



Parceria Público-Privada

Algumas Notas

ANTONIO FONSECA

Subprocurador Geral da República
Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão
Consumidor e Ordem Econômica

Seminário sobre Parceria Público-Privada

Assembleia Legislativa do Estado do Paraná
Curitiba, PR

Conceito de PPP

- ✓ Contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
- ✓ Finalidade direcionada para a realização de obras e serviços de interesse público.
- ✓ Duração mínima de 5 e no máximo 35 anos.
- ✓ Firmado entre empresas privadas e governos federal, estadual ou municipal.

Diferença entre PPP e concessão comum

- ✓ Na **comum**, o pagamento é realizado com base nas tarifas cobradas dos usuários dos serviços concedidos.
- ✓ Nas **PPPs**, o agente privado é remunerado exclusivamente pelo governo ou numa combinação de tarifas cobradas dos usuários dos serviços mais recursos públicos (Lei 11.079/2004, art. 2º).

Riscos inerentes às PPPs

✓ A PPP contém proposta de compartilhamento de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Riscos dos setor privado (classificação)

✓ Risco da construção

Possibilidade do parceiro privado arcar com o ônus da construção sem poder contar com a remuneração dos futuros usuários.

Riscos dos setor privado (classificação)

✓ Risco do financiamento

Possibilidade de variação da taxa de juros e da taxa de câmbio aliada a falta de crédito do setor público.

Riscos dos setor privado (classificação)

✓Risco de performance

Possibilidade de falhas na operação e manutenção dos bens e dos equipamentos ligados ao projeto.

Riscos dos setor privado (classificação)

✓Risco de demanda

Possibilidade de baixa demanda pelo serviço feito pelo parceiro privado.

Riscos dos setor privado (classificação)

✓ Risco político

Possibilidade de quebra do contrato por mudança de ideologia ou por jogada política.

Crítica de Marçal Justen Filho

- ✓ A Parceria Público-Privada onera os cofres públicos e, pela pouca segurança jurídica, não se mostra atrativo para os investidores estrangeiros.
- ✓ Possibilidade de a licitação ser promovida sem a prévia elaboração dos projetos básico ou executivo por parte da Administração. Mera descrição, pelo Poder Público, dos resultados a serem obrigatoriamente atingidos. Autonomia do particular para escolher os meios e formas de atingir seus objetivos.

Crítica de Marçal Justen Filho

✓ Para ele, essa interpretação é preocupante quando conjugados esse modelo de licitação com a inversão de fases. Justificativa: a Administração contratará, pelo menor preço, com particular sem a idoneidade adequadamente examinada.

✓ O autor observa que em outros países as PPPs tiveram êxito porque cada contratação sempre envolveu minuciosa análise da viabilidade econômica das propostas e detida discussão entre a Administração e os possíveis interessados.

Riscos da Administração Pública (classificação)

✓ Risco de demanda:

Não utilização efetiva do bem/serviço objeto do contrato.

Riscos da Administração Pública (classificação)

✓ Risco de construção:

Compensação pela variação dos custos referentes à constituição ou manutenção do bem associado à parceria.

Riscos da Administração Pública (classificação)

✓ Risco de disponibilidade:

Disponibilização do serviço objeto da parceria em desacordo com as especificações contratuais.

Riscos da Administração Pública (classificação)

✓ Demais riscos:

Flutuação do câmbio, taxa de juros,
valor residual do bem etc.

Críticas ao sistema de Parceria Público-Privada

- ✓ Aumento da corrupção
- ✓ Aumento da dívida pública
- ✓ Retira-se do poder público sua atribuição de formular políticas de desenvolvimento.

Críticas ao sistema de Parceria Público-Privada

- ✓ Desobriga que sejam observadas as limitações de garantias exigíveis do parceiro privado, previstas na legislação em geral.
- ✓ Ausência de critérios objetivos para fixar o montante ou valor das garantias, facilitando casuísmos e dirigismo nas concorrências.

Sistema de Garantias: Penhora

✓ A Lei da PPP determina um regime das garantias em prol do concessionário. Justificativa: necessidade de um sistema de garantias onde os particulares possam obter a efetiva liquidação de eventuais créditos contra a Fazenda Pública.

- ✓ Desconfiança dos investidores,
- ✓ Encargos financeiros elevados,
- ✓ Regime de pagamentos em forma de precatórios.

Crítica de Marçal Justen Filho

✓ O sistema de garantias não é uma anomalia jurídica, pois sempre se admitiu a prática de garantias para o endividamento público.

✓ O aspecto chocante deriva da ausência de credibilidade do Estado brasileiro em face de potenciais credores.

Suposta inconstitucionalidade do art. 8º, I, Lei nº 11.079/04

✓ O artigo permite a vinculação de receitas públicas para garantia das PPPs. Interpretação de que a vinculação de receitas implicaria numa verdadeira penhora de bens públicos.

Suposta inconstitucionalidade do art. 8º, I, Lei nº 11.079/04

✓ As receitas públicas, como bens públicos, não se prestam à execução direta. Os bens públicos das entidades estatais são insuscetíveis de penhora. Há, porém, a possibilidade de emissão de títulos e outros, sem necessidade de o Estado recorrer a institutos que impliquem execução direta sobre os bens vinculados à dívida.

Crítica de Francisco Campos

✓ A vinculação de receitas públicas não significa hipoteca dos mesmos. Significa que os impostos em questão constituem rubrica permanente do orçamento enquanto durar a obrigação resultante do empréstimo.

Prazos de Outorga e Planos Plurianuais de Investimentos

✓ A CF prevê a possibilidade de investimentos cuja execução ultrapasse um exercício financeiro (art. 167, §1), apenas exigindo lei autorizativa e prévia inclusão no plano plurianual.

Possibilidade de Controle Externo “A Priori”

✓ A PPP é uma forma de atuação administrativa do Estado. Logo, se submete a todas as modalidades de controle previstas nos planos constitucional e infraconstitucional.

✓ Ausência de referência expressa na Lei nº 11.079/04 sobre os modos de controle.

Controle Interno

✓ Órgão Gestor.

Dispositivo legal: Art. 14 e seus incisos da Lei nº 11.079/04. O Órgão Gestor exerce fiscalização das parcerias público-privadas, que pode ser prévia ou posterior.

Controle Interno

✓Fiscalização prévia:

Examina os projetos de parceria público-privada, examina a viabilidade de contratação, autoriza a abertura da licitação e aprova seu edital, aprova o Plano de Parcerias Público-Privadas.

Controle Interno

✓Fiscalização posterior:

Examina relatórios referentes à execução de contratos enviados pelos Ministérios e Agências Reguladoras, avalia a execução do Plano de Parcerias Público-Privadas.

Controle Interno

✓ O Órgão Gestor também se submete ao controle externo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas.

Controle Externo

✓ Tribunais de Contas

Competência para sustar a execução de ato administrativo em caso de ilegalidades, se o órgão ou a entidade fiscalizada não adotar as providências necessárias “ao exato cumprimento da lei”. O ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

Controle Externo

✓Tribunais de Contas

Sustar um contrato significa retirar-lhe a eficácia, a produção de efeitos financeiros (pagamento, por ex.) e efeitos executivos (realização do objeto).

Controle Externo

✓Tribunais de Contas

STF: O TCU tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar, examinar editais de licitação publicados e expedir medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

Controle Externo

✓Tribunais de Contas

Fundamento Constitucional: art. 70 da CF.

“Deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelas quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária entre as quais se incluem as contratações de parcerias público-privadas.”

Controle Social

✓ Denúncia de irregularidades:

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (CF, art. 74, § 2º).

Controle Social

✓Consulta Pública:

Submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico. Deverão ser informados a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões (Art. 10, VI, Lei nº 11.079/04).

Controle Social

✓Transparência dos procedimentos e das decisões (Lei nº 11.079/04, art. 4º, V).

Controle Social

✓ Disponibilização de relatórios:

Os relatórios do Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas (Lei nº 11.079/04, art. 14, § 6º).

Controle Político

- ✓ A função de controle político cabe aos Paramentos.
- ✓ Caberá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas examinar, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada, que lhes serão encaminhados pelo Órgão Gestor de Parceria Público-Privadas Federais.

Controle Político

✓ Dependirão de autorização legislativa específica as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública (Lei nº 11.079/04, art. 10, §3º)

Controle Político

✓ Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para o cumprimento do previsto no art. 28 da Lei da PPP (transferências voluntárias).

Controle Político

✓ Outros Instrumentos do Poder Legislativo:

- Proposta de fiscalização e controle
- Audiência pública
- CPI

Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):

✓ É o instrumento pelo qual os particulares formalizam seu interesse em propor estudos, projetos e soluções para a Administração Pública, com vistas à estruturação futura de um projeto de concessão ou de PPP. O PMI tanto pode originar-se de solicitação pública, como derivar de manifestação espontânea e independente de particulares (Lei 11.079/2004, art. 3º, caput e § 1º c/c Lei 8.987/95, art. 21 c/c Lei 9.074/95, art. 31).

Posicionamento do Ministério Público no caso Maracanã:

✓ O MPF e o MPE-RJ propuseram ação civil pública com o objetivo de suspender a licitação da PPP do Maracanã, em 2013. Entre outros pontos, a ação questionou os estudos de viabilidade do projeto. Nesta, o MP se manifestou pela ilegalidade do autor do Projeto de Manifestação Inicial poder participar de licitação de PPP. A IMX foi responsável pelo estudo de viabilidade da concessão, e por este motivo, teria sido favorecida com informações privilegiadas.

Posicionamento do Ministério Público no caso Maracanã (Fundamentos):

✓ A participação do responsável pela elaboração do estudo de viabilidade na PPP afronta o art. 9º, I e II, da Lei 8666 e art. 37, XXI, da CF.

Posicionamento do Ministério Público no caso Maracanã (Fundamentos):

✓ Não poderá participar da licitação o autor do projeto —básico ou executivo—, nem a empresa responsável pela elaboração do projeto. Objetiva assegurar a igualdade de oportunidade aos concorrentes. No caso Maracanã, ocorreu que o edital, que convocou a realização do estudo de viabilidade da concessão do Complexo do Maracanã, contemplou disposição diametralmente oposta.

Posicionamento do Ministério Público no caso Maracanã (Fundamentos):

✓ Embora o estudo de viabilidade não contemple o mesmo nível de detalhamento de um projeto básico, o responsável pela elaboração desse estudo possui um conhecimento mais amplo e profundo da modelagem econômico-financeira da concessão, o que lhe assegura uma vantagem em relação a seus potenciais concorrentes na licitação.

Posicionamento do Ministério Público no caso Maracanã (Fundamentos):

✓ O responsável pelo estudo também possui o poder de selecionar as informações que serão divulgadas a seus concorrentes, podendo optar por omitir ou não detalhar certas informações em seu estudo, que por serem de seu conhecimento exclusivo poderão proporcionar-lhe uma vantagem competitiva no certame.

✓ Fere-se, portanto, o princípio da impessoalidade, que assegura a igualdade de condições a todos os concorrentes na licitação.

Conclusão

- ✓ Todo modelo utilizado para o acesso da iniciativa privada aos negócios do Estado tem alguma utilidade e costuma funcionar.
- ✓ O que prejudica o bom funcionamento de qualquer modelo costuma ser:
 - a) a falta de credibilidade do governo;
 - b) a falta ou deficiência do planejamento.

Muito obrigado!



fonseca@mpf.mp.br

<http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/>

