação de receitas, notadamente do FPE ou FPM, ii) penhor de ativos ou iii) aporte de recursos em contas garantias (*escrow account*) e fundos garantidores.

No âmbito dos contratos entre público e privado, o receio de que os governos não honrem seus compromissos contratuais permeia a construção dos diversos mecanismos estruturados com vistas a assegurar, em especial, a adequada proteção e remuneração pelo investimento realizado pelo privado. Schirato (2011) destaca que a Lei Federal nº 11.079/2004 procurou mitigar os riscos relacionados ao estabelecimento de ajustes contratuais entre privados e a Administração Pública por meio da criação de mecanismos de garantia em favor do particular. Dieterich (2015), em amplo esforço empírico para diagnosticar e sistematizar as

garantias utilizadas nos projetos de PPPs no Brasil, mostra que os desafios na estruturação de garantias no Brasil permanecem mesmo após mais de uma década de vigência do instrumento. Por sua vez, Ribeiro (2014) destaca a dificuldade dos entes subnacionais na constituição de garantias visto que estes carecem de bens considerados de boa qualidade para a formação de fundo garantidores. Tais dificuldades implicam atraso e até retrocessos no desenvolvimento do setor de Parcerias Público Privadas no país, como demonstra Enei (2018) ao destacar que, embora, não seja o único fator, a insuficiência ou baixa qualidade das garantias prestadas pelos entes nacionais explicam grande parte da elevada taxa de mortalidade das PPPs no Brasil, de cerca de 30%.

Ainda que a perspectiva brasileira seja evidente, Matsukawa (2007) mostra que esse desafio é global, notadamente em países em desenvolvimento, exibindo as alternativas criadas por organismos multilaterais para mitigar o risco de default atrelado ao risco político, por meio dos chamados *Political Risk Guarantees* (PRGs) ou *Political Risk Insurance* (PRI), que mais recentemente têm incluído dentre os riscos seguráveis a quebra do contrato por parte do governo.

Dos mecanismos usualmente adotados no Brasil, a vinculação de receitas de transferências de FPE e FPM esbarra em dois riscos: o primeiro diz respeito à discussão acerca do eventual caráter tributário de tais transferências aos entes subnacionais e,

consequentemente, da aplicabilidade da vedação de vinculação de receitas de impostos prevista na Constituição Federal¹; e o segundo se trata da possibilidade de a União bloquear tais repasses em determinadas situações, como no caso de não pagamento de compromissos de dívida perante a União ou garantidos por esta (tal possibilidade já se materializou em inúmeras oportunidades por conta do notório histórico de inadimplência de dívida de vários entes brasileiros). Esses dois fatores elevam a percepção de risco associado a tais garantias e, naturalmente, não são vistas como adequadamente seguros pelo mercado.

O penhor de ativos representa uma das principais modalidades em uso no Brasil. No entanto, está restrita aos entes que possuem ativos com algum grau de liquidez e que possam servir efetivamente como instrumentos de garantia para riscos de inadimplemento, mantendo o fluxo de caixa do concessionário sem percalços advindos de descumprimentos financeiros pelo poder concedente. Destacam-se nesta seara o penhor de cotas de fundos, em geral de elevada liquidez (como os de aplicações em título da dívida pública utilizada na PPP da linha 4 do Metrô de São Paulo²) ou de média liquidez como os de recebíveis imobiliários (utilizados na PPP de Habitação³ e PPP de Geração Distribuída ambas publicadas pelo Município de São Paulo⁴). São instrumentos que oferecem alta segurança jurídica e liquidez ao parceiro privado. Não obstante, ainda que existam pontuais exceções, tal mecanismo é de difícil formatação por grande parte dos Estados

¹ O Supremo Tribunal Federal, na ADI 553-RJ, de 2018, reconheceu a impossibilidade de vinculação de recursos do FPE a fundo.

² Concorrência Internacional n.º 42325212, publicada em 21 de dezembro de 2015.

³ Concorrência Internacional COHAB-SP n.º 001/2018, publicada em 22 de maio de 2018.

⁴ Concorrência n.º 025/SGM/2020, publicada em 24 de dezembro de 2020.

e Municípios que pleiteiam avançar no uso de PPPs, em grande parte pela escassez de ativos suficientemente líquidos.

Finalmente, tem-se os casos de aplicação direta de recursos em contas garantias, como forma de prover um estoque de capital para suprir necessidades esporádicas de inadimplemento. Para Ribeiro (2014), um sistema de garantias deve conter algum tipo de reserva liquidez, ser mantido em aplicações de perfil conservador, e que assegure um montante mínimo do pagamento público. Enei (2018) sintetiza que, no Brasil, das 104 (cento e quatro) PPPs assinadas até outubro de 2017, mais de 20 (vinte) apresentam como mecanismo garantidor a instituição de conta vinculada com saldo mínimo de contraprestações, que pode vir acompanhada de vinculação de receitas voltada a preencher e/ou recompor o saldo pactuado.

A PPP do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte⁵ é um exemplo da utilização deste mecanismo. No caso, foi oferecido caução em dinheiro e penhor da conta bancária correspondente, tendo sido fixado o montante relativo a três contraprestações pecuniárias mensais. Assim como o penhor de cotas de fundos, a aplicação direta de recursos em conta é instrumento que provê adequada segurança jurídica e liquidez ao parceiro privado, mas que esbarra nas restrições fiscais existentes no contexto brasileiro.

Os entraves expostos decorrem do fato de que o poder concedente em regra não dispõe de folga de caixa para imobilizar recursos

financeiros do ente de forma prévia e, por isso, as áreas fazendárias justificadamente resistem a esse tipo de oferta de garantia. Em De Oliveira e Arellano (2020) é possível compreender a complexidade da viabilização de tais instrumentos por parte das áreas fazendárias: nos últimos 10 anos mais de 70% dos Municípios vivenciaram crise de liquidez em que os restos a pagar superavam as disponibilidades de caixa. Em De Oliveira (2021) é possível observar quadro semelhante em relação aos Estados: nada menos do que um terço dos Estados estavam em situação de insolvência financeira em 2018.

Nesse contexto não é difícil concluir que a estruturação de garantias é um fator crucial para viabilização de projetos de longo prazo como os de PPPs. Por um lado, observam-se entes federativos com severas restrições financeiras e recorrência de situações de insolvência, o que dificulta ou até inviabiliza a alocação de ativos líquidos para servir de garantia aos projetos de PPPs. Por outro, os potenciais interessados nos projetos demandam robusta estrutura de garantias justamente pelas restrições fiscais dos entes e da recorrência de situações de insolvência financeira que geram reflexos em termos de inadimplência com obrigações contratadas.

⁵ Concorrência 008/2010 da Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura de Belo Horizonte.

UTILIZAÇÃO DO VALUE FOR MONEY DO PROJETO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA

Como forma de dar cumprimento ao disposto na Lei Federal nº 11.079, de 2004, tradicionalmente se usa a metodologia do *Value for Money* para demonstrar a vantagem do projeto frente às demais opções à disposição do ente. Segundo Guia Suplementar para Avaliações de *Value for Money* do Município do Rio de Janeiro⁶ “o processo para demonstrar o *Value for Money* é baseado em uma avaliação que compara os custos ou pagamentos a serem feitos pelo poder público para construir e operar um projeto sob diferentes métodos de contratação”. No caso de serviços ou ativos já em operação, em relação aos custos atuais no modelo vigente. Tal critério é utilizado por sua objetividade, embora, em seu conceito estrito, não capture vantagens qualitativas do projeto.

De toda sorte, o objetivo central é garantir que o instrumento de PPPs seja utilizado como mecanismo que traga eficiência ao setor público ou ao menos que assegure ser a melhor opção econômica e financeira dentre as demais disponíveis.

Por vezes projetos de PPPs no Brasil não visam à provisão de novos ativos ou

serviços, mas sim à modernização, eficiência e melhorias na qualidade daqueles serviços que já são prestados. Dito de outra forma, são projetos que substituem gastos já existentes por meio de um instrumento contratual mais robusto e de longo prazo. Importante notar que o sentido desse processo de substituição tem respaldo na redução dos gastos com manutenção e operação do ativo ou serviço e/ou melhoria da qualidade e quantidade dos serviços prestados.

Em outras palavras, alguns projetos de PPP permitem ao poder público manter a prestação de um determinado serviço com menor dispêndio de recursos, mantida ou até ampliada a qualidade dos serviços prestados. Justamente sobre essa redução de custos em relação ao cenário vigente que se abre uma oportunidade de inovar e criar mecanismos adicionais de garantia do projeto tendo como objeto a própria economia gerada pela implantação do projeto.

Conceitualmente, o objetivo é criar mecanismo alternativo de garantia a partir desse ganho de eficiência, ou seja, manter a vantagem do projeto, mas diferindo no tempo a absorção financeira desses ganhos. Assim, não há necessidade de esterilizar recursos orçamentários destinados a outras ações, mas tão somente limitar a absorção financeira imediata da economicidade gerada pelo projeto.

A PPP de Terminais de Ônibus Urbanos no Município de São Paulo ajuda a compreender o mecanismo⁷.

⁶ Disponível em <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5305003/4138533/GuiaSuplementarparaAvaliacoesdaValueforMoney.pdf>

⁷ Concorrência nº 001/SGM-SMT/2020, publicada dia 14 de janeiro de 2020.

O projeto conta com dois mecanismos de garantia contra o risco de inadimplementos de obrigações pecuniárias por parte do poder concedente: uma garantia de fluxo e uma garantia de estoque. A primeira está atrelada a conta pela qual circulam os recursos de bilheteria do transporte municipal de passageiros, sem ordem de preferência com os demais partícipes⁸. A segunda é uma conta de estoque, formada pela diferença entre o valor da contraprestação máxima do projeto e a contraprestação após a realização do certame.

Para entender a construção da garantia de estoque é necessário contextualizar alguns pontos do projeto. A contraprestação máxima prevista para o certame já embute elevado desconto em relação ao que atualmente o Município gasta com a manutenção e operação de tais equipamentos. Ou seja, ainda que não ocorra qualquer desconto oferecido pelos licitantes em relação à contraprestação máxima de referência, já está embutido elevado ganho de eficiência na operação (cerca de R\$ 97 milhões de economia ao ano)⁹. Além disso, o projeto prevê que, apesar de o privado já assumir a operação dos terminais a partir da ordem de início, só terá direito a contraprestação máxima definida no certame após o término das intervenções de melhorias nos equipamentos.

Ao invés de o Município aportar recursos equivalentes a determinado número de contraprestações numa conta garantia (*escrow account*), imobilizando recursos que, dadas as restrições orçamentárias, concorrem com

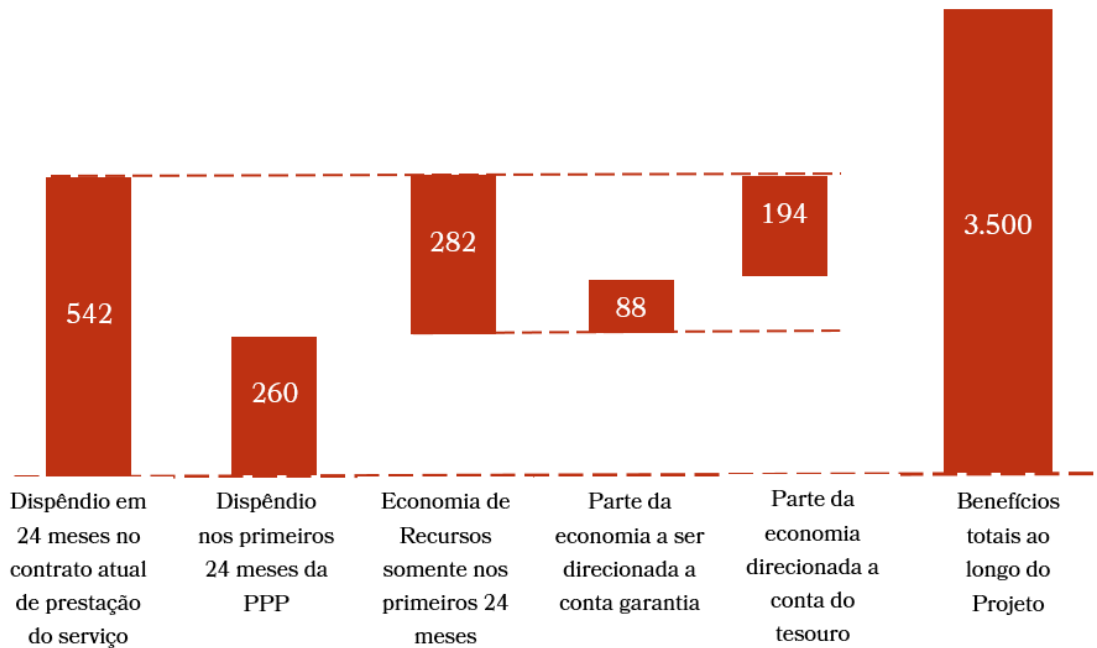
diversas prioridades, o mecanismo do projeto prevê que a diferença entre a Contraprestação Mensal de Referência (CMR) definida no certame e a Contraprestação Mensal Efetiva (CME) vai sendo acumulada numa conta de garantia até o limite de 12 Contraprestações Mensais Máximas (CMM).

Explica-se: a CMR é o valor máximo de contrapartida pela gestão e requalificação dos terminais que a Administração Municipal está disposta a pagar, sendo um valor que já embute economia substancial em relação ao modelo atual. A CMM é montante que a licitante estabelece em sua proposta comercial e que inclui o deságio ofertado para o caso de haver competição no certame. Por sua vez, a CME é o valor efetivamente pago mensalmente à Concessionária, após a verificação dos indicadores de desempenho e da efetiva requalificação dos terminais. Esta, a depender do Bloco entre os quais foi repartida a concessão, chega a ser 77% do valor da CMM, atingindo 100% somente após a finalização da reforma dos equipamentos por parte da Concessionária, cujo prazo máximo é de 24 meses.

Nota-se, então, que além da diferença financeira pelo pagamento a menor no início da Concessão, o mecanismo absorve para a formação da garantia os ganhos oriundos do deságio ofertado pelo licitante vencedor e os indicadores de desempenho da Concessão – fatores que podem refletir na velocidade da formação da garantia. O quadro abaixo ajuda a compreender o mecanismo.

⁸ Apesar das particularidades relacionadas ao subsídio do transporte de passageiros urbanos no Município de São Paulo, importante frisar que no ano de 2019 cerca de 60% dos recursos financeiros da conta pagadora do sistema foram originados via tarifa dos usuários.

⁹ A redução dos valores a serem pagos em relação ao que atualmente se aloca nos serviços decorre dos ganhos de eficiência que são provenientes das economias de escopo entre a operação dos terminais e os empreendimentos associados, ganhos auferidos com a exploração econômica dos empreendimentos, além de ganhos decorrentes da amortização alongada dos investimentos nos Terminais e nos empreendimentos associados.



Quadro 1 – Detalhamento do Uso de Parcela do Ganho de Eficiência para Formação de Conta Garantia – Em R\$ milhões

A partir do quadro, é possível observar que com o sucesso do certame, celebração do contrato e emissão da ordem de início o poder concedente terá expressiva redução dos custos de manutenção e operação dos equipamentos. O fato de a parcela do pagamento referente ao investimento a ser realizado pela Concessionária se efetivar somente após a finalização das intervenções (24 meses da data da ordem de início) contribui para que a economia inicial seja ainda maior. Entretanto, ao invés de absorver integralmente essa economia de recursos em caixa, uma parcela dos ganhos ficará imobilizada numa conta garantia para o projeto.

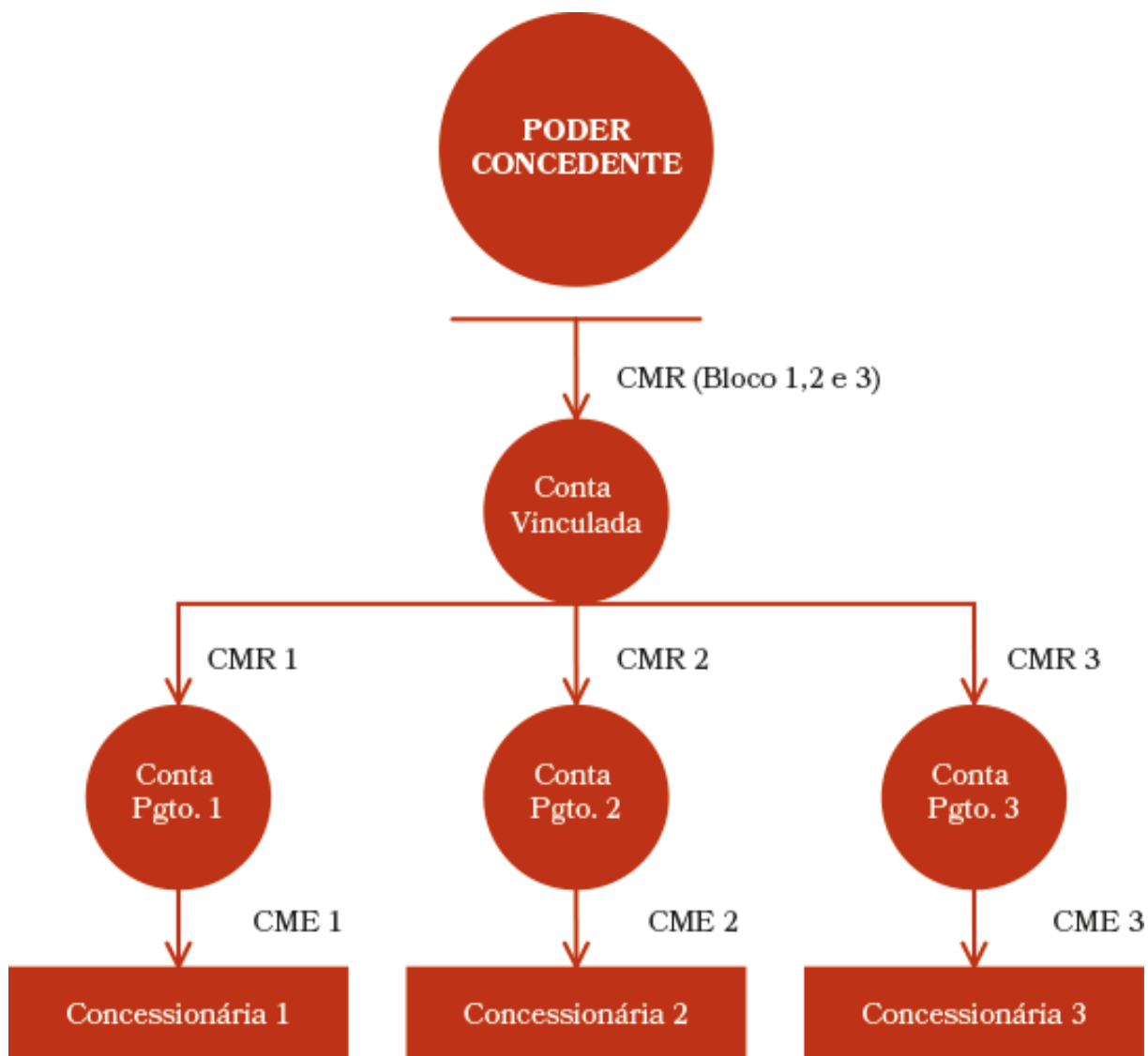
Assim, a própria materialização do projeto gera uma fonte alternativa de garantia suficiente para cobrir 6 (seis) contraprestações nos primeiros 24 (vinte e quatro) meses do projeto, continuando a aumentar em caso

de deságio na proposta vencedora. Nesse sentido, o poder concedente desde o início do projeto reduz seus dispêndios com a prestação do serviço, mas uma parte desse ganho fica imediatamente livre no caixa municipal para uso e outra parcela ficará imobilizada como forma de dar maior robustez aos instrumentos de garantia do projeto.

Em termos ilustrativos, o mecanismo previsto no Edital consiste na criação de uma conta vinculada e três contas de pagamento, estas últimas vinculadas a cada um dos três contratos de concessão. Importante frisar que a administração das contas será realizada por instituição financeira por meio de contrato específico em que configurarão como partes, além da instituição, o poder concedente e a concessionária e cujas diretrizes estão regradadas nos documentos editalícios. Até a constituição do saldo mínimo de garantia, a cada mês, o poder concedente transferirá o valor da soma das contraprestações mensais de referência (CMR). Os valores serão,

então, repartidos entre as três contas de pagamento. Relatório do verificador independente contendo o valor da contraprestação mensal efetiva (CME) será enviado mensalmente à instituição financeira, que, então, procederá ao pagamento à concessionária. Assim, a

diferença entre a CMR e a CME ficará retida na conta de pagamento vinculada ao respectivo contrato. Tal processo se repetirá até a constituição do saldo de 12 contraprestações mensais máximas (CMM) nas respectivas contas de pagamento, conforme ilustrado abaixo:



Quadro 2 – Fluxo de Pagamento da Contraprestação Mensal

A limitação de 12 contraprestações mensais buscou garantir cerca de 50% do montante de investimento estimado em requalificação dos terminais para o bloco com maior valor projetado. Nota-se, todavia, que poderia ser definido outro montante ou que seria

factível que os valores a serem destinados a essa conta garantia tivessem equivalência ao saldo não amortizado dos investimentos obrigatórios do projeto, ofertando elevado nível de garantia contra o inadimplemento ou tentativas de encampação sem prévia indenização por parte do poder concedente.

Nota-se que a constituição da garantia, que ocorre no início do período contratual, oferta ao privado a percepção crescente de segurança jurídica, de maneira que o seu comprometimento em termos de imobilização do capital nas obras de requalificação pode acompanhar a trajetória de elevação do saldo de garantia.

Uma alternativa viável para oferecer celeridade à formação do estoque de capital necessário poderia ser o aporte da diferença entre o dispêndio atual e o dispêndio na PPP com a finalidade de formação da conta garantia até o limite desejado (um determinado número de contraprestações ou um determinado percentual do investimento não amortizado) para posterior absorção dos ganhos de eficiência pelo poder concedente. No estudo de caso tratado neste trabalho, percebe-se que seria possível formar garantia que corresponda à quase totalidade dos investimentos a serem feitos no projeto, provendo elevada segurança ao privado, o que pode resultar em maior concorrência e deságio ainda maior no certame.

Por fim, importante pontuar que o mecanismo ora apresentado busca atacar uma problemática específica: a de viabilizar uma alternativa para a formação de saldo garantia (estoque) em um cenário de elevadas restrições fiscais que dificultem as áreas fazendárias dispor de ativos liquidez para

servir de garantia ao privado contra riscos de inadimplemento de obrigações.

Compreende-se que existem diversos desafios a serem superados para a viabilização de garantias no contexto dos entes subnacionais, como, por exemplo, a inserção de mecanismos para recomposição automática de garantias, a preservação da irrevogabilidade das instruções à instituição financeira depositária e as dificuldades para de fato assegurar a vinculação de receitas ao pagamento das contraprestações. Todavia, sabe-se que mesmo uma das alternativas atualmente mais acessíveis aos entes subnacionais, a de constituição de uma reserva de liquidez por meio da imobilização de capital – caução – em favor do parceiro privado, acaba por gerar pressão orçamentária que afeta a matriz de decisão do gestor público.

Nesse contexto, tem-se que o mecanismo ora apresentado cria seu próprio espaço orçamentário para prestação de garantias e pode ser determinante para a decisão dos gestores públicos acerca da viabilização de garantias de uma PPP em contraposição às demais prioridades orçamentárias do ente e desse modo, conseqüentemente, influenciar decisivamente na viabilidade comercial do projeto a ser licitado.

CONCLUSÕES FINAIS

Em um contexto de crescente difusão e percepção, entre os entes subnacionais, de que as PPPs podem ser alternativas para a provisão de serviços de maior qualidade ao cidadão e menor custo ao erário, a discussão acerca dos mecanismos de garantias contra riscos de inadimplemento do setor público ganha relevância, especialmente para os Municípios.

Nesse sentido, este trabalho se propôs a discutir um mecanismo alternativo para viabilizar a constituição de garantias para os projetos de PPPs realizados sob ambiente de restrições fiscais. Embora voltado a um nicho específico de projetos, em que o pagamento da contraprestação da PPP se configura em substituição de uma despesa de caráter continuado no orçamento, propiciando que parcela dos ganhos de eficiência do projeto sejam imobilizados para servir de garantia contratual. Esse mecanismo está sendo utilizado de forma complementar a outras garantias no projeto de PPP de Terminais de Ônibus Urbanos do Município e pode ser usado em diversos outros projetos – como exemplo, citam-se aqueles referentes à Geração de Energia Distribuída – que substituem despesas já existentes com ganhos expressivos de eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arellano, L.F. **Teoria Jurídica do Crédito Público e Operações Estruturadas: Empréstimos públicos, securitizações, PPPs, garantias e outras operações estruturadas no direito financeiro**. Livro. Editora Edgard Blücher Ltda. 2020. Disponível em <https://openaccess.blucher.com.br/article-list/9786555500103-457/list#undefined>

De Oliveira, Rogério Ceron; Arellano, Luis Felipe Vidal. Os Governos municipais cumprem a LRF?. **Cadernos**, [S.l.], v. 1, n. 5, p. 11-25, jul. 2020. ISSN 2595-2412. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/view/103>> . Acesso em: 18 jul. 2021.

De Oliveira, Rogério Ceron. **Regras Fiscais, Resiliência Financeira e Fatores Políticos no Enfrentamento de Crises Econômicas: O caso dos Estados na recente crise econômica e fiscal (2014-2018)**. Tese de Doutorado. Fundação Getúlio Vargas – SP. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30824> . Acesso em: 18 jul. 2021.

Dieterich, Frederico Bopp. **“PPP mecanismos de garantias estaduais – relatório completo.”** ABDE. 2015. Disponível em: <http://www.abde.org.br/uploads/2302201614449306PPP%20-%20relat%C3%B3rio.pdf>.

Enei, José Virgílio Lopes. **Garantias de adimplemento da administração pública ao contratado nas parcerias público-privadas**. São Paulo: Almedina, 2018.

Matsukawa, T. e O. Habeck. **“Review of Risk Mitigation Instruments for Infrastructure Financing and Recent Trends and Developments.”** Washington, D.C.: Banco Mundial. 2007. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6778/405300Risk0mit101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ribeiro, Mauricio Portugal. **Garantias de pagamento público em contratos de PPP: como estruturar um sistema ideal?**. 2014. Disponível em: https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/o-caso-dos-contratos-irreequilibraveis-de-concessao-e-ppp_o-que-fazer-quando-nao-ha-nada-mais-a-fazer-final-para-publicar.pdf

World Bank. **Best Practices in Public-Private Partnerships Financing in Latin America: the role of guarantees.** 2012. Disponível em <https://ppiaf.org/documents/3747/download>

Schirato, Victor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. In: Marques Neto, Floriano de Azevedo; Schirato, Victor Rhein (Coord.) **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 143-193.



Diálogo Competitivo

O que é e como essa Nova Modalidade Licitatória Pode Impactar a Atuação dos Tribunais de Contas nas Análises Prévias dos Editais de Concessões Comuns E PPP

Guilherme Abreu Lima e Pereira

Mestre em Ciências Econômicas e Gestão Pública pela UFES.

Tribunal de Contas do Espírito Santo. Vitória-ES, Brasil. guilherme.pereira@tcees.tc.br

RESUMO

Este artigo trata do diálogo competitivo, que é uma nova modalidade licitatória acrescentada pela Lei 14.133/21 como passível de utilização nas contratações de concessões comuns, regidas pela Lei 8.987/95, e pelas parcerias público-privadas (PPP), disciplinadas pela Lei 11.079/04. Inicialmente busca-se entender o que é essa nova modalidade, como funcionará, qual a inspiração do legislador nacional quando a criou, quais as hipóteses permissivas para sua utilização e como será seu procedimento. A partir daí, o objetivo passa a ser inferir se a nova modalidade tende a aumentar a quantidade de concessões lançadas pelo Entes Públicos, de forma que se faça necessário incrementar a força de trabalho destacada para efetuar o controle prévio, exercido pelos tribunais de contas subnacionais nos editais e nos contratos de concessões comuns e PPP. A metodologia utilizada foi o método hipotético-dedutivo e como técnica de pesquisa a pesquisa bibliográfica, pois se trata de verificar o modo como as leis e a doutrina abordam os temas aqui mencionados, buscando-se inferir o possível impacto dessa nova modalidade licitatória no trabalho de análise prévia em concessões pelos tribunais de contas. A conclusão a que se chega é que o diálogo competitivo não deve sobrecarregar a maioria dos tribunais de contas subnacionais, pois, por suas especificidades, o procedimento não deve se tornar comum na grande maioria dos municípios brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Concessões Comuns. Parcerias Público-Privadas. Nova Lei de Licitações. Diálogo Competitivo.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 1.º de abril de 2021 foi sancionada a aguardada Lei 14.133/21, a nova lei de licitações e contratos, que deve substituir a Lei 8.666/93.

Envolta em muita expectativa, a nova lei gerou sentimentos diversos, sendo que alguns a enxergam como um avanço evidente (LEITE; ARAÚJO; DAMASCENO, 2021), outros como um avanço tímido (OLIVEIRA, 2020) e outros como uma decepção (AGOSTINE, 2021).

A despeito desses sentimentos diversos, o presente artigo não tem a intenção de se debruçar sobre todas as mudanças introduzidas pela nova lei, interessando, apenas, analisar uma nova modalidade licitatória acrescentada pela norma, modalidade esta que incide sobre as contratações de concessões comuns, regidas pela Lei 8.987/95, e sobre as parcerias público-privadas (PPP), disciplinadas pela Lei 11.079/04: o diálogo competitivo.

Pretende-se entender o que é essa nova modalidade, como funcionará, qual a inspiração do legislador nacional quando a criou, quais as hipóteses permissivas para sua utilização, como será seu procedimento e, a partir daí, tentar inferir se a nova modalidade tende a aumentar a quantidade de concessões lançadas pelo Entes Públicos, de forma que se faça necessário incrementar a força de trabalho destacada para efetuar o controle prévio exercido pelos tribunais de contas subnacionais nos editais e nos contratos de concessões comuns e PPP.

2. CONCESSÕES COMUNS E PPP: DEFINIÇÃO E FORMAS DE CONTRATAÇÃO

Antes de abordar o diálogo competitivo, convém definir concessão comum e PPP, o que será feito utilizando o Artigo 2.º da Lei 11.079/04:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão **patrocinada** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.**

§ 2º Concessão **administrativa** é o contrato de prestação de serviços de que a **Administração Pública seja a usuária direta ou indireta**, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a **concessão comum**, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.**

[grifos nossos – g. n.]

Conforme evidenciado acima, a grande diferença entre a concessão comum e a PPP é que a primeira é oriunda de um projeto autossustentável, ou seja, com receitas provenientes das tarifas pagas pelos usuários do serviço, enquanto a segunda não é autossustentável, dependendo parcialmente (PPP patrocinada) ou integralmente (PPP administrativa) de uma contraprestação pública para se viabilizar.

Com relação às formas de contratação, antes da promulgação da Lei 14.133/21 as contratações de concessões comuns e PPP dependiam de licitação na modalidade concorrência.

A partir de 1.º de abril de 2021, a Lei 14.133/21 introduziu apenas uma alteração nas Leis 8.987/95 e 11.079/04, vejamos:

Lei 11.079/04:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência **ou diálogo competitivo**, [...]: (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)

Lei 8.987/95:

Art. 2.º [...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência **ou diálogo competitivo**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência ou diálogo competitivo, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021) [g. n.]

Analisando as legislações supracitadas na íntegra, percebe-se que a única alteração que a nova lei de licitações efetuou naquelas foi a inclusão do diálogo competitivo como modalidade licitatória adicional para as contratações das concessões, comuns ou PPP.



Fonte: <https://www.pexels.com/photo/top-view-photo-of-people-near-wooden-table-3183150/>

Mas o que vem a ser o diálogo competitivo? Por que ele foi introduzido na legislação de concessões? Como funcionará? Quais as hipóteses que permitem a sua utilização? A nova modalidade tende a estimular o aumento da quantidade de concessões lançadas pelo Entes Públicos, de forma que se faça necessário incrementar a força de trabalho destacada para efetuar o controle prévio exercido pelos tribunais de contas subnacionais nos editais e nos contratos de concessões comuns e PPP?

As respostas para cada uma dessas perguntas vêm a seguir.

3. DIÁLOGO COMPETITIVO: DEFINIÇÃO E PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Conforme Art. 6.º, XLII, da Lei 14.133/21, o diálogo competitivo é uma:

[...] modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Da definição acima pode-se dizer que é uma modalidade licitatória mais interativa do que a concorrência, uma vez que pressupõe um diálogo constante entre a Administração Pública e os futuros possíveis licitantes ao longo de todo o processo.

Outra característica do diálogo competitivo é a seleção de interessados mediante critérios objetivos. Aqui, no entanto, nenhuma novidade, visto que tais critérios já eram exigidos não só para a concorrência como para as demais modalidades licitatórias constantes da antiga lei de licitações e contratos (Lei 8.666/93), por força dos princípios constitucionais atinentes às licitações, notadamente o Princípio da Impessoalidade.

Finalmente, destaca-se que a utilização do diálogo competitivo pressupõe que

a Administração Pública tenha por objetivo desenvolver alternativas capazes de atender uma necessidade pública.

Nesse sentido, pode-se entender que o uso da modalidade deve ocorrer quando a Administração não estiver segura quanto à melhor solução técnica capaz de atender o interesse público, podendo recorrer ao setor privado para, durante o processo de contratação e por meio de interações dialógicas, definir qual será essa solução.

Tendo entendido do que se trata, cabe-nos investigar os motivos de sua introdução na legislação brasileira de concessões e se existe alguma legislação internacional que contenha modalidade igual.



Fonte: https://br.freepik.com/fotos-gratis/pessoas-segurando-o-conceito-de-financas-de-gastos-de-dinheiro_17602144.htm#page=1&query=licita%C3%A7%C3%A3o&position=0

4. DIÁLOGO COMPETITIVO: INSPIRAÇÃO LEGISLATIVA E POSSÍVEIS RAZÕES DE SUA INTRODUÇÃO NO BRASIL

Conforme Rainho (2019), o diálogo competitivo no Brasil inspirou-se na legislação europeia, mais precisamente na Diretiva 2004/18/UE, substituída pela Diretiva 2014/24/UE.

Ao constatar que as licitações fechadas, por definirem a priori o objeto e a solução técnica, não incentivavam que o licitante vencedor apresentasse uma proposta com maior inovação tecnológica, uma vez que o modelo da licitação não permitia alteração na solução técnica nem tampouco uma relação de diálogo com a iniciativa privada, o legislador europeu introduziu modalidades licitatórias mais interativas, dentre as quais o diálogo competitivo.

Assim, na Europa a modalidade foi introduzida buscando-se uma alternativa aos procedimentos licitatórios fechados e burocráticos, que não se mostravam capazes de apresentar respostas satisfatórias diante de situações nas quais a Administração Pública se defrontava com objeto inovador e, ao mesmo tempo, não conseguia identificar exatamente qual a solução técnica mais eficiente para o caso concreto.

Partindo da constatação que a nova modalidade licitatória introduzida pela Nova

Lei de Licitações teve inspiração europeia, pode-se inferir que o motivo de sua introdução no Brasil foi o mesmo, ou seja, conseguir introduzir soluções tecnológicas mais eficientes nos contratos públicos, a partir de interações com o setor privado durante o processo de contratação, para cenários nos quais o setor público não esteja seguro quanto à melhor solução técnica a ser adotada.

5. DIÁLOGO COMPETITIVO: HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO

A Lei 14.133/21 apresenta, em seu art. 32, rol restrito de hipóteses para utilização do diálogo competitivo:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo **é res- trita** a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; [g. n.]

Conforme acima, fica clara a similaridade com a legislação europeia, pela preocupação com a introdução de inovação tecnológica, pela impossibilidade de a Administração Pública ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e pela impossibilidade de se conseguir definir com precisão as especificações técnicas da solução desejada.

Mas, de modo geral e seguindo a melhor técnica em licitações para contratos de concessões comuns e PPP, a Administração Pública deve definir com precisão a solução técnica a ser adotada pelo concessionário?

Ora, se a solução técnica for exigida pelo Poder Público ela se torna vinculante para o parceiro privado, tornando possível o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato caso ocorra algum erro de planejamento, verificado na execução. Acontece que um dos principais objetivos das Leis 8.987/95 e 11.079/04 é minimizar erros de planejamento e reduzir os pedidos de reequilíbrio, o que se faz justamente repassando os riscos de projeto, de construção e de operação àquele que tem mais condição de lidar com o risco caso ele se materialize: o parceiro privado (RIBEIRO, 2011).

Diante do exposto, é razoável supor que a modalidade será utilizada de modo excepcional, visto que, regra geral, a Administração Pública não deve apontar uma solução técnica vinculante para o concessionário. Mas como caracterizar esta excepcionalidade? Como saber quais os tipos de contratos de concessão utilizariam o diálogo competitivo? Para tentar sanar as dúvidas, vamos nos socorrer da experiência europeia.

Lima (2014) cita o uso do diálogo competitivo na Inglaterra para remodelagem de escolas, construção de hospitais e centros de acolhimento e desenvolvimento de projetos e construção de equipamentos esportivos para as Olimpíadas de Londres em 2012. Na França a modalidade foi utilizada para a construção de hospitais e presídios, bem como em sistema integrado de serviços voltados ao transporte público. Portugal usou a modalidade para a criação de uma rede de bicicletas de uso compartilhado complementar à rede de transportes públicos de Lisboa.

Apesar de todos esses exemplos, o autor não relata a solução técnica inovadora utilizada, que é uma condição obrigatória na legislação brasileira, de forma que não fica claro como tais objetos seriam aqui contratados mediante diálogo competitivo.

6. DIÁLOGO COMPETITIVO: PROCEDIMENTO

A Lei 14.133/21, em seu art. 32, § 1.º, detalha como dar-se-á o procedimento.

Inicialmente a Administração divulgará o edital em site oficial, contendo as suas necessidades e as exigências já definidas, estabelecendo prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para que os interessados manifestem interesse em participar da licitação.

O edital deve prever critérios objetivos de pré-seleção, sendo admitidos todos aqueles

que preencherem os requisitos, ressaltando que fica proibida a divulgação para outros licitantes das soluções apresentadas por cada um deles, exceto quando estes autorizarem.

As reuniões com os pré-selecionados serão registradas em atas e gravadas utilizando tecnologia que registre áudio e vídeo. Tais reuniões serão realizadas até que a Administração identifique e justifique, fundamentadamente, a solução (ou soluções) que atenda(m) sua necessidade.

A partir da identificação da solução escolhida, a Administração deve declarar a conclusão do diálogo competitivo; juntar aos autos atas e gravações; iniciar a fase competitiva, com a divulgação de edital apontando a solução técnica originada no diálogo, definindo critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa; e abrindo prazo mínimo de 60 (sessenta) dias úteis para todos os licitantes pré-selecionados apresentarem suas propostas, sendo contratado aquele que apresentar aquela considerada mais vantajosa.

Aqui já surge outra dúvida: quais licitantes pré-selecionados poderão apresentar proposta? Todos os que participaram do diálogo competitivo ou apenas aqueles que tiveram sua solução técnica selecionada?

A Lei não responde essa questão, de forma que a lacuna deverá ser preenchida pela doutrina e jurisprudência, mas essa indefinição tende a ser outro fator que, pelo menos no curto prazo, tende a desestimular a adoção da modalidade.

7. O IMPACTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SUBNACIONAIS

Conforme lecionam Rehbein e Souza Junior (2019), assim como o Tribunal de Contas da União (TCU), diversos tribunais de contas subnacionais possuem normativos que determinam que a área técnica efetue análises prévia e concomitante nas licitações para concessões comuns e PPP.

A prática é alvo de controvérsia, principalmente em relação ao controle prévio. Barroso (2002, p. 235) interpreta que falta suporte constitucional, nessa fase processual, para a atuação do órgão de controle na gestão pública, enquanto Zymler e Almeida (2008, p. 122) entendem que o controle das cortes de contas nos processos licitatórios obrigatoriamente pressupõe algum grau de controle prévio.

Especificamente falando da análise prévia em diálogo competitivo, existe entendimento de que o controle prévio foi vetado para essa modalidade. Marques (2021) afirma que “o veto ao inciso XII do parágrafo primeiro do artigo 32 retirou a possibilidade de os órgãos de controle acompanharem o procedimento no curso da sua execução”.

Levy, Rossetto e Parmegiani (2021) explicam que o inciso vetado permitia expressamente o acompanhamento e o monitoramento da modalidade pelas Cortes de Contas, que

deveriam opinar, em até 40 dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato. As razões do veto consideraram que o controle prévio extrapolaria a competência dos tribunais de contas e, para os autores, a passagem do processo pelo órgão de controle desestimularia a realização do procedimento, devido “ao longo prazo concedido para apreciação do órgão”.

Quanto ao controle prévio do diálogo competitivo, divergimos dos autores citados, pois é possível interpretar que o fato de a Nova Lei de Licitações não autorizar expressamente a análise prévia pelos órgãos de controle não veda a prática, que pode ser realizada com fundamento nos normativos próprios das Cortes de Contas, vigentes enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade.

Importante destacar que os benefícios do controle prévio dos tribunais de contas (como, por exemplo, o aumento da segurança jurídica do procedimento e o impedimento da assinatura de contratos com vício de legalidade e sobrepreço), aparecem não apenas em países nos quais a lisura nas contratações públicas é sempre vista com desconfiança como também em países onde esse questionamento não é tão usual. Nesse sentido, Telles (2011, p. 190) afirma que em 2009 o Tribunal de Contas de Portugal recusou-se a autorizar a assinatura de cinco contratos ao estilo do diálogo competitivo porque constatou que, na fase de negociação, o preço foi revisado para cima, o que aquela Corte de Contas entendeu como ilegal.

Ultrapassada a questão da possibilidade de análise prévia, é preciso tecer alguns comentários acerca de como os tribunais de contas se estruturam para alcançar seus objetivos institucionais.

Para que os processos sejam instruídos de forma mais adequada ao cumprimento dos prazos legais, os órgãos de controle externo distribuem sua mão-de-obra por áreas de atuação, de acordo com o volume esperado de trabalho.

No caso específico das análises de processos de concessões, considerando a especificidade da legislação e o quantitativo regular de editais lançados a cada ano, os tribunais alocam um número de servidores capacitados e em número considerado suficiente para cumprimento das tarefas. Daí surge uma dúvida: a partir da introdução do diálogo competitivo, é esperado um aumento considerável no lançamento de concessões que altere o planejamento dos tribunais de contas, de forma que seja necessário aumentar de modo expressivo o quantitativo de servidores nos setores responsáveis pela análise de concessões comuns e PPP?

Sem a pretensão de prever o futuro, devemos analisar alguns aspectos do procedimento e da realidade nacional antes de responder a questão.

De início, é importante lembrar que concessão comum e PPP, por sua complexidade e hipótese restrita de uso, são contratos que até os dias atuais não são os mais utilizados pela Administração Pública nos estados e municípios brasileiros, mais familiarizados com os procedimentos de contratação tradicional, regidos pela Lei 8.666/93 e agora pela Lei 14.133/21.

Assim, entre os contratos administrativos, as concessões comuns e PPP são assinadas em quantidade bem menor, sendo que a modalidade licitatória prevista para esse tipo de contratação, desde a edição da Lei 8.987 em 1995, foi a concorrência pública.

Aliado ao fato de que os estruturadores de concessões estão habituados com a concorrência pública, o diálogo competitivo possui rol restrito de aplicação, exigindo que haja impossibilidade de a Administração Pública ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e que haja impossibilidade de se conseguir definir com precisão as especificações técnicas da solução desejada, o que restringe o uso da modalidade.

Além disso, o procedimento não se encontra totalmente definido na lei, havendo lacunas que podem desestimular seu uso, como, por exemplo, se a Administração deverá definir um número mínimo de participantes em um diálogo competitivo ou se aparecer um único interessado será permitido procedimento.

Como pontua Rainho (op. cit.), também pode desestimular o procedimento o alto custo de transação, pois, devido às inúmeras reuniões que devem ser realizadas e à necessidade de gravação destas, será necessário tempo considerável e grande número de servidores para o diálogo competitivo.

Diante desse cenário, é possível supor que a nova modalidade licitatória para concessões comuns e PPP não deve gerar grande incremento na quantidade de novas licitações. Logo, não gerando um boom de concessões, é possível concluir que a modalidade não deve sobrecarregar a maioria dos tribunais de contas subnacionais quanto ao controle prévio dos editais de concessões, pois, por suas especificidades, o procedimento não deve se tornar comum na grande maioria dos municípios brasileiros, devendo ser utilizado em casos muito específicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 14.133/21 introduziu uma nova modalidade licitatória, o diálogo competitivo, que incide sobre as contratações de concessões comuns, regidas pela Lei 8.987/95, e sobre as parcerias público-privadas (PPP), disciplinadas pela Lei 11.079/04.

A nova lei definiu o diálogo competitivo como uma “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”.

A introdução da nova modalidade na legislação brasileira foi inspirada na legislação europeia, mais precisamente na Diretiva 2004/18/EU (atual Diretiva 2014/24/UE), e se pode concluir que o uso da modalidade deve ocorrer quando a Administração não estiver segura quanto à melhor solução técnica capaz de atender o interesse público, podendo recorrer ao setor privado para, durante o processo de contratação e por meio de interações dialógicas, definir qual será essa solução.

Nos termos definidos na lei, a utilização do diálogo competitivo é restrita, sendo aplicável quando o poder público entender necessário introduzir inovação tecnológica para atender uma necessidade pública; quando constatar a impossibilidade de ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis

no mercado; e quando verificar a impossibilidade de conseguir definir com precisão as especificações técnicas da solução desejada.

Além das hipóteses restritas de utilização e considerando que, regra geral, em concessões não faz parte da melhor técnica que a Administração Pública determine uma solução técnica vinculante para os concessionários, é razoável supor que a modalidade será utilizada de modo excepcional.

Outros fatores que tendem a desestimular a adoção da modalidade é a existência de lacunas legais e dúvidas quanto ao funcionamento do procedimento, bem como o alto custo de transação.

Considerando que diversos tribunais de contas subnacionais possuem setores específicos para análises de concessões (incluindo a análise prévia de editais); considerando que a alocação de mão-de-obra para essas análises leva em conta o quantitativo regular de concessões que anualmente as cortes de contas recebem; e considerando as especificidades do diálogo competitivo; é possível concluir que a modalidade não deve gerar um boom de novas concessões e, sendo assim, não deve gerar, para a maioria dos tribunais de contas subnacionais, impacto relevante na alocação de servidores responsáveis pela análise prévia de editais de concessões comuns e PPP.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINE, Cristiane. Nova Lei de Licitações deixa à margem municípios e parte do governo federal, diz Sundfeld. **Valor Econômico**, São Paulo, 12 abr. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222148/nova%20lei%20de%20licita%20a%20margem%20munic%20e%20parte%20do%20governo%20federal%20diz%20Sundfeld%20-%20valor%20econ%20mico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa n. 81, de 20 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.imprensa-nacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/27128280/do1-2018-06-25-instrucao-normativa-n-81-de-20-de-junho-de-2018-27128266>. Acesso em: 15 maio 2021.

LEITE, Laura Cardoso Kalil Vilela; ARAÚJO, Rodrigo Barbosa; DAMASCENO, Natália Rocha. Nova Lei de Licitações justifica o entusiasmo de muitos. **Consultor Jurídico**. 6 maio 2021. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-06/opiniao-lei-licitacoes-justifica-entusiasmo>>. Acesso em: 15 maio 2021.

LEVY, Ricardo Pagliari; ROSSETTO, Elisa Gregori; PARMEGIANI, Samuel Lopes. Os vetos à Nova Lei de Licitações e Contratos. **Consultor Jurídico**, 12 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/opiniao-vetos-lei-licitacoes-contratos?imprimir=1>>. Acesso em: 27 maio 2021.

LIMA, Claudia Castello Branco. **Uma análise comparativa entre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e o diálogo competitivo**. Trabalho de Conclusão (Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p. 22. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12901/Trabalho%20individual.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 maio 2021.

MARQUES, Claudio Pieruccetti. A Lei de Licitações e a eficiência administrativa. **Valor**, Rio de Janeiro, 27 maio 2021. Legislação & Tributos.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Nova Lei de Licitações: um museu de novidades? **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 474, 23 dez. 2020. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/a-nova-lei-de-licitacoes-um-museu-de-novidades>>. Acesso em: 14 maio 2021.

RAINHO, Renata Vaz Marques Costa. **A Aplicação da Modalidade Licitatória Diálogo Competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro**. Maio 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/337146205_A_Aplicacao_da_Modalidade_Licitatoria_Dialogo_Competitivo_ao_Direito_Administrativo_Brasileiro>. Acesso em: 15 maio 2021.

REHBEIN, Airton Roberto; SOUZA JUNIOR, Roberto Tadeu de. A Atuação dos Tribunais de Contas do Brasil no Controle Externo das Parcerias Público-Privadas (PPPs). In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel (Coord). **Tratado de Parcerias Público-Privadas: teoria e prática**. v. 10. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019. p. 63 - 102.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

TELLES, Pedro. **Competitive Dialogue in Portugal and Spain**. 2010. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of doctor of philosophy, 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2308502>. Acesso em: 20 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 19 maio 2021.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões e das parcerias público-privadas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.



Análise Prévia de Editais de Licitação de PPPs A Experiência do TCE-SP no Setor de Iluminação Pública

Airton Roberto Rehbein

Mestre em Controladoria pela UFRGS. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.
Porto Alegre-RS, Brasil. airton@tce.rs.gov.br

RESUMO

O objetivo da pesquisa busca responder se as decisões do TCE-SP nas análises prévias de Editais de licitação de PPPs na área de iluminação pública vêm determinando a paralisação ou anulação dos certames licitatórios e se o entendimento do TCE-SP, com relação aos itens analisados que levaram às suspensões ou anulações das licitações, está alinhado ao “Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública (IP)” da ABDIB. O presente estudo perpassou 10 municípios que tiveram análise prévia dos editais de licitação de PPP de IP pelo TCE-SP a partir de 2017. Verificou-se que em todas as análises prévias de editais realizadas pelo TCE-SP foram determinadas suspensões ou anulações das licitações. No que se refere ao entendimento do TCE-SP, concluiu-se que em 8 municípios houve o alinhamento das decisões com o guia da ABDIB, restando 2 municípios divergentes, ou seja, um processo de escolha diferente em 20%. Nesses dois, o entendimento do TCE-SP é de que o valor do contrato deve ser apurado com base nos investimentos a serem realizados na concessão, em detrimento ao cálculo do montante pelo somatório das contraprestações públicas ao longo de todo contrato previsto pelo guia da ABDIB.

PALAVRAS-CHAVE: Parcerias Público-Privadas. Exame Prévio. Tribunal de Contas.

INTRODUÇÃO

Os serviços de iluminação pública são fundamentais para os deslocamentos nas cidades, contribuindo na segurança pública, bem como na ocupação dos espaços para práticas de esportes e lazer. Logo, trata-se de um importante instrumento de inserção social.

Historicamente, as empresas distribuidoras de energia cuidavam dos parques de iluminação pública, sendo transferida essa competência às prefeituras por determinação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio de sua Resolução Normativa nº 414/2010, que fixou o prazo 31 de dezembro de 2014.

À luz da Constituição Federal, tais serviços são de responsabilidade dos municípios, antes do advento das PPPs, ora prestados pelos servidores públicos, com a disponibilidade de estrutura governamental, ora por meio do setor privado, por intermédio de contratos de curto prazo constituídos pela Lei das Licitações por período de doze meses, podendo ser renovados até o limite de 60 meses.

A disponibilidade dos serviços envolve principalmente a instalação de lâmpadas e sensores, além da manutenção dos postes. Por outro lado, a manutenção preditiva necessita de planejamento adequado, bem como a realização da expansão da rede em função do crescimento vegetativo da cidade, além da criação de novos loteamentos, principalmente nas áreas urbanas. Ainda, os municípios têm a seu encargo a responsabilidade de recolher às empresas distribuidoras os valores pelo fornecimento da energia.

Para esses compromissos, as Cidades contam com os recursos financeiros que estão garantidos pela Emenda Constitucional nº 39 de 2002, que inseriu o art. 149-A na Carta Magna, possibilitando a instituição da contribuição pelo serviço e a cobrança nas faturas de consumo de energia elétrica, instituídas por Lei Municipal.

A tecnologia dominante nos parques se utiliza de lâmpadas de vapor de sódio e de vapor metálico. Ao longo do tempo surgiram as luminárias em LED, que possuem maior eficiência luminosa e durabilidade, além de reduzirem, na média, em 50% o custo do consumo de energia, o que despertou grande interesse nos gestores municipais em modernizar os serviços prestados aos cidadãos.

A adoção dessas luminárias em larga escala requer investimentos relevantes. Ao mesmo tempo, as taxas de iluminação pública cobradas atualmente, em sua maioria, atendem os serviços prestados, não prevendo reservas de recursos para modernização do serviço.

A modernização dos parques de iluminação, prospectada pelos administradores públicos Municipais, passa pela efficientização do consumo de energia, cuja economia dos recursos financeiros ajuda a financiar as contraprestações públicas nas Parcerias Público Privadas (PPPs), além da ampliação da capacidade de planejamento e atendimento das manutenções, crescimento vegetativo do parque, expansão da rede e melhorias na qualidade do atendimento das demandas da população.

Para que os ganhos no nível dos serviços se tornem visíveis à população, com entrega de benefícios no curto prazo, a busca de uma parceria com setor privado acabou se

revelando uma alternativa que compatibiliza a necessidade de investimentos e a inserção da *expertise* privada.

Com o crescimento da atratividade do negócio pelo setor privado, na tentativa de viabilizar as PPPs de IP, os municípios têm recebido propostas não solicitadas elaboradas por estruturadores de projetos. Por outro lado, o interesse de gestores públicos tem levado à contratação de estudos e projetos por meio de consultorias ou abertura de chamamentos públicos, além da opção pelos projetos oferecidos pelo BNDES e pela Caixa Econômica Federal.

As iniciativas de PPPs no segmento de IP acumularam 303 (trezentos e três) projetos em junho de 2019, representando uma taxa de sucesso em contratos assinados de apenas 5,6%¹, apesar de 44% dos contratos assinados de PPPs no Brasil nos últimos cinco anos se originarem no setor.

Em 30 de junho de 2019, totalizaram-se 17 contratos assinados no segmento, localizados em 8 estados, na sua maioria em São Paulo, nas cidades de Caraguatatuba, Urânia e Mauá, além da Capital, que ainda não foi efetivado devido a pendências administrativas e judiciais.

Nessa seara, os Tribunais de Contas Subnacionais tem exercido o controle externo das PPPs de IP na área Municipal, recebendo críticas às suas decisões decorrentes do exercício do poder de cautela, que acabam impondo paralisações de procedimentos licitatórios para ajustes.

Cada Corte de Contas tem suas normas e estrutura de governança que norteiam seus macroprocessos, de sorte que a profundidade e a extensão do trabalho realizado ainda não sejam uniformes, apesar dos incentivos para tanto vindos da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON).

A atuação do Controle Externo vem sendo discutida pelos estruturadores de projetos de PPPs de IP como, por exemplo, no final do primeiro semestre de 2018, quando a instituição Radar PPP organizou o evento nacional em São Paulo, denominado de Ip'18, cujo programa tratou, entre outros, o seguinte título:

“atuação implacável dos organismos de controle na fiscalização, sendo um dos eixos centrais do evento dar voz aos Municípios cujos projetos pararam por conta da atuação dos Órgãos de Controle”².

No segundo semestre de 2019, a Radar PPP novamente organizou o evento Nacional para tratar das PPPs de IP, atualizando o nome para Ip'19, discutindo, num dos seus painéis, novamente, a atuação dos órgãos de controle, sob o título:

“atuação dos órgãos de controle é responsável por, no mínimo, 28% das paralisações e 34% dos cancelamentos dos projetos de PPP de IP. Que tipo de considerações pode fazer sobre a qualidade da atuação dos órgãos de controle em relação às PPPs desse segmento?”³.

¹ Disponível em: <<https://www.radarppp.com/eventos/ip19/>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

² Disponível em: <<https://www.radarppp.com/eventos/ip18/>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

³ Disponível em: <<https://www.radarppp.com/eventos/ip19/>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

Se por um lado existem muitos projetos de PPPs de IP, por outro, observa-se uma baixa taxa de sucesso na conversão em contratos, sendo atribuída parcela de responsabilidade aos órgãos de controle.

Do lado do mercado privado, busca-se a disseminação de conhecimento visando qualificar a estruturação dos projetos elevando a taxa de sucesso das contratações. A Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB), nesse particular, elaborou o “Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública (IP)” no início de 2019, com o objetivo de orientar os municípios brasileiros a lidar com os desdobramentos da Resolução nº 414/2010 da ANEEL, que repassou os parques de iluminação aos seus cuidados.

Já, em junho de 2020, a ABDIB publicou uma nova versão do “Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública (IP)”, agora trazendo minutas padrão de edital e de contratos a fim de orientar a licitação dos serviços.

Recente matéria que trata de disputas entre investidores pelas PPPs de iluminação⁴ revelou que o setor tem 149 processos em andamento e 34 deles podem ser licitados ainda neste ano. Nessa publicação, também se valoriza o guia de boas práticas da ABDIB:

Segundo dados da Abdib – que também **oferece aos municípios um guia de boas práticas para PPPs de iluminação, com modelos de edital e contratos padronizados** -, o Brasil tem hoje 18 milhões de pontos de luz, sendo que apenas 1,5 milhão (considerando os últimos leilões) estão sob gestão de concessionárias privadas. **Um dos benefícios da transferência da gestão da rede é a redução da conta de luz.** Com lâmpadas de LED combinadas com sistemas de gestão e controle integrados, por exemplo, **pode haver uma redução de 50% do consumo de energia dos sistemas de iluminação pública.** (grifado)

Nesse ínterim, haja vista a atuação das Cortes de Contas, se faz necessário avaliar o alinhamento desses documentos com relação às decisões dos órgãos de controle externo. Assim, a pesquisa tem como objetivo geral identificar as licitações de PPPs de iluminação pública que tiveram análise dos Tribunais de Contas, buscando identificar os motivos que levaram às decisões de suspensão ou anulação dos certames.

Como instrumento metodológico, na forma de *benchmarking*⁵ do mercado de estruturação dos projetos, será utilizado o guia da ABDIB, possibilitando cotejar o conteúdo de suas minutas de edital e contrato frente aos entendimentos das Cortes de Contas, representado por suas decisões com relação às regras previstas nos casos concretos. Nesse particular, para que a pesquisa fosse factível, escolheu-se trabalhar com as decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP).

⁴ Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/ppps-de-iluminacao-geram-disputa-entre-investidores/>>. Acesso em: 08 set. 2020.

⁵ O benchmarking é uma das mais relevantes estratégias para aumentar sua eficiência. Em tradução livre, pode ser traduzido como “ponto de referência”. Trata-se um minucioso processo de pesquisa que permite aos gestores compararem produtos, práticas empresariais, serviços ou metodologias usadas pelos rivais, absorvendo algumas características para alçarem um nível de superioridade gerencial ou operacional. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/estrategia-e-gestao/benchmarking/>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

O TCE-SP se destaca na atuação na área de Concessões e PPPs tendo em vista o controle concomitante realizado por meio das análises prévias de editais das licitações, o que permite viabilizar a coleta e análise de dados necessária ao presente estudo.

Ao mesmo tempo, dispõe de normativa acerca das análises prévias de editais de licitação, o que demonstra o cuidado com tema dispensado por essa Corte de Contas. Ainda, utiliza-se de boas práticas de transparência de suas decisões na sua página da internet, cujo acesso não impõe maiores dificuldades para pesquisas.

Como ficou assinalado anteriormente, o Estado de São Paulo possui diversos municípios com contratos assinados de PPPs de IP, ainda detém o maior Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil, conseqüentemente se elevando a possibilidade de maior número de gestores públicos se interessarem por projetos de PPPs na área da iluminação pública.

Nessas delimitações, a pesquisa buscará solução para a situação problemática identificada, que trata da atuação dos Tribunais de Contas Subnacionais no exercício do Controle Externo das PPPs de IP no Brasil:

- *As decisões do TCE-SP nas análises prévias de editais de licitação de PPPs na área de iluminação pública vêm determinando a paralisação ou anulação dos certames licitatórios?*
- *O entendimento do TCE-SP, com relação aos itens analisados que levaram às decisões de suspender ou anular as*

licitações, está alinhado ao “Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública (IP)” da ABDIB?

A justificativa do estudo prospera na possibilidade de os resultados contribuírem com a redução de possíveis problemas no processo de escolha entre o guia da ABDIB e as decisões de órgãos de controle. Isso possibilitaria a realização de ajustes nos modelos de documentos sugeridos pela ABDIB ou a revisão do entendimento do controle externo, beneficiando a elevação da taxa de sucesso das PPPs de IP no Brasil.



Fonte: <https://pixabay.com/pt/photos/1%c3%a2mpada-de-rua-lanterna-392095/>

1. CONTROLE EXTERNO EXECUTADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Do todo exposto, pode-se vislumbrar um expressivo crescimento de licitações na área de PPPs e concessões comuns, de modo que os Tribunais de Contas do Brasil têm buscado intensificar suas ações de controle, como descrevem REHBEIN e SOUZA JÚNIOR (2019, p. 69):

De outra banda, por consistirem em ajustes de longo prazo com significativos investimentos, **tem sido crescente a atenção dada pelos Tribunais de Contas aos contratos de PPPs**, com diversas ações sendo tomadas com vistas ao aperfeiçoamento do controle externo, variando desde a revisão de normativos até a capacitação de seu corpo técnico, **com a respectiva formação de equipes e unidades especializadas.** (grifado)

Para Nardes (2015), além de reduzir os riscos de paralisação e judicialização, a atuação dos órgãos de controle ainda na fase interna do certame privilegiaria o emprego de ações corretivas e pedagógicas.

Enquanto Citadini (2019) assevera que a atuação dos Tribunais de Contas busca evitar que planejamentos mal sucedidos venham a comprometer a situação fiscal e orçamentária do ente público.

As diretrizes da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON), apresentadas na próxima subseção, têm fortalecido, ao longo do tempo, a atuação dos Tribunais

de Contas brasileiros no controle externo de Concessões e PPPs.

No caso do TCE-SP, onde a presente pesquisa se utiliza de coleta de informações, observa-se o controle concomitante das licitações por intermédio da análise prévia de editais de licitação, perfazendo uma importante oportunidade para ajustes nos documentos que suportam o competitivo para o aperfeiçoamento da contratação com a administração pública.

1.1. Exercício dos Controles *Ex Ante*, *Concomitante* e *Ex Post*

Historicamente os Tribunais de Contas têm realizado a fiscalização e o julgamento do administrador público posteriormente aos seus atos de gestão, em especial no que se refere a questões orçamentárias e financeiras. Porém, as Cortes de Contas muito têm se questionado com relação à efetividade de suas decisões a posteriori da gestão tendo em vista que os efeitos das ilegalidades e danos ao erário público já foram consumados. Com relação ao controle de licitações, MILESKI (2004, n. p.) assim se expressou:

O Tribunal de Contas como órgão executor do controle externo, procede a uma fiscalização de acompanhamento, avaliação e julgamento dos atos praticados em licitação, no sentido de proceder a regularidade dos atos licitatórios que buscam selecionar, de forma isonômica, a proposta mais vantajosa para administração, tendo em conta os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade.

Ainda, a cerca do controle de procedimentos licitatórios, ZYMLER (2008, p. 122) assim se manifestou:

(...) não se pode olvidar que o controle realizado no âmbito de um determinado procedimento administrativo como o licitatório, por exemplo, acaba inevitavelmente gerando um certo controle prévio.

Pascoal (2009) afirma que a atuação dos Tribunais de Contas vem reforçando os argumentos em prol do incremento do controle preventivo, em que pese as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a constitucionalidade e os limites desse controle preventivo, trazendo argumentos em defesa da constitucionalidade desse controle preventivo, especialmente aquele exercido por meio da concessão de medidas cautelares em procedimentos licitatórios.

Em destaque, a vigente Lei de Licitações e Contratos estabelece no seu art. 113 a possibilidade de controle de procedimentos licitatórios pelos Tribunais de Contas, ao mesmo tempo em que prevê o controle social a partir de representações (BRASIL, 1993, n. p.):

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desses exames, lhes forem determinadas.

A propósito da competência estatuída no §2º, do artigo 113, da lei de licitações (BRASIL, 1993), Decomain, *apud* Pascoal (2009), entende tratar-se de um exemplo simultâneo de controle prévio e concomitante da gestão por parte dos Tribunais de Contas. Concomitante ao procedimento licitatório, que se encontra em curso, e prévio em relação ao fim deste procedimento e à assinatura do contrato com o licitante vencedor do certame.

Para Pascoal (2009), não há dúvidas de que o fortalecimento do controle preventivo da gestão pública, exercido legitimamente pelos Tribunais de Contas, e, especialmente, o consubstanciado por meio de medidas cautelares e, mais especialmente, ainda, aquele exercido sobre procedimentos licitatórios, é um caminho sem volta e tem contribuído para a efetividade do controle e, por conseguinte, para o aperfeiçoamento da gestão pública e para a prevenção de ilicitudes. O autor faz uma importante ressalva:

É preciso, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio, uma forma de atuação que, ao mesmo tempo, preserve a competência fiscalizadora dos Tribunais de Contas, mas impeça que o excesso de formalidade e o excesso de tempo de duração dos processos, no âmbito dos Tribunais, acabem postergando, além do razoável, a execução das políticas públicas (PASCOAL, 2009, n. p.).

Com relação ao controle concomitante, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON, 2014) define que se trata de caráter preventivo e pedagógico, no sentido de prevenir falhas e promover correções dos atos e procedimentos e tem por objeto de análise os atos ou procedimentos já formalizados ou validados pelos responsáveis, ainda que em fases intermediárias do processo, a exemplo de edital de licitação publicado.

No que se refere ao controle concomitante de edital de licitação publicado, a Lei das Licitações com vistas a assegurar o amplo direito de petição admitiu a possibilidade de que todo licitante, ou pessoa física ou jurídica, que observe irregularidade em algum item do edital possa representar ao Tribunal de Contas, que realizará um exame e julgamento prévio.

De outro lado, essa avaliação é um instrumento relevante para a tomada de decisões ao longo da execução da política, bem como para a melhor alocação de recursos entre as diferentes políticas públicas setoriais.

FERNANDES (2005, n. p.) assim sintetizou o controle das licitações pelos Tribunais de Contas:

1º conclusão: O Tribunal de Contas pode sustar se não atendido, a execução do ato licitatório quando impugnado.

2º conclusão: O Poder Legislativo não possui poder para sustar o ato licitatório, mas pode sustar o ato normativo que lhe dá suporte, como ocorre com a concessão ou permissão de serviço público.

3º conclusão: O Tribunal de Contas pode solicitar edital para exame, mas não se exige aprovação prévia do Tribunal de Contas para a validade do ato.

4º conclusão: O Tribunal de Contas pode ordenar a correção de edital e, neste caso, os órgãos

ficam obrigados a adotar as medidas corretivas determinadas.

5º conclusão: A impugnação do ato pode decorrer de representação de licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica e, independentemente dessa iniciativa os Tribunais de Contas podem solicitar para exame editais de licitação.

6º conclusão: A representação ao Tribunal de Contas deve ser fundamentada, indicando a irregularidade na aplicação desta Lei. Mas o Tribunal de Contas não fica adstrito aos motivos alegados.

7º conclusão: Para os Tribunais de Contas há uma faculdade de pedir determinado edital para exame. Não há previsão legal para determinar a remessa dos editais aos Tribunais de Contas; norma com esse teor fere o princípio elementar de que a área fim (no caso, licitadora) não deve trabalhar para a área meio (no caso, controladora). O Tribunal de Contas pode pedir seja remetido determinado edital, mas falece competência para generalizar a remessa.

8º conclusão: O fato do Tribunal de Contas solicitar edital para exame, não implica a suspensão imediata do certame. Se o Tribunal de Contas não delibera expressamente a respeito, fica ao prudente arbítrio da autoridade administrativa suspender o Certame para aguardar a decisão do Tribunal de Contas ou não.

9º conclusão: Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação e, independente do exercício desse direito pode representar ao Tribunal de Contas.

10º conclusão: O licitante que não impugna o edital tempestivamente perante a própria administração, decai do direito de praticar esse ato perante a Administração Pública e ficará prejudicado o exercício da faculdade prevista no art. 113 da Lei nº 8.666/93.

Em se tratando de licitações de Concessões e de Parcerias Público Privadas (PPPs), dada a complexidade envolvida nesses projetos, a adoção dessas três modalidades de controle, *ex ante*, concomitante e *ex post*, podem elevar a eficiência e a eficácia das políticas públicas que representam, tendo em vista os vultosos recursos públicos e o impacto na sociedade como um todo.



Fonte: <https://pixabay.com/pt/photos/juiz-martelo-julgamento-quadra-1587300/>

1.2. Exames Prévios dos Editais de Licitação pelo TCE-SP

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo regulamentou através da Resolução nº 01/2017, de 02 de agosto de 2017, que os Conselheiros encaminhem à Presidência do Tribunal de Contas a relação dos processos cuidando de propostas de suspensão, referendo ou arquivamento versando sobre exames prévios de editais.

Segundo essa Resolução, por proposta de Conselheiro, o TCE-SP poderá solicitar cópia de editais de licitação elaborados pelos órgãos sujeitos ao controle, da esfera estadual ou municipal. Sendo aprovada a matéria pelo Tribunal Pleno, a Presidência expedirá ofício solicitando cópia completa do edital, incluindo projetos básicos e executivos, quando for o caso, memoriais, planilhas, minuta do contrato, parecer jurídico da aprovação do edital, e outras peças se existentes e cópias dos atos de publicidade. Se a data designada para recebimento das propostas não propiciar a submissão da matéria ao Tribunal Pleno, o Relator poderá adotar as medidas *ad referendum* do Plenário do Tribunal.

O órgão da administração deverá remeter, em até 48 horas, contadas do recebimento do ofício do TCE, as peças da licitação que lhe forem solicitadas. Na hipótese de não se realizar Sessão e sendo a matéria urgente, o Relator poderá proferir decisão de mérito, submetendo-a, na primeira oportunidade, à ratificação do Tribunal Pleno. Ficará sujeito às sanções, independentemente do processo de responsabilidade, aquele que não remeter a documentação requisitada e/ou não tenha adotado as medidas corretivas determinadas.

De fato, o TCE-SP ao ser provocado por meio de representações advindo do controle social materializa o controle concomitante através do exame prévio seguido de julgamento na fase que antecede a abertura do certame, que pode resultar na decisão pela continuidade do processo ou a determinação para suspensão para fins de ajustes nos documentos da licitação. Dependendo da gravidade dos achados, a decisão da Corte de Contas pode ser pela anulação da licitação.

2. GUIA DE BOAS PRÁTICAS DA ABDIB PARA PPPS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

A ABDIB representa importantes setores da infraestrutura e indústrias de base no Brasil. O lançamento da primeira edição do seu “Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública (IP)” em 2019 foi em evento organizado pela instituição Radar PPP denominado de Ip’19 em São Paulo, que serve de referência no Brasil no segmento de PPPs na área de iluminação pública, ficando materializado o papel da Associação em produzir e disseminar conhecimento visando à melhoria dos projetos nesse segmento.

A ABDIB congrega uma ampla gama de empresas públicas e privadas que participam de todas as fases dos negócios (estruturação, investimento e operação) nos setores de infraestrutura e indústrias de base, tais como concessionárias de serviços públicos, fabricantes de equipamentos, prestadores de serviços como engenharia e escritórios de advocacia, grandes usuários de infraestrutura, fundos de private equity, seguradoras, bancos de investimentos e empresas de consultoria, entre outras. Atualmente, a ABDIB conta com 115 empresas associadas atuantes nas áreas de energia elétrica, petróleo e gás natural, transportes, saneamento ambiental, telecomunicações e indústrias de base.⁶ (grifado)

Neste primeiro guia, são apresentados um panorama do segmento no Brasil, os modelos existentes para sua gestão, as boas práticas quanto ao planejamento da estratégia de IP

nos municípios, as alternativas para a estruturação de projetos de Parcerias Público-Privadas (PPP), dentre outras especificidades para auxiliar gestores públicos municipais a gerir os ativos de iluminação pública.

Na sequência, em junho de 2020, a ABDIB lançou a segunda edição do guia, agora trazendo modelos de Minutas de Edital e Contrato para apoiar as licitações dos municípios. Trata-se de uma publicação com potencial de orientar diversos estruturadores de projetos no Brasil, haja vista a importante representação no setor realizada pela ABDIB, além de ser o único guia disponível atualmente publicado por uma associação de empresas.

Considerando o conhecimento já produzido no ambiente brasileiro e o potencial de replicar a modelagem de projetos desta natureza, a ABDIB defende a possibilidade de se reduzir o prazo de elaboração de projetos, sem perda de qualidade, com a utilização da padronização dos documentos licitatórios de modo a trazer mais segurança jurídica e incentivar as boas práticas pelos gestores públicos. Como resultante desse processo, a ABDIB espera maior eficiência na conversão da carteira de projetos em contratos.

Nesse guia, a ABDIB elaborou um conjunto de 3 (três) documentos de referência para auxiliar os municípios na preparação de documentos licitatórios de PPPs de iluminação pública: (i) Minuta padrão de edital de PPP de iluminação pública; (ii) Minuta padrão de contrato de PPP de iluminação pública; e (iii) Minuta de Termo de Referência para serviços de Verificação Independente em PPPs de IP.

⁶ Disponível em: < <https://www.abdib.org.br/quem-somos> >. Acesso em: 29 ago. 2020.

Essas Minutas perpassam diversos pontos, assim descritos pela ABDIB: (i) modalidade licitatória; (ii) critérios de julgamento; (iii) habilitação técnica: somatório de atestados; experiência em implantação de telegestão de iluminação pública e referências de atestação conforme tamanho do parque de iluminação pública; (iv) tratamento de bens reversíveis e bens vinculados à concessão; (v) característica da conta reserva de garantia; (vi) apuração do cadastro base da rede municipal de iluminação pública; (vii) compartilhamento de risco em reclassificação de vias; banco de pontos; (viii) fiscalização da PPP; (ix)

previsão e tratamento de receitas acessórias; (x) bonificação sobre a conta de energia; (xi) alocação de riscos; (xii) equilíbrio econômico-financeiro e (xiii) escopo de atuação e contratação do verificador independente.

A elaboração de Editais de Licitação e Minutas de Contratos requer aderência às legislações pertinentes, além de escolhas discricionárias que norteiam as decisões dos administradores públicos. O quadro abaixo apresenta exemplos de cláusulas sugeridas pelo guia:

(i) Critério de Julgamento: PARTE I – PREÂMBULO: O Município de [•], por intermédio do(a) [•], torna público que realizará licitação, na modalidade concorrência, com o critério de julgamento de menor valor da contraprestação

(ii) Valor do Contrato: 2.2. O Valor do Contrato estimado é de R\$ [•] ([•] reais), considerando o valor de Contraprestação Mensal Máxima indicado no item 12.1.2.5.

(iii) Qualificação Técnica: 13.3.4.2. Será admitido, para os fins das comprovações e dos quantitativos referidos no item 13.3.4.31, somatório de atestados de capacidade técnica... (i) Municipalidades que detenham parque de Iluminação Pública entre 20 e 50 mil pontos, desde que ao menos um dos atestados a ser apresentado pelo licitante demonstre o alcance de, pelo menos, 80% de 50% do valor previsto no item 13.3.4.31.

(iv) Representante Legal: 5.2. As impugnações ao Edital deverão ser exclusivamente escritas, devidamente rubricadas e assinadas pelo responsável, e no caso de pessoa jurídica, pelo seu representante legal ou procurador, ...

(v) Documentação Estrangeira: 10.9.2. No caso de documentos em língua estrangeira, somente serão considerados válidos se devidamente traduzidos ao português por tradutor público juramentado e consularizado ou apostilados...

(vi) Apresentação das Propostas: 10.2. Os documentos devem ser apresentados em 3 (três) Envelopes lacrados, distintos e identificados em sua capa...

(vii) Qualificação Técnica: 13.3.4.3.1. Serão aceitos, como documentos de comprovação para este item, atestados emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

(viii) Responsabilidade Técnica: 13.3.4.9. Comprovação de Proponente possuir, na Data de Entrega dos Envelopes, vínculo com profissional(is) de nível superior, detentor(es) de atestado(s) de responsabilidade técnica, devidamente registrado na entidade de classe profissional competente, que demonstre a execução de obras e serviços de características semelhantes aos do objeto do Contrato, assim entendidos:

(ix) Qualificação Técnica: 13.3.4.4. Comprovação por meio de atestados de capacidade técnica de execução de implantação e operação, através de sistema de telegestão, de sistema de iluminação com um mínimo de [•] pontos de iluminação, em vias (ruas, avenidas, praças ou demais tipos de logradouros) em um único sistema de iluminação pública integrado, com fornecimento de materiais, considerando o tamanho do parque conforme:

(x) Qualificação Técnica: 13.3.4.1. Comprovação de que a Proponente tenha realizado investimentos de R\$[•] ([•] de reais) ou mais, em empreendimento(s) de infraestrutura em qualquer setor, com recursos próprios ou de terceiros, observadas as seguintes condições: (i) Será considerado como valor de investimento o montante de recursos aplicado pela Proponente na construção e/ou recuperação e/ou conservação e/ou manutenção relacionada ao empreendimento; e, (ii) Não será considerado investimento o desembolso realizado na condição de contratado em regime de empreitada ou equivalente, ainda que para fornecimento de materiais e realização de obras.

(xi) Proposta Comercial: 12.2.2. A Instituição Financeira deverá ser nacional ou estrangeira, autorizada a funcionar no Brasil pelo Banco Central do Brasil e possuir, no exercício de [•], patrimônio líquido de, no mínimo, R\$ [•] ([•] de Reais),

(xii) Qualificação Técnica: 13.3.4.3. Comprovação, de que a Proponente tenha executado, em um parque de Iluminação Pública de, no mínimo, [•] ([•]) pontos, pelo período mínimo de [•], serviços de operação e manutenção preventiva e corretiva de, no mínimo, [•] ([•]) pontos de Iluminação Pública, incluído no escopo da contratação a responsabilidade contratual pelo fornecimento de materiais e equipamentos específicos de Iluminação Pública, tais como luminárias, lâmpadas, braços e suportes para instalação, reatores, relés fotoelétricos e tomadas para relés fotoelétricos, sendo indiferente as Especificações contratuais acerca do quantitativo do material a ser fornecido.

(xiii) Acesso a Informações da Licitação: 3.1. O Edital, suas planilhas e formulários, as informações, estudos e projetos sobre a Rede Municipal de Iluminação Pública poderão ser obtidos, exclusivamente...

(xiv) Qualificação Econômico-Financeira: 13.3.2. Para Qualificação Econômico-Financeira: (...) (iii) Apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social exigido na forma da lei, devidamente registrados perante o órgão de registro competente e, nos casos exigidos pela legislação brasileira, auditados por empresa de auditoria independente regularmente registrada nos órgãos competentes.

Quadro 1 - Principais Cláusulas sugeridas pelo Guia da ABDIB

Fonte: Elaborado pelo Autor, adaptado do Guia da ABDIB (2020)

Apesar do cenário positivo para viabilização de PPPs de iluminação pública, a ABDIB ressalva que é de conhecimento dos agentes do setor que a maioria das iniciativas municipais acaba não resultando em contratos assinados. Mesmo quando esse marco, a assinatura, é atingido, isso ocorre em prazo muito além daquele planejado.

A ABDIB também afirma que o prazo entre a definição do gestor público para estruturar uma PPP de iluminação pública e sua efetiva contratação é de um a três anos. No entanto, considerando o conhecimento já produzido no ambiente brasileiro e o potencial de replicar a modelagem de projetos desta natureza, espera-se que esse prazo possa ser substancialmente reduzido, sem perda de qualidade, para um período de seis meses a um ano.

A ABDIB e a EY (Ernst Young) elaboraram importante publicação denominada de Barômetro da Infraestrutura⁷, que já está em sua 3ª edição, onde chama atenção à importância de seu guia de boas práticas: *“A ausência de padronização torna a curva de aprendizado no Brasil muito extensa, o que impacta diretamente na estruturação e realização de projetos no que diz respeito às esferas governamentais, empresariais e à infraestrutura do país - além de impactar negativamente a sociedade”*.

Devido às adversidades na estruturação de projetos de concessão e PPP no Brasil, o documento afirma que é possível identificar algumas das tendências que deveriam ser priorizadas e implementadas pelos agentes públicos e privados, onde valorizam o seu guia no item “Padronização de Contratos e Editais”, como se observa na figura abaixo:

Alocação de riscos	Definição de processo e responsabilidade interna	Desenvolvimento da infraestrutura social	Diálogo com o mercado e análise dos projetos
Estruturação de financiamento de projetos	Governança e gerenciamento de projetos	Maior segurança no ambiente institucional	Menor incerteza no ambiente legal e regulatório
Necessidade de reequilíbrio de contratos	Padronização de contratos e editais	Sustentabilidade de programas e concessões	Verificador independente

Figura 1 - Principais Cláusulas sugeridas pelo Guia da ABDIB

Fonte: 3ª Edição do Barômetro da Infraestrutura (2020), grifado pelo autor.

⁷ Disponível em: <<https://www.abdib.org.br/blog/secoes/barometro-da-infraestrutura/>>. Acesso em: 09 set.. 2020.

3. RESULTADOS DA PESQUISA

A coleta de dados no site do TCE-SP tem como período inicial o dia 06 de agosto de 2017, visto representar a data de início da vigência de sua Resolução que se refere ao rito da análise prévia de editais de licitação.

Foram consultadas todas as sessões de julgamento de análises prévias de editais para identificar os processos que tratavam de PPP de IP até 15 de agosto de 2020. Nessa pesquisa, identificaram-se 10 (dez) municípios, conforme o quadro a seguir:

Município	Processos de Análise Prévia de Edital - TCE-SP	Data de Julgamento	Decisão Final
Caieiras	020611.989.19-5	13/11/2019	Anulação
Campo Limpo Paulista	009340.989.20-1 009405.989.20-3	12/03/2020	Suspensão
Campos do Jordão	023256.989.19-5 023277.989.19-0 023291.989.19-2 023301.989.19-0 023504.989.19-5	05/02/2020	Anulação
Estiva Gerbi	009617.989.20-7 009618.989.20-6 009860.989.20-1	06/05/2020	Suspensão
Guarulhos	008455.989.19-4	08/05/2019	Suspensão
Hortolândia	009479.989.19-6	12/06/2019	Suspensão
Itapecerica da Serra	024581.989.19-1 024606.989.19-2 024711.989.19-4	12/02/2020	Suspensão
Orlândia	014544.989.19-7	28/08/2019	Anulação
Pederneiras	011157.989.19-5 012153.989.19-9	12/02/2020	Anulação
Socorro	021694.989.19-5 021840.989.19-8	27/11/2019	Suspensão

Quadro 2 – Relação de Municípios da Pesquisa

Fonte: Elaborado pelo Autor, com base em consulta ao site do TCE-SP.

Para fins do tratamento dos dados, foram analisadas todas as decisões de julgamentos relacionadas no quadro acima buscando identificar todas as falhas em Relatórios que embasaram as decisões dos Conselheiros da Corte de Contas e as cotejando com o guia da ABDIB de 2020.

Registra-se que todas as análises prévias de Editais realizadas pelo TCE-SP utilizadas nessa pesquisa são processos anteriores ao lançamento do guia de boas práticas da ABDIB, porém não havia disponível nesse período Minutas de Edital e Contrato de referência disponível.

Apesar dessa limitação temporal, não se vislumbra prejuízos ao estudo, já que se pretende dar luzes às possíveis divergências entre os modelos de documentos sugeridos pela ABDIB e a visão do órgão de controle estadual, ao mesmo tempo destacando o nível de aderência do guia da ABDIB às decisões do TCE-SP, possibilitando oportunizar ações que permitam a redução de possíveis problemas no processo de escolha existente nos entendimentos conflitantes em itens de mesma natureza.

A análise dos dados será apresentada para cada município em dois parâmetros, utilizando-se como instrumento o guia da ABDIB. Será aplicada nas análises a metodologia do tipo *top down*⁸, cuja atuação do autor do trabalho na área do controle externo e nas auditorias de concessões e PPPs permite inicializar

a busca dos resultados da pesquisa a partir da publicação das decisões do TCE-SP.

No primeiro, serão analisados os itens dos editais e contratos impactados pelas decisões do TCE-SP frente às previsões do referido guia da ABDIB, buscando certificar com as palavras “Atende” ou “Não Atende”.

No segundo parâmetro, serão comparadas as previsões do edital e contrato da licitação dos municípios com o guia da ABDIB, assinalando se “Confere” ou “Não Confere”, embora esses itens tenham sido objetos de decisão pelo TCE-SP para suas correções.

Definidos o ambiente do estudo, os procedimentos de coleta e tratamento dos dados, bem como a metodologia se utilizando do guia da ABDIB como instrumento, a seguir são apresentados resumidamente os resultados da pesquisa onde se consolidou os itens em que foi identificado que o guia da ABDIB difere das decisões do TCE-SP, ficando adstrito aos Municípios de Estiva Gerbi e de Pederneiras.

⁸ (...) Numa abordagem de cima para baixo é formulada uma visão geral do sistema, partindo de uma instância final para a inicial (...). Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Abordagem_top-down_e_bottom-up>. Acesso em: 29 ago. 2020.

Município Estiva Gerbi	Decisão do TCE-SP
	<p>Em se tratando de concessão de serviços públicos, a base de cálculo da garantia da proposta e da requisição de capital social, para fins de habilitação, deve utilizar como parâmetro o valor previsto para os investimentos. - revisar a base de cálculo da garantia da proposta e da requisição de capital social, para fins de habilitação, utilizando como parâmetro o valor previsto para os investimentos.</p> <p>Rever a redação da previsão de garantia de execução, sem prejuízo de observar igualmente a adoção da correta base de cálculo, lastreada nos investimentos.</p>
	Guia da ABDIB (2020)
	<p>(pág. 86) - 2. DEFINIÇÕES E INTERPRETAÇÃO.</p> <p>Valor do Contrato: Valor correspondente ao somatório das receitas totais projetadas provenientes da operação da CONCESSÃO, em valor a preços constantes, com base no valor a ser percebido pelo pagamento das CONTRAPRESTAÇÕES MENSASIS, tendo como referência a data de entrega da PROPOSTA COMERCIAL.</p> <p>(pág. 86) - 2. DEFINIÇÕES E INTERPRETAÇÃO.</p> <p>Valor do Contrato: Valor correspondente ao somatório das receitas totais projetadas provenientes da operação da CONCESSÃO, em valor a preços constantes, com base no valor a ser percebido pelo pagamento das CONTRAPRESTAÇÕES MENSASIS, tendo como referência a data de entrega da PROPOSTA COMERCIAL.</p> <p>(pág. 143) - 40.1. A CONCESSIONÁRIA deverá manter, em favor do PODER CONCEDENTE, como garantia do fiel cumprimento das obrigações contratuais, GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO, da data de assinatura do CONTRATO até, no mínimo, 120 dias após o advento do termo contratual, no montante equivalente a R\$[*], limitado a 10% do VALOR DO CONTRATO.</p>
	Edital do Município
<p>4.1. O CONTRATO tem o valor global estimado em de R\$ 18.041.841,00 (dezoito milhões, quarenta e um mil, oitocentos e quarenta e um reais), para um prazo de 25 (vinte e cinco anos) de horizonte contratual.</p> <p>8.4.3. Garantia de proposta, nas modalidades e critérios previstos no “caput” e §1º do artigo 56 da Lei Federal nº. 8.666/93, de (...)</p> <p>4.1. O CONTRATO tem o valor global estimado em de R\$ 18.041.841,00 (dezoito milhões, quarenta e um mil, oitocentos e quarenta e um reais), para um prazo de 25 (vinte e cinco anos) de horizonte contratual.</p> <p>16.1. Adjudicado o OBJETO da LICITAÇÃO e homologado os atos da COMISSÃO, o LICITANTE vencedor será notificado por ofício para, no prazo de 10 (dez) dias úteis, apresentar GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO, no valor correspondente a 2% (dois por cento) do valor estimado para o CONTRATO...</p>	

Município Pederneiras	Decisão do TCE-SP
	Base de cálculo do patrimônio líquido e da garantia de proposta atrelada ao valor estimado para todo o período da concessão.
	Guia da ABDIB (2020)
	(pág. 86) - 2. DEFINIÇÕES E INTERPRETAÇÃO. Valor do Contrato: Valor correspondente ao somatório das receitas totais projetadas provenientes da operação da CONCESSÃO, em valor a preços constantes, com base no valor a ser percebido pelo pagamento das CONTRAPRESTAÇÕES MENSASIS, tendo como referência a data de entrega da PROPOSTA COMERCIAL. (pág. 37) - 11.4. Em garantia ao cumprimento das obrigações relativas à participação na Licitação, a Proponente deverá prestar Garantia da Proposta no valor correspondente a 1% (um por cento) do valor estimado para o Contrato, o que perfaz a importância de R\$ [•] reais)
	Edital do Município
3. VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO 3.1. O Valor Estimado do Contrato de Concessão é de R\$ 52.166.800,00 (cinquenta e dois milhões, cento e sessenta e seis mil e oitocentos reais) à data-base de outubro de 2019. 3.1.1. O Valor Estimado do Contrato de Concessão foi calculado com fundamento no somatório das contraprestações estimadas para o Prazo Contratual.	

Quadro 3: Resumo da Análise dos Itens Julgados pelo TCE-SP que diferem do Guia da ABDIB

Fonte: Elaborado pelo Autor, com base nas Decisões do TCE-SP, Guia da ABDIB (2020) e Edital dos Municípios.

Esses itens, sob o ponto de vista técnico, podem ser contornados, e a cautela de controladores e controlados poderá trazer benefícios ao êxito de muitos projetos de PPPs de Iluminação pública no Estado de São Paulo. Nos dois municípios tomados por referência o entendimento do TCE-SP é de que o valor do contrato deve ser apurado com base

nos investimentos a serem realizados na concessão, em detrimento do cálculo do montante pelo somatório das contraprestações públicas ao longo de todo contrato, o que eleva a base de cálculo de garantias como, por exemplo, de proposta e de execução contratual, o que pode ser visto como uma barreira à entrada de licitantes, restringindo a participação de maior quantidade de licitantes.

Na análise detalhada dos municípios revela-se que as decisões do TCE-SP, que foram tomadas anteriormente ao guia da ABDIB, se encontram, em sua maioria, incorporadas no referido guia, o que nos leva à compreensão

de que a Corte de Contas tomou suas decisões ao abrigo do incentivo à adoção das melhores práticas no seu entendimento à época, encontrando agora no olhar do setor privado a materialização dessas práticas como referências do documento publicado pela ABDIB.

Pontua-se, também, que o TCE-SP decidiu pela anulação das licitações de Caieiras (2019), Orlândia (2019), Pederneiras (2020) e Campos do Jordão (2020), devido apresentarem como critério para o julgamento a “técnica e preço”. O TCE-SP vem decidindo faz algum tempo, desde 2014, como inadequado esse critério, tendo em vista entender que o objeto das PPPs de iluminação pública não se reveste de caráter eminentemente intelectual, como pode se observar no julgamento dos Processos nº 001031.989.14-8 e de nº TC-013614.989.16-8. Sendo assim, essas anulações poderiam ser evitadas na origem dos projetos ao serem conhecidas e atendidas pelos municípios as decisões pretéritas da Corte de Contas.

Em junho de 2020, pode-se constatar que esses 2 municípios, dos 10 analisados na pesquisa, realizaram os ajustes determinados pelo TCE-SP em seus editais e vieram a concluir seus processos com a assinatura de contratos, quais sejam, Hortolândia e Caieiras.

No caso do Município de Hortolândia, o TCE-SP determinou a suspensão da licitação em 12/06/2019. Em 02/08/2019 a Prefeitura publicou comunicado de correção de itens do Edital, atendendo a decisão do TCE-SP e retomando a licitação.

Destaca-se que nesse caso os itens analisados pelo TCE-SP encontram os mesmos entendimentos no guia da ABDIB. Nesse

sentido, caso fossem utilizadas as boas práticas presentes no guia pelo município para os itens analisados, a Corte de Contas em sua análise não veria motivos para decidir pela suspensão da licitação.

Quanto ao Município de Caieiras, o TCE-SP determinou a anulação da licitação em 13/11/2019. Em 20/12/2019 a Prefeitura publicou a correção de itens do edital, atendendo a decisão do TCE-SP e retomando a licitação.

Assim como no caso do Município de Hortolândia, os itens impactados pela decisão do TCE-SP encontram os mesmos entendimentos no guia da ABDIB, cuja paralisação ou anulação da licitação também poderia inexistir caso o projeto do município estivesse aderente às boas práticas agora assentadas pela ABDIB.

Para o período utilizado na análise das decisões do TCE-SP não havia um guia de referência que apresentasse minutas de edital e contrato de referência para fins de licitação de PPPs de IP, sendo buscada compensação a essa limitação da pesquisa no guia da ABDIB, publicado posteriormente.

Observa-se potencial no guia de boas práticas em prevenir futuras paralisações ou anulações dos licitatórios por decisões do TCE-SP, haja vista o alinhamento existente nos itens avaliados em 80% dos municípios.

Na presente pesquisa não foram identificados documentos que revelassem o acesso da ABDIB às decisões do TCE-SP para fins de elaboração do seu guia.

As boas práticas emanadas pela ABDIB podem não representar unanimidade entre os

estruturadores de projetos, porém até então é o único documento que publicou minutas de edital e de contratos para servirem de referência às licitações de PPPs de iluminação pública, servindo, portanto como instrumento utilizado na metodologia desse estudo, apesar da limitação temporal citada anteriormente.

Apesar do potencial, cabe observar que o Estado de São Paulo ainda tem poucos municípios com contratos assinados de PPPs de iluminação pública, resumindo-se à Caragatatuba (2015), Urânia (2015) e Mauá (2016). O Município de São Paulo (2018) teve contrato assinado, porém ainda não entrou em operação. Agora, juntam-se a esses Hortolândia e Caieiras e se espera que esse estudo possa contribuir para ajustes nos licitatórios que acelerem a contratação de novos projetos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo perpassou 10 municípios que tiveram análise prévia dos editais de licitação de PPP de IP pelo TCE-SP a partir de 2017, exceto de São Paulo (Capital), sendo que em 6 (seis) projetos foi determinada a suspensão da licitação e em 4 (quatro) a anulação.

De imediato, aqui reside a resposta da primeira pergunta dessa pesquisa - *As decisões do TCE-SP nas análises prévias de Editais de licitação de PPPs na área de iluminação pública vem determinando a paralisação ou anulação dos certames licitatórios?* - concluindo-se que em todas as análises prévias de editais

realizadas pelo TCE-SP foram determinadas suspensões ou anulações das licitações.

Acerca da segunda pergunta - *O entendimento do TCE-SP, com relação aos itens analisados que levaram às decisões de suspender ou anular as licitações, está alinhado ao “Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública (IP)” da ABDIB?* - verificou-se em 8 municípios o alinhamento com o guia de boas práticas, restando 2 municípios com diferenças a serem convergidas, considerando a análise do edital originalmente lançado.

Tomando por referência a assinatura de contratos, a taxa de sucesso dos projetos que tiveram análise prévia dos seus editais ficou em apenas 20%, tendo em vista que dois municípios tiveram os editais corrigidos, considerando que 100% dos projetos analisados tiveram decisão pela suspensão ou anulação.

A análise prévia dos editais pelo TCE-SP se resumiu a enfrentar os pontos trazidos pelas representações. Assim, em que pese sua importância, ainda se tem muito espaço para aprofundar a análise da licitação como um todo, evitando possível seleção adversa de projetos levando à assinatura de contrato sob o risco de importantes problemas não serem detectados. As decisões do TCE-SP passaram pela interpretação de regras editalícias, não se verificando nos relatórios de exame prévio dos editais problemas que se referem aos estudos de viabilidade econômico-financeira, por exemplo, onde podem ser identificadas falhas relevantes.

A atuação do TCE-SP nesses 10 municípios foi em atendimento ao controle social, mediante o recebimento de representações de partes interessadas na ampliação da

concorrência pública já em andamento, logo, o clichê de “*atuação implacável e de responsável, em parte, pelas paralisações e cancelamentos*” das PPPs de IP, aludidas nos eventos Ip18 e Ip19, devem ser vistas com cautela, pelo menos no caso das decisões analisadas nesse presente estudo.

À medida em que diversas partes interessadas se socorrem do TCE-SP para assegurar direitos nas concorrências públicas das PPPs de IP, revela-se, também, que o meio privado interessado nesses contratos não encontra consensos, haja vista que a maioria dos projetos são gestados por estruturadores que também são responsáveis pela disseminação das boas práticas nesse mercado.

Cabe saudar o guia das PPPs de IP disponibilizado pela ABDIB (2020), que tem o condão de uniformizar boas práticas no mercado, com potencial de reduzir as representações como as realizadas ao TCE-SP para análises prévias dos editais, haja vista o alto nível de aderência às decisões da Corte de Contas, alcançando 80% conforme apurado nessa pesquisa.

Consoante a revisão da literatura, há de comemorar a atuação concomitante do TCE-SP, por meio do exame prévio de editais, por que está alinhada à orientação da ATRICON no que se refere à auditoria concomitante, representando uma atuação tempestiva e oportuna, porém, ainda com espaço para aprimorar o controle externo especificamente das PPPs, tendo em vista a complexidade que envolve os projetos, por meio da adoção do controle *ex ante*, já que o controle *ex post* é realizado por meio da auditoria das execuções contratuais.

O controle *ex ante*, que abarcaria a fase interna das licitações, seria um importante instrumento para realizar possíveis melhorias dos documentos do licitatório, evitando-se a paralisação de projetos durante a fase concomitante à licitação e, também, representações de concorrentes que muitas vezes repetem questionamentos que poderiam estar sanados quando do lançamento da licitação. Nessa linha, seria interessante uma análise do ponto de vista pedagógico em benefícios de boas práticas, entregando a cooperação da Corte de Contas para o sucesso de projetos de alta complexidade como se vislumbra nas PPPs.

Como já abordado no estudo, temos limitações aos resultados da pesquisa no que se refere ao aspecto temporal, visto que foram utilizadas decisões do TCE-SP dos anos de 2019 e 2020, anteriores a junho de 2020, quando do lançamento do Guia da ABDIB. Importante registrar que em 80% dos municípios analisados as decisões da Corte de Contas estão convergentes ao Guia.

Do ponto de vista metodológico, evitou-se fazer a análise partindo da jurisprudência do Tribunal para verificar se o Guia da ABDIB vem ao encontro das mesmas, tendo em vista a possibilidade do Tribunal adentrar o poder discricionário do administrador público, que deve ser evitado pelas Cortes de Contas. Assim, preferiu-se adotar as premissas de mercado como o estado da arte devido seu potencial de evolução e alinhamentos com a dinâmica dos projetos e suas novas soluções e inovações.

Também, nesse contexto, as decisões analisadas não representam “jurisprudências” vinculantes a todos os Conselheiros do TCE-SP, haja vista que nesse sentido a Corte

se utiliza de Súmulas que ainda não contemplou aspectos específicos relacionados às PPPs. No entanto, apesar do potencial de que ocorram decisões diferentes, seja a partir do Conselheiro Relator, ou seja do Colegiado, no presente estudo não se observaram decisões conflitantes com relação aos itens analisados na pesquisa. Evitou-se na pesquisa concluir que a partir das decisões do Tribunal acerca dos itens analisados poder-se-ia indicar o seu uso do Guia da ABDIB como forma de não enfrentar problemas nas análises prévias de editais realizadas pelo TCE-SP, até porque o trabalho analisou somente os itens que passaram pelos julgamentos da Corte de Contas.

Destaca-se a importância da presença de representantes dos órgãos de controle nos eventos acerca das PPPs no meio privado e vice-versa, para que controladores e controlados possam encontrar consensos na análise de projetos em benefício de entregas de serviços públicos de qualidade mais céleres aos seus usuários. Registra-se que essa pesquisa foi desenvolvida a partir do questionamento acerca da atuação dos órgãos de controle nos eventos da reconhecida Radar PPP, sendo que no Ip19 o autor desse estudo foi convidado para debater o papel do controle externo abrindo espaço para uma pesquisa visando materializar o problema e abrir espaços para se discutir possíveis soluções.

Cabe referir que novos aprendizados se revelam rapidamente com potencial de representarem melhores soluções, ao seu tempo, fazendo com que todos tenham a responsabilidade de conceber em seus projetos o que se tem de melhor. Como exemplo, a pouco, em 30 de junho de 2020, a ANEEL emitiu a Resolução nº 888 que aprimora as disposições

relacionadas ao fornecimento de energia elétrica para o serviço público de iluminação pública, alterando a Resolução nº 414/2010, cujo teor ainda não foi tratado no referido Guia da ABDIB, e ao mesmo tempo os órgão de controle ainda deverão se debruçar com relação às importantes novidades trazidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDIB. Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base. **Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública, 1º Edição**. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.abdib.org.br>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ABDIB. Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base. **Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública, 2º Edição**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.abdib.org.br>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ATRICON. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Resolução nº 02 de 06 de agosto de 2014. **Controle Externo Concomitante: instrumento de efetividade dos Tribunais de Contas**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/normas/resolucao-atricon-no-022014-controle-externo-concomitante/>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>.

br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CITADINI, Antonio Roque. **Cuidado com as PPPs**. TCE-SP, 2019. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-cuidado-com-ppps>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**. São Paulo : Dialética, 2006.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Controle das Licitações pelo Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 239: 95-110, Jan./Mar. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43859/44718>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

MILESKI, Hélio Saul. O Controle das Licitações e o papel dos Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, nº 27, ano 5, 2004.

NARDES, João Augusto. **Que venham as PPPs**. Amanhã, 2015. Disponível em: <<http://www.amanha.com.br/posts/view/324>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PASCOAL, Valdecir. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, nº 115, p. 103-118, mai/ago, 2009. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/revista-do-tcu-n-115-maio-ago-2009.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

REHBEIN, Airton Roberto; SOUZA JÚNIOR, Roberto Tadeu. A Atuação dos Tribunais de Contas do Brasil no Controle Externo das Parcerias Público-Privadas (pág. 63-102). In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel (Coord.).

Tratado de parcerias Público-Privadas: Teoria e Prática, V. 10 – Controle e Regulação. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019.

SÃO PAULO. Manual das Parcerias Público Privadas. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP)**. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/parcerias-publico-privadas-ppp>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. Resolução nº 01 de 02 de agosto de 2017. **Dispõe sobre procedimentos aplicáveis aos processos versando sobre exames prévios de editais**. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP). São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/resolucoes>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ZYMLER, Benjamim. **O controle externo das concessões e das parcerias público-privadas**. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Como Publicar Artigos na Revista Cadernos

SUBMISSÃO DE ARTIGOS

Como parte do processo, os autores devem verificar a compatibilidade da submissão com os itens a seguir, tendo em vista que a não observação das normas implicará devolução dos artigos.

- A contribuição deve ser original, inédita e não estar sendo avaliada para publicação em outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao editor”, conforme orientações adiante no passo a passo do procedimento de encaminhamento.

- Deverá haver compatibilidade com a temática da Revista Cadernos, observando-se as peculiaridades em caso de edição especial.

- O arquivo da submissão deverá estar em formato Microsoft Word, OpenOffice ou RTF.

- As URLs para as referências devem ser informadas quando possível.

- O texto deverá estar em espaço simples;
- Deve-se usar uma fonte de 12 pontos;
- Deve-se empregar itálico em vez de sublinhado (exceto em endereços URL);

- As figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos.

- O texto deve seguir os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na página <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/about>.

ENCAMINHAMENTO

Só serão aceitas obras de autores cadastrados no site dos Cadernos, com o preenchimento do formulário online.

Todas as submissões serão feitas através do site dos Cadernos.

São cinco passos rápidos:

Início: Neste passo, você deve conhecer e concordar com as condições de publicação. Leia, e selecione a Seção que você acredita ser mais adequada para seu artigo e marque as caixas de seleção. Neste momento, também, você pode colocar seus comentários para o editor. Salve e Continue.

Transferência do manuscrito: Neste passo, você escolhe o componente do artigo – normalmente, o texto do artigo – e envia o texto do arquivo (sempre em Word, Open Office ou RTF). É possível também transferir arquivos complementares para este artigo (por exemplo, uma ilustração que servirá de capa do artigo). Salve e Continue.

Inclusão de metadados: Nesse passo, você deve Incluir o Título, um Resumo e as palavras-chave do seu artigo. As palavras-chaves devem estar separadas por ponto. Se necessário, pode incluir nesse passo outros contribuidores (autores) do seu artigo.

Confirmação: Você pode voltar e conferir todos os passos anteriores. Tudo OK? Salve e continue.

Próximos passos: Agora, é aguardar enquanto seu artigo passa por nosso processo de avaliação. Através do site, você poderá acompanhar o procedimento e, a cada passo significativo, você também será avisado por e-mail.

O processo de publicação

1. O artigo é enviado.

2. O artigo passa por um processo de avaliação. Neste processo, pode haver aprovação, rejeição, um pedido de correção ou melhoria ou, ainda, a recomendação para que seja submetido para outra publicação.

3. Sendo aprovado, o artigo vai para formatação e publicação. Neste processo, pode haver ainda mais pedidos de correção para o autor ou pedidos de complementação do artigo.

4. O artigo é programado para publicação.

5. O artigo é publicado.

Os artigos devem seguir a formatação da ABNT, com as seguintes características básicas:

- Página A4, margens superior, inferior de 3 cm, direita e esquerda de 2,5 cm.

- Preferencialmente, fonte Times New Roman 12, a não ser quando especificado.

- A primeira página deve conter, nesta ordem:

- o título do artigo (fonte 14, negrito, centralizado)

- o nome do autor, com identificação da instituição a que pertence por extenso, separada por um hífen da sigla, seguido pela cidade, estado, país; indicação dos financiamentos de agências

de fomento relacionados ao trabalho a ser publicado quando houver e endereço eletrônico (sem a palavra e-mail) em fonte 10, à direita;

- um resumo do texto, com a palavra RESUMO (esquerda, maiúsculas, negrito), seguido por um texto de, no máximo, 200 palavras (justificado, sem negrito ou itálico). O resumo deve ser traduzido para o inglês, logo abaixo, iniciando com a palavra ABSTRACT.

- fonte Times New Roman corpo 12 (para o texto). Citações e legendas em fonte 10.

INFORMAÇÕES GERAIS

A desconsideração das normas apresentadas implicará a não aceitação do trabalho.

A partir da aceitação, avaliadores selecionados em função da área de especialidade analisarão o artigo de acordo com os parâmetros científicos em vigor. A equipe editorial repassará o parecer ao candidato assim que terminar o processo de avaliação; se o parecer for favorável, mas com ressalvas, o autor receberá os comentários do avaliador a fim de propor novamente seu artigo.

AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO

A aprovação e publicação de trabalhos na Revista Cadernos não dá aos autores o direito de percepção de qualquer retribuição pecuniária, devido à gratuidade na distribuição do periódico. A publicação resguarda os direitos autorais, na forma da Lei.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Os textos aprovados são publicados sem alteração de conteúdo. Os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Os artigos publicados poderão ser divulgados em outros canais, desde que citada a Revista Cadernos, ano, número e data de publicação como primeiro veiculador do trabalho.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

ENDEREÇOS DO TCE-SP

Prédio-Sede e Anexo I

Endereço: Av. Rangel Pestana, 315 - Centro

CEP: 01017-906 - São Paulo - SP

Telefone: (11) 3292-3266

Anexo II

Endereço: Rua Venceslau Brás, 183 - Centro

CEP: 01016-000 - São Paulo - SP

Telefone: (11) 3292-3266



Unidade Regional 1

Araçatuba

Endereço: Av. Café Filho, 402 - Jardim Icaray

CEP: 16020-550 - Araçatuba - SP

Telefone: (18) 3609-9700

Unidade Regional 5

Presidente Prudente

Endereço: Rua José Cupertino, 179 - Jardim Marupiara

CEP: 19060-090 - Presidente Prudente - SP

Telefone: (18) 3226-5060

Unidade Regional 2

Bauru

Endereço: Rua José Francisco Augusto, 5-4 - Jardim Godoi

CEP: 17021-640 - Bauru - SP

Telefone: (14) 3109-2350

Unidade Regional 6

Ribeirão Preto

Endereço: Rua Adolfo Zéo, 426 - Ribeirânia

CEP: 14096-470 - Ribeirão Preto - SP

Telefone: (16) 3995-6800

Unidade Regional 3

Campinas

Endereço: Av. Carlos Grimaldi, 880 - Jardim Conceição

CEP: 13091-000 - Campinas - SP

Telefone: (19) 3706-1700

Unidade Regional 7

São José dos Campos

Endereço: Av. Heitor Vila Lobos, 781 - Vila Ema

CEP: 12243-260 - São José dos Campos - SP

Telefone: (12) 3519-4610

Unidade Regional 4

Marília

Endereço: Rua Professor Francisco

Morato, 381 - Jardim São Geraldo

CEP: 17501-020 - Marília - SP

Telefone: (14) 3592-1630

Unidade Regional 8

São José do Rio Preto

Endereço: Av. José Munia, 5.400 - Chácara Municipal

CEP: 15090-500 - São José do Rio Preto - SP

Telefone: (17) 3206-0800

Unidade Regional 9

Sorocaba

Endereço: Rua Marco Francisco Garcia
Chiuratto, 180 - Jardim Saira
CEP: 18085-840 - Sorocaba - SP
Telefone: (15) 3238-6660

Unidade Regional 10

Araras

Endereço: Av. Maximiliano Baruto, 471 -
Jardim Universitário
CEP: 13607-339 - Araras - SP
Telefone: (19) 3543-2460

Unidade Regional 11

Fernandópolis

Endereço: Rua Maria Batista, 209 - Boa Vista
CEP 15.600-000 - Fernandópolis - SP
Telefone: (17) 3465-0510

Unidade Regional 12

Registro

Endereço: Rua Goro Assanuma, 259, Vila Tupy
CEP 11.900-000 - Registro - SP
Telefone: (13) 3828-7220

Unidade Regional 13

Araraquara

Endereço: Rua Dr. Euclides da
Cunha Viana, 551 – Jd. Santa Mônica
CEP: 14.801-096 - Araraquara - SP
Telefone: (16) 3331-0660

Unidade Regional 14

Guaratinguetá

Endereço: Av. Doutor Ariberto Pereira da Cunha, 1302
Bairro Portal das Colinas
CEP - 12515-241 – Guaratinguetá - SP
Telefone: (12) 3123-2260

Unidade Regional 15

Andradina

Endereço: Rua Pereira Barreto, 1681 - Centro
CEP - 16901-022 - Andradina - SP
Telefone: (18) 3721-7800

Unidade Regional 16

Itapeva

Endereço: Rua Leovigildo de Almeida Camargo, nº 143,
Jardim Ferrari - CEP 18405-100 - Itapeva - SP
Telefone: (15) 3524-4800

Unidade Regional 17

Ituverava

Endereço: Rua Dom Pedro I, 520 – Jardim Morada do Sol
CEP 14500-000 – Ituverava – SP
Telefone: (16) 3839-0943 / 3839-0376

Unidade Regional 18

Adamantina

Endereço: Rua Josefina Dall'Antonia Tiveron, 180 –
Centro - Adamantina – SP - CEP-17800-000
Telefone: (18) 3502-3260

Unidade Regional 19

Mogi Guaçu

Endereço: Rua Catanduva, 145
Jardim Planalto Verde - Mogi Guaçu - SP
CEP 13843-193
Telefone: (19) 3811-8300 / 3811-8339

Unidade Regional 20

Santos

Endereço: Av. Washington Luiz, 299
Boqueirão – Santos – SP
CEP 15055-001
Telefone: (13) 3208-2400



ESCOLA PAULISTA DE CONTAS PÚBLICAS

Presidente Washington Luís

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Direção

Bibiana Helena Freitas Camargo

Equipe

Alessandro César Finardi

Bruna Castilho Marques

Bruno Horota Horioka

Cinthya Harumi Yabasse

Fatima Aniceto Rodrigues dos Reis

Gabriela Giardino Costa Bernardino

Ivan Moncoski Mangano

José Luiz Ribeiro Vignoli Filho

Jurema Fernandes Alves

Marconi Cavalcante Benck

Maria Luiza Costa Pascale

Marina Guglielmetti Ashcar

Maurício de Freitas Bento

Patrick Raffael Comparoni

Rosmary Donadio Tavares

Suane Jesus Aragão

Victor Jung

Edição nº 7.

Esta é uma publicação da Escola Paulista de Contas Públicas “Presidente Washington Luís” do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

cadernos@tce.sp.gov.br

ISSN: 2595-2412