

**FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO – ENA
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA – TCE/SC
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* EM CONTROLE EXTERNO NAS
CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

ADRIANE MARA LINSMEYER

**A ANULAÇÃO PELO TCE/SC DA PRIMEIRA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
(PPP) DEFLAGRADA NO ESTADO: UM ESTUDO DE CASO**

FLORIANÓPOLIS

2013

ADRIANE LINSMEYER

**A ANULAÇÃO PELO TCE/SC DA PRIMEIRA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
(PPP) DEFLAGRADA NO ESTADO: UM ESTUDO DE CASO**

Monografia submetida ao Curso de Especialização Lato Sensu em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos, da Fundação Escola de Governo – ENA e Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos.

Orientadora: Sabrina Nunes Iocken.

FLORIANÓPOLIS

2013



ADRIANE MARA LINSMEYER

**A ANULAÇÃO PELO TCE/SC DA PRIMEIRA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
(PPP) DEFLAGRADA NO ESTADO: UM ESTUDO DE CASO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo - ENABrasil.

Orientadora: _____

Sabrina Nunes Iocken, Msc.

Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

Coordenação Acadêmica: _____

Claudia Regina Castellano Losso, Msc.

Fundação Escola de Governo ENABrasil

Florianópolis, 02 de outubro de 2013.

O Curso de Especialização em “Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos” é uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, financiado nos termos da Resolução TC 10/2004, sob a Coordenação do Instituto de Contas do TCE/SC, e desenvolvido pela Fundação Escola de Governo - ENA .

Título da Monografia: A anulação pelo TCE/SC da primeira Parceria Público-Privada (PPP) deflagrada no Estado: Um estudo de caso.

Aluna: Adriane Mara Linsmeyer

Orientadora: Sabrina Nunes Iocken

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Sabrina Nunes Iocken, auditora do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, por me acompanhar no desenvolvimento deste trabalho.

À Maria Aparecida Aiko Ikemura, professora na disciplina de controle das concessões nesta pós-graduação e coordenadora de fiscalização de concessões e parceria público-privada do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, pela inspiração do tema e orientações iniciais.

Ao amigo Marco Aurélio Souza da Silva, auditor fiscal de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, por sua contribuição nos detalhes finais do trabalho.

Ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e ao Instituto de Contas – Icon, por proporcionarem condições de aprimoramento profissional e realização pessoal aos seus servidores.

Aos meus filhos, Lucas e Leonardo, pelo carinho e paciência para que a mamãe pudesse estudar.

RESUMO

A prestação de serviços públicos, conforme previsto no art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pode ser realizada diretamente ou por contratação de entidades privadas sob o regime de concessão ou permissão. As contratações públicas possuíam como regra, inicialmente, a lei geral de licitações (BRASIL, 1993). No entanto, diante da necessidade de acompanhar a dinâmica do setor econômico, visando atender o interesse da coletividade, houve a necessidade de ampliar sua atuação, conjuntura que culminou com a edição das leis de concessões (BRASIL, 1995) e de parceria público-privada (PPP) (BRASIL, 2004). Nas contratações tradicionais, atendidas pela Lei nº 8.666/93, a compra de bens, serviços e obras era minuciosamente detalhada e possuía critérios rígidos para aquisição de insumos utilizados na prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado. Com a ampliação da prestação de serviços e a necessidade de parceria com o setor público, surgiu a Lei nº 8.987/95, regulamentando as concessões entre os setores público e privado, sendo este o prestador de serviço. Considerando que algumas necessidades ainda careciam de amparo nessas legislações, foi editada a Lei nº 11.079/09, que permitiu a contratação de serviços com maior liberdade ao setor privado na escolha das soluções para o alcance dos objetivos pretendidos pelo setor público e com garantias de rentabilidade em negócios que inicialmente seriam inviáveis sem a participação financeira do Estado. Foram viabilizados, assim, projetos que necessitavam de elevada monta de investimentos e, por consequência, prazos mais amplos e estabelecimento de critérios de eficiência e distribuição de riscos, como metas de atuação dos parceiros. Em Santa Catarina, o primeiro Edital de PPP, autuado sob o nº 051/2007, foi lançado pela Companhia Águas de Joinville para contratação de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, visando a prestação de serviços na área de saneamento básico. O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, por sua Diretoria de Controle das Licitações e Contratações (nas inspetorias técnicas de engenharia e jurídica), pelo Ministério Público junto ao Tribunal e pelo Relator do processo, procedeu à análise prévia desse Edital e apontou desconformidades com a legislação específica de contratações (Lei nº 8.666/93) e PPP (Lei nº 11.079/04). Determinada a adoção de medidas corretivas, durante a tramitação do processo, o responsável deixou de supri-las, não obtendo êxito a contratação. Nesse cenário, o presente trabalho visa aprofundar a análise dos motivos que resultaram no insucesso da primeira parceria público-privada do Estado de Santa Catarina, identificando de que modo o Tribunal de Contas do Estado pode atuar na viabilização das PPPs.

Palavras-chave: Parceria público-privada. Tribunal de Contas do Estado. Motivos da anulação do Edital.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	DELINEAMENTO METODOLÓGICO DA PESQUISA	10
3	REFERENCIAL TEÓRICO	11
3.1	FORMAS DE CONTRATAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CARÁTER COMPETITIVO DAS LICITAÇÕES	11
3.2	ASPECTOS CONCEITUAIS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	12
3.3	ASPECTOS ECONÔMICO-FINANCEIROS DO PROJETO	14
3.4	DEFINIÇÃO DO OBJETO DA PPP.....	16
3.5	REPARTIÇÃO DE RISCOS.....	18
3.6	PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS NAS ANÁLISES DE EDITAIS DE CONCORRÊNCIA.....	20
4	NATUREZA DA CONTRATAÇÃO.....	23
5	ESTUDO DE CASO	25
6	DETALHAMENTO DOS MOTIVOS DA ANULAÇÃO DO EDITAL DE PPP.....	30
6.1	PROJETO BÁSICO.....	30
6.2	COMPETITIVIDADE NA LICITAÇÃO	32
6.3	LICENÇAS AMBIENTAIS.....	33
6.4	SUSTENTABILIDADE DO PROJETO	34
6.5	DA CONSULTA PÚBLICA OU AUDIÊNCIA PÚBLICA.....	39
6.6	PLANO DE SANEAMENTO BÁSICO	40
6.7	REAJUSTAMENTO CONTRATUAL	41
6.8	MATRIZ DE RISCOS DO CONTRATO.....	42
6.9	ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NAS CONTRATAÇÕES POR PPP.....	43
7	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

Ao avaliar um projeto de investimento do setor privado na Administração Pública, o Tribunal de Contas do Estado considera o seu planejamento, analisa os aspectos econômicos e financeiros, bem como a sua repercussão para a sociedade e o meio ambiente, identificando conjuntamente a forma mais adequada para sua contratação.

Nesse contexto, a contratação por parceria público-privada (PPP) requer conhecimentos de análise de mercado, análises econômico-financeiras, análise política do impacto social para o Governo e a sociedade de forma geral, que devem ser consideradas pelos órgãos que acompanham sua elaboração, fiscalização e regulação, sejam as Agências de Regulação, Tribunais de Contas e Poder Concedente.

As formas de contratação possuem caracterização e fundamentação na Lei de Licitação (BRASIL, 1993), Lei de Concessões (BRASIL, 1995) e Lei de Parcerias Público-Privadas (BRASIL, 2004), como exigências de documentação, regras de relação entre as partes e remuneração do contratado.

Em sede de contratações, os Tribunais de Contas necessitam atuar com uma visão ampla do negócio, sendo necessário, além do fortalecimento dos mecanismos tradicionais, como o exame da legalidade dos atos de ordenamento de despesas e a análise formal de prestações de contas, o desenvolvimento de técnicas de auditoria para que seja aferido o alcance e a efetividade dos resultados da PPP (CALIXTO, 2008).

Considerando as atribuições legais e institucionais do Tribunal de Contas, bem como seu compromisso social, é imperativo e oportuno que o mesmo esteja preparado para atuar no acompanhamento das contratações por parceria público-privada que o Estado de Santa Catarina tenha interesse em realizar.

Os procedimentos licitatórios que regem as concessões e as PPPs possuem características próprias, sendo que a aplicação da Lei Federal nº 8.666 (BRASIL, 1993), lei geral de licitações, nos termos do seu art. 124, é aplicável tão somente no caso da inexistência de conflito entre as legislações.

A contratação objeto do presente estudo de caso relaciona-se ao Edital de Concorrência nº 051/2007, da Companhia Águas de Joinville, visando a contratação de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, para a prestação de serviços na área de saneamento básico. Não obstante tenha sido o primeiro edital de PPP analisado pelo TCE/SC, a contratação não se efetivou devido à anulação da licitação.

O esforço empreendido pela pesquisa objetiva conhecer os principais motivos do insucesso da contratação, identificados nos relatórios técnicos, no voto do relator, no parecer do Ministério Público, nos procedimentos adotados pelo gestor no decorrer da tramitação e nas decisões do referido processo. Busca-se, assim, delinear qual a contribuição desta experiência para o Tribunal de Contas de Santa Catarina nas futuras análises de PPPs.

A escolha desse tema teve origem na disciplina de controle das concessões, que apresentou a metodologia de análise utilizada pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais e suscitou questionamentos sobre a experiência do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em contratos de parcerias público-privadas.

Santa Catarina não possui contratos por PPPs. A Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004) está às vésperas de completar 10 anos de existência, mas sua aplicação ainda gera muitas dúvidas quanto aos aspectos legais e econômico-financeiros, pois representa ainda uma mudança de gestão pública, onde a negociação competitiva, a maior liberdade de procedimentos e a formação de uma parceria com o setor privado não suportam a rigidez na definição detalhada do objeto e das regras procedimentais por parte da Administração Pública, que estabelecem a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).

Cabe ao gestor público empregar a forma mais adequada de contratação a cada serviço ou investimento que necessita realizar e aos Tribunais de Contas disporem de condições de desempenhar seu papel de orientador e fiscalizador neste processo.

Pontuando acerca do aspecto do papel dos Tribunais de Contas na fiscalização de contratos, durante o Encontro Técnico Nacional de Auditoria de Obras Públicas (ENAOP), realizado em 2011, Ikemura (2011) apresentou um trabalho por meio do qual considerou ser “inegável a responsabilidade dos Tribunais de Contas ao fiscalizar os contratos de PPP, principalmente considerando os altos valores envolvidos e o longo prazo desses contratos que impactarão gerações”.

Outra contribuição relevante trazida por Ikemura (2011) foi a de que os órgãos de controle precisam se preparar, não para permitir ou não PPP, mas, sim, para assumir seu papel na condução e nos resultados que este instrumento terá no país.

Na seara do Estado de Santa Catarina foi editada a Lei nº 12.930 (SANTA CATARINA, 2004), que dispõe sobre PPP. Foi, ainda, constituída uma instituição visando à promoção e o desenvolvimento de PPPs, a SC-Par. A Lei nº 15.500 (SANTA CATARINA, 2011) alterou o nome da SC Parcerias S.A. para SC Participações e Parcerias S.A. – SC Par, e estabeleceu como objetivos:

- I - promover a geração de investimentos no Território Catarinense;
- II - coordenar, implementar e apoiar o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado de Santa Catarina;
- III - comprar e vender participações acionárias, podendo constituir empresas com ou sem propósito específico, firmar parcerias e participar do capital de empresas públicas ou privadas; e
- IV - desenvolver e gerenciar programas e projetos estratégicos de Governo.

Deste breve relato, percebe-se que o Estado de Santa Catarina está constituindo uma estrutura voltada para a viabilização das PPPs, sendo oportuno e necessário que o Tribunal de Contas do Estado acompanhe estas mudanças.

As parcerias público-privadas surgem num cenário de crescimento econômico, da necessidade de se investir em infraestrutura e assegurar a prestação dos serviços públicos de forma adequada, ciente de que os Estados e municípios encontram limitações na obtenção dos recursos financeiros e na legislação que controla seu endividamento - Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000) -, considerando ainda o constante surgimento de inovações procedimentais e tecnológicas.

A retirada da obrigação de investir da mão do Estado para aumentar a oferta de serviços públicos iniciou com o surgimento da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995), que tratou das concessões e permissões de serviços públicos, regulamentando, assim, o artigo 175 da Constituição Federal, ao estabelecer regras para que esses serviços fossem transferidos à administração da iniciativa privada, com o propósito de mantê-los, ampliá-los e adequá-los a padrões de excelência, sem embargo da titularidade e do poder/dever de fiscalização (TOLOSA FILHO, 2012).

A parceria para novos investimentos na Administração Pública é com o setor privado, sendo as PPPs uma das possíveis formas de realizá-la, estando a viabilização e o sucesso atrelados à adequada estruturação do projeto de negócio e à atuação dos Tribunais de Contas e das Agências de Regulação.

2 DELINEAMENTO METODOLÓGICO DA PESQUISA

No presente trabalho, será utilizada como delineamento metodológico a pesquisa bibliográfica-documental, voltada para os registros escritos existentes sobre o universo do tema em questão.

Esse tipo de pesquisa lida com o caminho teórico e documental já trilhado por outros pesquisadores e, portanto, afinado com os propósitos da atividade de pesquisa, de modo geral. A adoção da metodologia compreende dois momentos. Primeiro, destaca-se a compilação do material disponível em livros, revistas, dissertações e teses, publicações avulsas, *site* na *internet* etc. Em um segundo momento, o fichamento, que consiste no registro das observações consideradas pertinentes pelo pesquisador na leitura e análise do material pesquisado.

A pesquisa bibliográfica procura explicar um problema a partir das referências teóricas publicadas e comentadas. Ela pode ser independente ou parte de outros tipos de pesquisa. Já a pesquisa documental utiliza a mesma técnica, porém com documentos não publicados.

A partir da utilização do método citado, a pesquisa será realizada com base nas bibliografias indicadas nas referências do presente estudo, todas existentes na Biblioteca Nereu Corrêa, do Tribunal de Contas de Santa Catarina – TCE/SC, consistindo na leitura de livros e periódicos relacionados ao tema proposto.

Além disso, destaca-se que também serão consultados *sites* da *internet* especializados no assunto e de autores de referência.

A pesquisa utilizará o método dedutivo, que parte de uma proposição universal ou geral para atingir uma conclusão específica ou particular.

Desenvolvendo a mesma linha de entendimento, Pasold (2000, p. 92) aponta que o método dedutivo pede a

[...] seleção prévia de uma formulação geral que será sustentada pela pesquisa e, por conseguinte, terá tal dinâmica exposta em seu relato de pesquisa [...]. A sua utilização sofre um claro condicionamento do direcionamento que o pesquisador vai conferir ao [...] tema que foi anteriormente estabelecido, ou seja, ele tem uma prévia concepção formulativa sobre o objeto de sua investigação.

Em uma pesquisa científica, muitas vezes o pesquisador estabelece seu raciocínio de forma com que as primeiras considerações acerca do problema sejam consideradas universais ou gerais para, em seguida, analisar o problema de forma específica ou particular. Daí a opção pelo método dedutivo utilizado no presente trabalho.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

Os principais aspectos técnicos e jurídicos da anulação do Edital nº 051/2007, objeto deste estudo de caso, serão fundamentados em leis específicas, obras e artigos, buscando-se identificar suas repercussões para a viabilização dos contratos por PPP.

3.1 FORMAS DE CONTRATAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CARÁTER COMPETITIVO DAS LICITAÇÕES

Em meio a um cenário econômico de inflação galopante, instabilidade econômica e de recursos tecnológicos limitados, que impactavam seus efeitos sobre a Administração Pública, surgiu a Lei de Licitações (BRASIL, 1993) para atender a uma necessidade administrativa, tendo como foco as obras públicas. Essencialmente, suas regras e limitações visavam assegurar o controle e estabelecer garantias na contratação com o Poder Público.

Com a Administração Pública incumbida da prestação do serviço, a Lei de Licitações estabelecia as condicionantes que permitiam a obtenção de obras, equipamentos, matérias e serviços, que consistiam nos insumos de produção da sociedade.

Devido à amplitude dos serviços considerados públicos e à escassez de recursos para viabilizar a prestação direta, a Administração Pública necessitou buscar o apoio financeiro, tecnológico e a expertise do setor privado, concedendo a prestação do serviço, que por sua natureza poderiam ser prestados por terceiros, o que gerou a necessidade de leis que determinassem como se daria a relação entre Administração Pública e administração privada em prol dos serviços públicos à população, surgindo então a Lei de Concessões (BRASIL, 1995) e a Lei de PPPs (BRASIL, 2004).

Desenvolvendo importante consideração sobre essa questão, Sundfeld (2011, p. 22) traça uma análise histórica do surgimento da Lei de PPPs:

Com o fim da ditadura Militar e, especialmente, a edição da Constituição de 1988, o país ingressou em um período de valorização da licitação como requisito das contratações públicas. Houve, a respeito, uma sequência de textos: primeiro o Decreto-lei 2.300/1986, que criou o Estatuto das Licitações e Contratos; depois a Constituição de 1988, que constitucionalizou o dever de licitar e o impôs também as empresas estatais (arts. 22, XXVII, 37, XXI e 173); por fim, a Lei 8.666/1993, que editou um novo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (Lei de Licitações). Todas estas normas são anteriores ao ciclo das parcerias – e, portanto, foram feitas tendo como preocupação central os contratos (o chamado contrato de obra). O resultado foi uma disciplina normativa exigindo rigidez no procedimento, objetividade absoluta no julgamento (em regra, feito pelo menor preço) e a definição

prévia pela administração, de todos os detalhes das prestações do contrato; ademais, proibiu-se a inclusão de financiamentos entre os encargos do contratado.

É possível observar que essa rigidez da Lei nº 8.666/93 não é mantida pela Lei de PPPs que, apesar de se reportar a alguns de seus artigos no que se refere ao processo de contratação e, em outros, à Lei de Concessões, veio atender à necessidade de maior autonomia ao particular nos meios necessários à prestação do serviço, especificando com maior ênfase a finalidade que se deseja com a contratação, permitindo identificar a responsabilidade das partes envolvidas em contratos que podem ter prazos acima de cinco e até o limite de trinta e cinco anos, com investimentos de grande monta, no mínimo de vinte milhões de reais.

Além de possibilitar as contratações dos serviços das mais diferentes naturezas, visando o atendimento das necessidades da população e o desenvolvimento estrutural e tecnológico das regiões do país, na busca do parceiro privado que ofereça a melhor solução, adequada às possibilidades da Administração Pública e dos usuários do serviço, o caráter competitivo que caracteriza as licitações deve ser observado em todas as formas de contratação.

A amplitude da competitividade está relacionada ao modo como a Administração Pública viabilizará a participação dos particulares nos processos licitatórios, adotando cuidados que assegurem sua integridade financeira, a prestação adequada do serviço e nos limites que ainda estimulem o interesse em investir no setor público.

3.2 ASPECTOS CONCEITUAIS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas são contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e um parceiro privado, constituído sob a forma de Sociedade de Propósito Específico (SPE)¹, tendo como foco principal a prestação de um serviço, permitindo ao particular propor e executar a solução mais vantajosa, que atenda aos interesses do parceiro público, do parceiro privado e dos usuários.

Na lição de Sundfeld (2007, p. 20), PPP é definida, em sentido amplo, como “múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecido entre a administração pública e

¹ Inovação nas PPPs – constituída antes da celebração do contrato, é uma empresa constituída para prestar exclusivamente o serviço do exclusivo contrato e PPP, por facilitar desta forma a origem dos recursos e saber se são suficientes para a realização dos investimentos, bem como viabilizar a segregação de riscos e a ampliação da transparência na Gestão (RIBEIRO, 2007).

particular para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral”.

Considerando os aspectos comuns das concessões regidas pela lei (BRASIL, 2004), também é possível definir PPP, conforme Ribeiro (2007, p. 30), como “contratos pelos quais se exige do parceiro privado investimento considerável na implementação ou melhoria de uma infraestrutura, cuja amortização e remuneração se obtêm por meio da exploração (operação e manutenção) dessa infraestrutura pelo mesmo parceiro privado”.

No mesmo sentido é o entendimento do Banco Mundial, para quem a PPP é definida como “a long-term contract between a private party and a government agency, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility”.² (WORLD BANK, 2012, p. 11).

Destarte, verifica-se que as PPP são formas de concessão que possuem características diferenciadas, visando atender a necessidade da Administração Pública de viabilizar negócios com a iniciativa privada, com aspectos não respaldados na lei de licitações (BRASIL, 1993) e lei geral das concessões (BRASIL, 1995).

Não obstante as definições doutrinárias, o legislador também se preocupou em estabelecer expressamente o conceito de parceria público-privada, inserindo-o no art. 2º da Lei Federal nº 11.079 (BRASIL, 2004), cujo dispositivo legal a define como “o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa”.

A parceria público-privada classifica-se como Patrocinada quando a concessão de serviços públicos de que trata a Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995), precedida ou não de obras públicas, envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, tarifa mais subsídio parcial; e Administrativa quando 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, seja subsidiado integralmente pelo parceiro público (BRASIL, 2004).

Os procedimentos para contratação de uma PPP iniciam-se com a seleção dos projetos considerados prioritários para o Governo, seguidos da modelagem geral do projeto (escopo de desenho institucional, de premissas técnicas, econômico-financeiras e jurídicas). Além disso, é realizada uma análise de custos e benefícios sobre a forma de prestação direta pelo ente

² “contrato de longo prazo entre um parceiro privado e um parceiro público, para prestação de um serviço público, com repartição significativa de riscos e responsabilidades”.

público ou sua transferência a um parceiro privado, concluindo-se pela justificativa da conveniência e oportunidade desta forma de contratação (RIBEIRO, 2007, p. 53).

3.3 ASPECTOS ECONÔMICO-FINANCEIROS DO PROJETO

Os projetos que geram receitas suficientes são considerados autossustentáveis e podem ser implementados sob a forma de concessão comum, desde que caracterizados como serviços públicos. Já os que apresentam sustentação parcial são implementados sob a forma de concessão patrocinada ou administrativa (PPP) e os que, pela incapacidade de geração de receitas, dependem do pagamento integral pela Administração Pública devem ser contratados sob a forma de concessão administrativa (PPP) ou pelo regime geral das contratações administrativas (BRASIL, 1993; RIBEIRO, 2007, p. 33).

Identificar a sustentabilidade requer a realização de estudos financeiros e econômicos do projeto, objeto a ser contratado, possibilitando realizar o orçamento do capital, que permitirá a análise da atratividade do particular em investir, com ou sem a participação financeira do ente público.

Outro ponto importante diz respeito ao orçamento do capital, que consiste no processo de ordenamento das premissas e informações que visam à montagem do fluxo de caixa projetado para a tomada de decisão de investimento de longo prazo. Citam-se, como exemplo, a análise de mercado, a análise de custos, a análise da carga tributária, a análise de preços a serem praticados, a análise de financiamento, a elaboração do fluxo de caixa e a determinação do custo de capital (LEMES JUNIOR. et al., 2002).

A atratividade do negócio pode ser identificada por algumas técnicas de análise financeira. As técnicas citadas neste estudo de caso foram Valor Presente Líquido (VPL), Custo de Capital (WACC) e Taxa Interna de Retorno (TIR).

Valor Presente Líquido – VPL é o valor presente das entradas líquidas de caixa menos o valor presente das saídas de caixa para investimentos, descontadas ao custo de capital da empresa.

Custo do Capital - WACC é a taxa de retorno que levaria o proprietário a investir no projeto, ao invés de optar por uma proposta alternativa; é também conhecido como taxa de atratividade ou taxa de retorno.

Taxa Interna de Retorno – TIR é a taxa de retorno que iguala o fluxo de caixa ao valor de investir no projeto.

Se o projeto oferece um retorno igual ou superior ao capital a ser investido, estará gerando caixa suficiente para pagar os juros e para remunerar os acionistas de acordo com suas exigências. Se a TIR for maior que o custo de capital, significa que a empresa aumentará sua riqueza ao aceitá-lo.

Sendo a TIR superior ao custo do capital, sem a necessidade de contraprestação pecuniária do ente público, o projeto é considerado autossustentável, podendo ser contratado por concessão comum e não como PPP (administrativa ou patrocinada).

Caracterizada a contratação como PPP, cabem alguns cuidados com relação à sustentabilidade e contraprestação por parte da Administração Pública. Uma análise específica de cada projeto e de suas condições é necessária para torná-lo viável. Por regra, o parceiro privado investe seus recursos no período de construção, para, apenas após disponibilizar o serviço, começar a receber a contraprestação pública.

Nas PPPs por concessão patrocinada, o projeto já nasce sem autossustentabilidade, sendo imprescindível que o parceiro público venha a honrar sua contraprestação. Isso se torna ainda mais relevante na concessão administrativa, onde a inteira remuneração do parceiro privado está a cargo do Poder Público (RIBEIRO, 2007, p. 33).

Conhecer a forma mais vantajosa da prestação do serviço pela Administração Pública, diretamente ou por um particular, seria muito adequado para justificar a concessão, porém nem sempre é possível ser mensurada.

Diante da dificuldade de a Administração Pública mensurar os custos globais do objeto do contrato a ser executado diretamente ou repassado à iniciativa privada sob a forma de PPP, busca-se: estimar os custos de implementação do projeto pelo parceiro privado; as receitas a serem geradas; a estabilidade do cenário macroeconômico que permita fazer previsões de prazo mais longo; a conveniência, possibilidade e custos de transferir determinados riscos para o parceiro privado; a possibilidade de estabelecer especificações contratuais e indicadores de desempenho estáveis ao longo do contrato, que possam ser mensurados de maneira fácil e objetiva; a capacidade do setor privado de prestar o serviço objeto da concessão.

Dentre as particularidades das PPPs, podem ser observadas a estrutura econômica dos contratos. Exige-se do parceiro privado um investimento considerável, no mínimo de vinte milhões de reais, na implementação ou na melhoria de uma infraestrutura, cuja amortização e remuneração se obtêm por meio da exploração (operação e manutenção) por prazos mais amplos, podendo chegar a trinta e cinco anos, conforme a necessidade de amortização, tendo como foco principal a prestação de um determinado serviço.

Com efeito, observa-se que a contratação por PPP requer conhecimentos de análise de mercado, análises econômico-financeiras, análise política do impacto social para o Governo e a sociedade de forma geral, que devem ser consideradas pelos órgãos que acompanharão sua elaboração, fiscalização e regulação, sejam as Agências de Regulação, Tribunais de Contas e Poder Concedente.

3.4 DEFINIÇÃO DO OBJETO DA PPP

O objeto deste estudo de caso refere-se ao serviço de esgotamento sanitário, integrante do sistema de saneamento, possuindo como marco inicial a Lei nº 11.445 de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o setor.

As normas editadas pelas entidades reguladoras, relativas às dimensões técnica, econômica e social, conforme definição do art. 23 da Lei Federal nº 11.445 (BRASIL, 2007), são ferramentas que objetivam a eficiência da prestação dos serviços. Ganham importância em um setor como o saneamento básico, que contém importantes falhas de mercado que, nos dizeres de Tolosa (2012), impedem que o livre funcionamento de mercados livres produzam objetivos como a eficiência e a cobertura adequada, entre outros.

Os contratos de PPP objetivam a obtenção do expertise da iniciativa privada e das facilidades na prestação de determinado serviço, com a participação do poder público na remuneração e no acompanhamento do desempenho do particular, em prol do alcance dos resultados pretendidos com a contratação.

Vale registrar que é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, conforme disposto expressamente no art. 2º, III, da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004).

Nos contratos de PPP a finalidade principal é a prestação do serviço, sendo que, para sua execução, atribui-se ao concessionário um arranjo de atribuições, podendo envolver, além da execução da obra, desenvolvimento tecnológico, manutenção e a própria prestação do serviço.

Nas PPPs, é comum a definição do objeto contratado com base nos indicadores de resultado a serem obtidos pelo concessionário. Ademais, os meios (soluções técnicas ou de engenharia) para a execução do serviço ganham maior liberdade por parte do privado, resultando na mudança de algumas regras.

No serviço de esgotamento sanitário, os indicadores de resultado podem se referir à universalização das ligações públicas à rede de tratamento, alcance de padrões de tratamento para despejo do efluente na natureza, sustentabilidade e preservação ambiental da área de atuação.

Enquanto nas contratações administrativas a especificação do objeto é bem delimitada com a exigência de projeto básico das obras como condição da abertura do processo de licitação (art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93), nas concessões comuns e PPPs os elementos de projeto básico (art. 18, XV, da Lei nº 8.987/95) são suficientes (RIBEIRO, 2007, p. 36).

Destaca-se que o projeto básico inclui todos os elementos tecnológicos, econômico-financeiros e legais que permitam a definição do objeto contratado, de forma bem rigorosa, visando delinear as condições econômicas e de concepção para que os licitantes consigam efetuar suas propostas em condições de igualdade e sem qualquer tipo de dúvida (MOTTA; OLIVEIRA, 2011).

Por sua vez, os elementos do projeto básico devem permitir a plena caracterização do objeto, possibilitando: (a) definir claramente os indicadores de desempenho que o concessionário ou parceiro privado deverá cumprir na operação do serviço; (b) estimar com margem de erro, cuja dimensão deve ser estabelecida setor a setor, em vista dos custos de realização dos projetos, os custos de investimentos e operacionais ao longo do contrato, tomando como referência a tecnologia, os materiais, os equipamentos e a forma de implantação que pareça à equipe técnica a mais eficiente (RIBEIRO, 2011, p. 41).

Com a edição da Lei nº 12.766 (BRASIL, 2012), que alterou alguns aspectos da Lei nº 11.079 de 2004, a caracterização do projeto, não mais denominada elementos de projeto básico, exige apenas que sejam especificados como serão definidos os valores dos investimentos do contrato, nos termos do art. 10, §4º:

Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumos valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica” (NR).

Como se percebe, essas mudanças podem ocasionar preocupações à Administração Pública. Porém, como o parceiro privado terá que operar e manter as instalações para a continuidade da prestação do serviço, nos padrões de desempenho exigidos no contrato, fará uso, sem dúvida, de tecnologias, matérias e demais recursos que o previna de gastos elevados

com manutenção e garanta a contraprestação do parceiro público e dos repasses de financiamento ao longo do prazo contratual, que sempre se encontram atrelados.

Desse modo, a prestação dos serviços nos padrões de desempenho estabelecidos nos contratos faz com que a Administração Pública necessite empregar critérios que assegurem uma distribuição de riscos à parte que tenha melhores condições de suportá-los, sendo esta outra característica marcante e fundamental dos contratos de PPP.

3.5 REPARTIÇÃO DE RISCOS

A repartição de riscos pode ser conceituada como o método de antecipar e atribuir consequências de ocorrências futuras a cada uma das partes envolvidas na contratação, de acordo com a capacidade gerencial, visando incentivar a adoção de providências de modo a evitar as repercussões negativas e de empenho nas repercussões positivas (RIBEIRO, 2007, p. 104).

No momento da repartição de riscos do contrato, devem-se relacionar todas as possibilidades que alterem as condições inicialmente estabelecidas, visando manter a satisfação do usuário, identificando quais riscos podem ser assumidos integralmente por cada uma das partes envolvidas e quais devem ser compartilhados, e em quais proporções.

Cada risco possui um “preço”. Dessa forma, torna-se pertinente na análise da distribuição de riscos verificar os aspectos econômicos e financeiros de quem os assume, ou seja, identificar qual parte envolvida na relação contratual consegue assumir o risco e a um custo menor, no caso de sua ocorrência.

Nesse ponto, a Lei de Concessões (BRASIL, 1995), em seu art. 2º, estabelece ao concessionário ou permissionário dos serviços públicos que “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Nas concessões comuns, a remuneração do concessionário se dá pela cobrança da tarifa, que deve ser suficiente para cobrir os custos e remunerar o capital. Nestes casos, os riscos ficam a cargo do concessionário. Os que são previsíveis devem constar do contrato, de modo a evitar aditivos. Aqueles de repercussões positivas, que estimulam a busca da eficiência, como aumento de demanda, incrementando a receita, podem ter suas ocorrências relacionadas a benefícios, como modicidade tarifária e/ou investimentos, agregando ganhos ao poder concedente e usuários.

Há riscos que, por sua natureza, serão administrados de forma mais tranquila pelo poder concedente, a exemplo daqueles relacionados à sua competência, como as desapropriações. Pois, o art. 10 da Lei de Concessões (BRASIL, 1995) e o inciso III do art. 5º da Lei de PPP (BRASIL, 2004) permitem ao agente responsável pela modelagem do contrato de cada projeto que adote o esquema de repartição de riscos que achar mais eficiente (RIBEIRO, 2007, p. 106).

A repartição de riscos é matéria contratual, razão pela qual a Lei de PPP remeteu o assunto ao contrato de concessão (art. 5º, III). O critério tem a ver com a viabilidade econômica, bem como a equação formada pelos encargos e remuneração do concessionário (SUNDFELD, 2007, p. 41).

Porém, é preciso salientar que a repartição de riscos, sob a forma de distribuição de responsabilidades atinentes a contingências futuras envolvidas na execução das concessões, é prevista no inciso VII do art. 18 (BRASIL, 1995), que estabelece que no edital de licitação devem constar “os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço” (GUIMARÃES, 2008, p. 14).

No caso das PPPs, como a receita proveniente das tarifas não é suficiente para remunerar a prestação do serviço e o custo do capital, os cuidados quanto à repartição de riscos devem ser criteriosamente avaliados e designados à parte que melhor comportar em termos de custos. Dentre os parceiros, público e privado, a que terá melhores condições gerenciais e econômicas de resolvê-lo a um custo menor, e/ou em menor tempo, de modo a garantir a continuidade da prestação do serviço nos padrões estabelecidos e de forma a satisfazer os usuários.

A natureza do risco apresenta características diferenciadas conforme a forma de contratação. No caso das concessões comuns, onde consta que o prestador deve desempenhar a atividade “por sua conta e risco”, significa que a remuneração deve ser vinculada à quantidade de utilização do serviço, ou seja, o risco de demanda é do particular, o qual deverá adotar medidas que assegurem ou ampliem a utilização de seus serviços para manutenção ou incremento de seu investimento.

Outras características de riscos estão relacionadas à qualidade e disponibilidade do serviço, ou seja, o serviço concedido deve atender a determinados requisitos de qualidade e disponibilidade que, se não forem observados, podem repercutir na aplicação de multas ou alterar a remuneração do prestador (SCHWIND, 2010, p. 69).

Nas PPPs, como os meios da prestação do serviço ganham maior liberdade por parte do parceiro privado, os resultados da prestação do serviço ganham maior identificação em critérios de abrangência e qualidade, podendo relacionar os níveis de obtenção destes à forma de remuneração, com maior ou menor participação do parceiro público em termos de contraprestação, ou até mesmo revertendo em benefícios aos usuários na modicidade tarifária.

Nesse caso, a modicidade tarifária nada mais é do que os resultados econômicos e financeiros da prestação do serviço que repercutem na redução da tarifa, podendo estimular a utilização do serviço ou simplesmente beneficiar economicamente os usuários.

Nas PPPs, o risco do financiamento da constituição das infraestruturas é arcado pelo concessionário, que somente receberá as contraprestações da Administração após a disponibilidade do serviço, conforme dispõe o artigo 7º (BRASIL, 2004).

Observa-se, assim, que a repartição de riscos desempenha um papel que ultrapassa as questões jurídicas contratuais, quando por suas características assume um fator de motivação na busca de eficiência e do aprimoramento da prestação do serviço e por sua influência nos aspectos econômicos e financeiros do negócio.

3.6 PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS NAS ANÁLISES DE EDITAIS DE CONCORRÊNCIA

Dentre as atribuições do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina destaca-se a análise prévia de editais de concorrência, podendo ser solicitado ao órgão gestor para análise até o prazo previsto no art. 54 da Resolução TC 06 (SANTA CATARINA, 2001). Nos termos desse dispositivo legal, “o Tribunal de Contas poderá solicitar, para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data do recebimento das propostas, cópia de edital de licitação, na modalidade de concorrência, já publicado”.

A atuação dos Tribunais de Contas na análise prévia de editais está inserida na Lei Federal nº 8.883 (BRASIL, 1994), que altera dispositivos da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a qual regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que por sua vez institui normas para licitação nos seguintes termos do 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, antes da abertura das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção das medidas corretivas que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

O modo como será procedida a análise dos editais de concorrência e os efeitos desta constam do art. 55 da Resolução TC 06 (SANTA CATARINA, 2001), consoante se pode verificar expressamente:

O exame de edital de concorrência será feito na forma estabelecida em Instrução Normativa, observando-se em especial o seguinte:

I - ao apreciar o Edital de Concorrência, o Tribunal Pleno:

- a) arguirá as ilegalidades que o ato contiver;
- b) dará ciência da decisão ao gestor da unidade interessada para adoção de medidas corretivas ou anulação da licitação;
- c) determinará o encaminhamento do processo ao órgão de controle competente para considerar as ilegalidades no exame do processo licitatório, do contrato e aditivos respectivos;
- d) poderá solicitar à unidade gestora o encaminhamento ao Tribunal de cópia documental do processo licitatório e do contrato respectivo até o terceiro dia útil subsequente à sua publicação.

Quando da análise dos editais de concorrência se conclui que o referido instrumento apresenta desconformidade com a legislação aplicável à modalidade de contratação, o Tribunal de Contas procede a Diligência visando a adoção de medidas corretivas e justificativas por parte do Gestor. É o que se extrai do inciso II do art. 55 da Resolução TC 06 (SANTA CATARINA, 2001):

II - as medidas corretivas adotadas pelo titular da unidade gestora, quando comunicadas ao Tribunal, serão encaminhadas ao órgão de controle respectivo para consideração no momento do exame do processo licitatório e do contrato, oportunidade em que será instalada a fase do contraditório e da defesa.

Os procedimentos consequentes das análises realizadas pelo Tribunal de Contas, seja na análise prévia de editais, ou demais prestações de contas, decorrem de Decisões que podem ter caráter preliminar, definitivo ou terminativo, conforme art. 12 da Lei Complementar nº 202 (SANTA CATARINA, 2000):

§ 1º Preliminar é a decisão pela qual o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação dos responsáveis ou, ainda, determinar as diligências necessárias ao saneamento do processo.

§ 2º Definitiva é a decisão pela qual o Tribunal julga regulares, regulares com ressalva ou irregulares as contas.

§ 3º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, nos termos do art. 22 desta Lei.

O exame dos contratos e seus aditivos pelo Tribunal de Contas, conforme previsto no art. 56 da Resolução TC 06/2001, deverá ser disciplinado por Instrução Normativa. Dessa forma, foi instituída a Instrução Normativa TC 05/2008, que estabelece procedimentos para exame de editais de concorrência e de pregão realizados pelos Poderes, órgãos e entidades da Administração Pública do Estado e dos Municípios.

Impende registrar que o correto cumprimento das normas legais de contratações decorre da atividade de fiscalização dos Tribunais de Contas, que possuem poderes implícitos para adoção de medidas cautelares corretivas, com vistas a que impropriedades, omissões, falhas, erros ou irregularidades existentes previnam danos ao erário e ao direito dos usuários e da população em geral.

4 NATUREZA DA CONTRATAÇÃO

O objeto do presente estudo de caso consiste na implantação de rede coletora de esgoto, tratamento, operação e manutenção do sistema, em duas das sub-bacias da área de atuação da Companhia Águas de Joinville, concessionária para a prestação do serviço no município.

O esgotamento sanitário compõe um dos quatro serviços enquadrados como saneamento básico pela Lei Federal nº 11.445/2007, assim como o abastecimento de água potável, gestão dos resíduos sólidos e drenagem urbana.

Considerado um serviço essencial e por sua influência direta na saúde da população, a universalização do esgotamento sanitário exige uma atenção especial. Para se ter uma ideia, em 1989, dos 206 (duzentos e seis) municípios de Santa Catarina, apenas 83 (oitenta e três) contavam com rede coletora de esgoto. Dados mais recentes, de 2006, demonstram que pouco ampliou a abrangência deste serviço, pois o índice de atendimento da população total registrava 9,69% e da população urbana 11,88%.³

Diante deste cenário, a fim de atingir a universalização do acesso ao serviço de saneamento, em conformidade com a Lei Federal nº 11.445 (BRASIL, 2007), à integralidade e adequação à saúde pública, à proteção do meio ambiente e às condições locais, Santa Catarina precisa considerar este setor, de grande vulto de investimentos, como prioritário.

A administração pública municipal é titular dos serviços de saneamento básico. Porém, a sua prestação pode ocorrer diretamente pelo poder público, por meio da criação de uma empresa pública ou autarquia, ou ser concedida à administração privada por concessão. O que motiva a escolha do meio mais adequado envolve várias condicionantes, como obtenção de recursos e expertise, conforme explica Niebuhr (2009):

Em muitos casos é inviável a criação de autarquias e empresas estatais para a expansão da estrutura administrativa e sua posterior manutenção, o que leva a desencorajar os gestores de assumir a prestação direta da atividade. Essas autarquias e empresas estatais acabam sem recursos para fazer os investimentos necessários, bem como não conseguem viabilizar financiamentos vultosos, dados os limites de crédito que lhes são impingidos.

É sabido que a Administração Pública possui compromisso de investimentos em vários setores, como saúde, educação, segurança, limitando a possibilidade de investir de

³ Diagnóstico da Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, de abril de 2008.

acordo com as necessidades de setores mais carentes como o saneamento básico, em especial o serviço de esgotamento sanitário. Em virtude disto, a busca da parceria com o setor privado se mostra como uma solução, pela facilidade da obtenção de financiamentos para os investimentos que se fazem necessários. Os resultados desta condicionante podem ser extraídos das lições de Niebuhr (2009):

As concessionárias privadas são responsáveis por um investimento médio, por habitante, de R\$ 39,08 (trinta e nove reais e oito centavos) ao ano no período de 2000 a 2005. As empresas públicas estaduais investiram, na mesma razão, uma média de R\$ 21,55 (vinte e um reais e cinquenta e cinco centavos), enquanto que as empresas públicas municipais, apenas R\$ 10,21 (dez reais e vinte e um centavos). Em suma, as empresas privadas investem em média, quase o dobro das companhias estaduais e 4 vezes o valor dos investimentos das empresas municipais.

Assim, observa-se que as entidades privadas dispõem de facilidades na obtenção de recursos para investimentos no setor, bem como a legislação à qual se submetem possibilita maior liberdade na gestão de pessoas, busca de tecnologias, beneficiando a Administração Pública e toda a população.

A Administração Pública, portanto, deve identificar a forma de contratação mais adequada para cada caso em particular e beneficiar-se das possibilidades que as leis de Concessões e PPPs concedem na fixação de metas, condicionantes e demais fatores que motivam a busca da eficiência na prestação do serviço como forma de remuneração do particular.

5 ESTUDO DE CASO

Conforme salientado no início do trabalho, o primeiro edital de PPP analisado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina foi o de Concorrência nº 051/2007, que deu origem ao processo ECO 07/00442600, da Companhia Águas de Joinville, na modalidade de concessão administrativa, para a prestação de serviços na área de saneamento básico.

A Companhia Águas de Joinville é qualificada como uma sociedade de economia mista, com criação autorizada pela Lei Municipal nº 5.054, de 02 de julho de 2004, concessionária dos serviços de saneamento básico do município de Joinville, nos termos do Contrato de Concessão nº 363/2005.

O Edital nº 51/2007 estabeleceu como objeto a contratação de Parceria Público Privada para execução das obras da implantação de rede coletora de esgotos (158.399m), estação elevatória, linha de recalque e estação de tratamento de esgoto sanitário e serviços de operação e manutenção do sistema (bacias 3.1, 3.2).

A referida sociedade de economia mista apresentou ao TCE/SC, juntamente com o Edital de Concorrência, planilhas *excel* demonstrando a viabilidade econômico-financeira do projeto e a repercussão na receita da concessionária, nos seguintes termos:

- a. faturamento histórico da Companhia Águas de Joinville de janeiro a junho de 2006, nas categorias de consumo para os serviços de água e esgoto;
- b. projeção da receita da área objeto da PPP (zona central e bacias 3.1 e 3.2) no período de 17 anos, vigência da PPP, considerando o início das obras no primeiro mês do ano 1 com 25% das ligações, 75% das ligações no ano 2 e 100% a partir do ano 3;
- c. cálculo para efeito de benefício fiscal da depreciação;
- d. fluxo de caixa 1: rentabilidade do projeto, apresentando uma TIR de 13,02% e demonstrando não haver necessidade de complementação da receita;
- e. fluxo de caixa alavancado: apresentando necessidade de complementação da receita de 6% pela Companhia Águas de Joinville à SPE, resultando numa TIR de 11%, WACC 10% (R\$ 2.667.895,00) e VLP de R\$ 103.016.680,24, e comprometimento da receita total (CAJ) da Companhia Águas de Joinville de 11,55%;
- f. fluxo de caixa, considerando a receita da Companhia Águas de Joinville e o incremento na receita com a PPP, durante os 17 anos, e tendo em vista a receita à época e o crescimento vegetativo no período;

- g. recomposição da capacidade de endividamento da Companhia Águas de Joinville, por mês, em todos os anos de vigência do contrato.

Como forma de delinear o objeto da PPP, foram apresentados projetos arquitetônicos desenvolvidos pela empresa Sihasa Arquitetura e Engenharia Ltda., realizados em novembro de 2001, e projetos complementares realizados em agosto de 2008, detalhando a travessia das zonas 3.1 e 3.2.

Os projetos arquitetônicos desenvolvidos em novembro de 2001 contemplavam:

- a. estação elevatória EE04 – corte, detalhes e perfil extravasor;
- b. interceptor de esgoto, perfil de linha de pressão EE04;
- c. perfil do coletor interceptor 1;
- d. rede coletora de esgoto – articulação geral.

Como forma de estimar a demanda no período de vigência do contrato da PPP, foram apresentados:

- a. quadro de informações identificando a população entre 2000 e 2015, atendimento na 1º etapa, extensão de rede coletora, extensão de rede auxiliar, extensão de rede de recalque, identificação das elevatórias;
- b. mapa geral do município de Joinville e mapa geral da rede;
- c. quadro geral de informações na 3º etapa de implantação até 2018 (dados populacionais e de cobertura);
- d. levantamento topográfico realizado em novembro de 1999 e desenhos executados em fevereiro de 2000.

O Edital e os documentos apresentados pela Companhia Águas de Joinville foram analisados pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, por meio de sua Diretoria de Licitações e Contratos – DLC, especificamente por duas de suas inspetorias, uma com atribuição de análise quanto aos aspectos técnicos e de engenharia e outra quanto aos aspectos jurídicos do instrumento convocatório.

No exame dos aspectos técnicos e de engenharia, colacionados no relatório DLC/INSP. 1/272/07, foram consideradas adequadas as especificações e os projetos para identificação do objeto a ser contratado. Porém, a conclusão expôs o seguinte:

- a. A inexistência de planilhas de orçamento dos serviços de operação e manutenção da SES, de planilhas de composição do custo do tratamento de esgoto (por unidade de volume), indicou datas de elaboração das planilhas defasadas em relação ao lançamento do edital, planilhas de orçamento que não apresentam o

DBI adotado para composição dos preços dos materiais licitados, demonstrando todos estes itens em desacordo com o art. 6º, IX, f, da Lei nº 8.666/93;

- b. Que o edital não contempla o critério de aceitabilidade dos preços máximos unitários (art. 40, X da Lei nº 8.666/93), não estabelece regras para a soma dos serviços comprovados em atestados, exige percentual elevado de atestados para alguns serviços indicados, restringindo o caráter competitivo do processo licitatório (art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93);
- c. Presença de exigências sem representatividade financeira ou relevância técnica; adoção de critérios subjetivos para julgamento da proposta técnica (art. 46, § 1º, I, § 2º, I e II da Lei nº 8.666/93),
- d. Que as licenças ambientais prévias necessárias à viabilidade das obras não foram apresentadas (art. 2º, da resolução CONAMA 001/86 e art. 6º, IX da Lei nº 8.666/93), assim como as diretrizes para o licenciamento ambiental, constante do anexo IV do edital, são insuficientes para caracterizar as exigências dos devidos órgãos ambientais.

No tocante à análise jurídica do Edital, o relatório DLC/INSP. 2/DIV. 4 nº 488/2007, atentou para os aspectos da PPP quanto à necessidade de contraprestação pecuniária e concluiu que os estudos prévios econômico-financeiros demonstravam que o projeto era autossustentável, ressaltando a necessidade de a minuta do edital e do contrato da PPP ser previamente submetida à consulta pública, conforme art. 10, inciso VI, da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004). Além disso, observou a ausência de comprovação de que a previsão orçamentária atendia ao disposto no art. 10, da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004), acrescentando a estas as irregularidades apontadas no relatório da análise técnica e de engenharia.

O Ministério Público junto ao Tribunal (MPTC) se pronunciou pela sustação do procedimento licitatório, acatando as irregularidades apontadas nos relatórios nº 272/2007 e 488/2007 do Tribunal de Contas e acrescentado uma restrição quanto à limitação do prazo para o obtenção de esclarecimentos até 5 (cinco) dias úteis antes da entrega dos envelopes.

O Auditor relator do processo analisou todas as irregularidades apontadas pela área técnica do TCE e MPTC e acrescentou, quanto ao reajustamento contratual, a necessidade de a Companhia Águas de Joinville justificar a utilização do índice IGP – M/FGV para os reajustes referentes a custos com insumos, conservação e manutenção de equipamentos e outros bens móveis ou imóveis, para um mais adequado à perda do valor da moeda no mercado, considerando a natureza dos itens.

O relator também destacou a necessidade de repartição dos riscos entre as partes, mencionado pela área técnica, inclusive referente a caso fortuito, força maior, fato príncipe e álea econômica extraordinária, como exige o art. 5º, III, da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004).

A Decisão nº 3974/2007, de 5/12/2007, elencou todas as irregularidades apontadas pela área técnica, pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e pelo Relator do processo e concedeu o prazo de 15 (quinze) dias para a unidade apresentar justificativas ou adotar medidas corretivas ao exato cumprimento da lei ou anulação da licitação.

A Companhia Águas de Joinville justificou quanto à conveniência e oportunidade da contratação (art. 10, inciso I, alínea “a” da Lei de PPP) por necessitar de aporte financeiro para a execução do objeto da PPP, o que estaria impossibilitada de obter por conta própria, devido ao comprometimento da capacidade de contratar novos financiamentos, e relacionou alguns benefícios à população do município, como:

- a. antecipação da meta de universalização dos serviços de esgotamento sanitário;
- b. coleta e tratamento dos esgotos dos bairros centrais da cidade até 2010, atendendo à demanda da sociedade Joinvillense;
- c. inexistência de ônus adicionais para a população do Município de Joinville;
- d. município de Joinville viabiliza a modelagem alternativa de financiamento, mantendo, entretanto, a gestão dos serviços sob seu controle;
- e. atendimento às demandas do Ministério Público;
- f. atendimento às exigências dos órgãos ambientais;
- g. adoção de métodos, técnicas e processos que garantam a preservação do meio ambiente;
- h. contribuição para a despoluição do Rio Cachoeira.

A Prefeitura Municipal de Joinville autorizou o Poder Executivo a contratar parcerias público-privadas, na modalidade administrativa, para o setor de saneamento básico (Lei nº 5.738, de 04 de abril de 2007).

Por seu turno, a Companhia Águas de Joinville encaminhou publicação de aviso de audiência pública, de 05 de janeiro de 2007, para PPP em jornal local e estudo do diagnóstico da universalização, continuidade e qualidade dos serviços de saneamento básico no município, elaborado no ano de 2006, e plano de investimento para o período de 2007 a 2014.

A Diretoria de Licitação e Contratos, no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, analisou as justificativas e os documentos apresentados pela Companhia Águas de Joinville quanto aos aspectos técnicos e de engenharia (Inspetoria 1), resultando no relatório DLC/Insp. 1 nº 035/2008, e quanto aos aspectos jurídicos do edital (inspetoria 2), resultando

no relatório DLC/Insp. 2 nº 45/2008. Em seguida, concluiu que o Edital permanecia em dissonância com a Lei Federal nº 8.666/93, sugerindo a anulação da concorrência.

Posteriormente, a Companhia Águas de Joinville solicitou prazo para nova manifestação, encaminhando em abril de 2008:

- a. impacto econômico e financeiro da PPP pelo período de 17 anos, tempo remanescente da concessão da Águas de Joinville.
- b. simulação de investimento com recursos próprios da companhia na área de abrangência da PPP, o que resultaria no desequilíbrio financeiro entre o primeiro e o décimo ano.
- c. estudo do tempo necessário à recomposição da capacidade de endividamento da companhia, esgotada por financiamentos contraídos junto a CEF e PAC, o que postergaria os investimentos nas bacias 3.1 e 3.2 por mais 10 anos.
- d. cronograma físico e financeiro dos investimentos já contratados e em andamento para os sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário para o município de Joinville.
- e. fluxo de caixa para o período de 17 anos, que exprime a composição dos custos, das despesas, a receita, os investimentos, os encargos financeiros, entre outros, necessários à execução do projeto PPP. Além disso, a remuneração mínima necessária à PPP.

O TCE/SC procedeu nova análise, de modo que o relatório DLC/INSP. 1 nº 136/08, referente aos aspectos técnicos e de engenharia, concluiu pela dissonância do Edital com a Lei nº 8.666/93 e, quanto aos aspectos jurídicos do edital, o relatório DLC/Insp. 2 nº 302/2008 manteve as desconformidades apontadas nas análises anteriores.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas de Santa Catarina exarou o parecer nº 3.371/2008, acatando o posicionamento do TCE e propondo a anulação do edital de Concorrência nº 051/2007.

Diante disso, o relator do processo concluiu pela anulação da Concorrência nº 051/2007, que deu origem à Decisão nº 2184/2008, cumprida pela Companhia Águas de Joinville com a anulação do Edital da PPP, publicada em 09/07/2008, edição 18.398, página 27, no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina.

6 DETALHAMENTO DOS MOTIVOS DA ANULAÇÃO DO EDITAL DE PPP

Neste capítulo serão relacionados os motivos da anulação do Edital de Concorrência nº 051/2007 aos aspectos bibliográficos das PPPs.

6.1 PROJETO BÁSICO

As informações que definem a amplitude do negócio contratado, possibilitando conhecer de forma detalhada seus aspectos econômicos e tecnológicos, bem como identificar o impacto financeiro-econômico de sua operação para a Administração Pública, fazem parte do que se chama de projeto básico.

Dentre os motivos do insucesso deste Edital, as seguintes irregularidades identificadas referem-se ao projeto básico:

- a. ausência no edital e seus anexos de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, conforme estabelecido no art. 40, §2º, II, da Lei Federal nº 8.666/93;
- b. ausência no edital e seus anexos de planilhas de orçamentos dos serviços de operação e manutenção do Sistema de Esgotos Sanitários (SES), contrariando o disposto no art. 6º, IX, “f”, da Lei Federal nº 8.666/93;
- c. ausência no edital e seus anexos de planilhas de composição do custo do tratamento de esgoto, por unidade de volume, contrariando o disposto no art. 6º, IX, “f”, da Lei Federal nº 8.666/93;
- d. defasagem da data da elaboração da planilha de orçamento dos serviços e materiais licitados, em relação ao lançamento do edital, contrariando o disposto no art. 6º, IX, “f” da Lei Federal nº 8.666/93;
- e. ausência de BDI para a composição dos preços dos materiais licitados, contrariando o disposto no art. 6º, IX, “f” da Lei Federal nº 8.666/93.

As especificações da Lei de Licitações quanto ao projeto básico constam do art. 6º, IX, f (BRASIL, 1993):

Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da

obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

[...]

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Quando da análise deste edital, a experiência do TCE/SC residia nos contratos da Administração Pública regidos pela Lei de Licitações (BRASIL, 1993), nas contratações de fornecedores, obras, serviços, equipamentos utilizados na prestação direta de serviços, o que justificava a rigidez no procedimento, objetividade no julgamento e na definição prévia e detalhada do objeto a ser contratado.

Nas concessões, o foco da contratação é a prestação do serviço, sendo as obras e equipamentos utilizados pelo ente privado para esta finalidade, obtenção dos resultados estabelecidos no contrato de concessão, de interesse do particular, o que não justifica utilizar as mesmas exigências da Lei de Licitações, ainda mais que as leis específicas de concessões e PPPs estabelecem outras condições para adequada contratação.

O questionamento quanto à exigência de projeto básico, nos moldes da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), é considerado como diferenciado para os contratos de concessão por Oliveira (2010, p. 93) pelas seguintes razões:

- a lei excluiu das condições para licitação desse tipo de obra, o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
- menciona que dentre os dados relativos à obra devem estar os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;
- quem executará as obras, por sua conta e risco, é a concessionária, e
- que o edital conterà, dentre outros, o objeto, as metas e o prazo da concessão.

Nos contratos por PPP, a exigência, quando da análise do Edital nº 051/2007 em estudo, consistia nos elementos do projeto básico, que deveriam permitir a plena caracterização do objeto, alterado com a Lei nº 12.766 (BRASIL, 2012), que fala em definição dos valores dos investimentos do contrato, ambas as leis permitindo identificar o projeto em termos econômicos, financeiros e tecnológicos, sem exigências pormenores como nas contratações regidas apenas pela Lei de Licitações (BRASIL, 1993).

As exigências nos moldes do que seria um projeto básico, portanto, não fazem parte dos contratos por PPPs.

6.2 COMPETITIVIDADE NA LICITAÇÃO

Outra inadequação às legislações das contratações administrativas que contribuiu para o insucesso do edital em estudo refere-se à competitividade na licitação, com as seguintes restrições:

- a. ausência de regras sobre a soma das quantidades dos serviços comprovados em diferentes atestados, o que, na licitação em análise, pode configurar restrição indevida da competitividade e afrontar o princípio da isonomia, nos termos do art. 3º, caput, e §1º, I, da Lei (federal) nº 8.666/93;
- b. exigência de percentual elevado de comprovação em atestado(s) para alguns dos serviços indicados, restringindo o caráter competitivo do processo licitatório, contrariando o art. 3º, §1º, I da Lei (federal) nº 8.666/93;
- c. exigência de comprovação em atestado para serviços sem representatividade ou relevância técnica, em afronta ao disposto no art. 30, II, da Lei (federal) nº 8.666/93;
- d. adoção de critérios subjetivos para julgamento e pontuação da proposta técnica, no anexo 2 do edital, contrariando o disposto no art. 46, § 1º, I e §2º, I e II da Lei (federal) nº 8.666/93;

A fundamentação na Lei de Licitações, apontada nos itens da decisão nº 2184/2008, acima relacionados, dizem respeito às dificuldades que se estabelecem como condicionantes nos processos licitatórios, podendo ter como intenção assegurar garantias à Administração Pública de qualificação e competências por parte da contratada. Porém, quando exigidos em demasia, com quantidade e especificações de atestados, sem critérios de pontuação ou justificativas que auxiliem na escolha do vencedor, podem não impactar na prestação adequada do serviço, mas simplesmente afetar a amplitude dos participantes, limitando o caráter competitivo do processo licitatório.

A Lei de PPPs, quanto à qualificação dos participantes para o processo licitatório, traz em seu art. 12:

O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

[...]

§ 2º O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

O caráter competitivo da licitação é a razão de sua existência, de modo que o processo visa contratar a proposta mais vantajosa à Administração Pública. Nos contratos de concessão e PPPs, a visão empresarial, sendo o prestador do serviço um particular, vê no usuário um cliente, podendo um contrato agregar serviços e opções que venham a satisfazer além de suas necessidades, possíveis expectativas.

Dessa forma, a amplitude na participação, o estímulo à competitividade e ao investimento no serviço não podem ser prejudicados com exigências que limitem esta competição, as quais, muitas vezes, em nada afetam o resultado final pretendido.

6.3 LICENÇAS AMBIENTAIS

A viabilidade de um projeto está condicionada à adequação das normas legais e regulamentares, com destaque para as que concebem sua integração ao meio ao qual será inserido - as normas ambientais. Com efeito, um projeto necessita ter sua concretização em sintonia com o meio ambiente e sua sustentabilidade.

Esta viabilidade é concedida por órgãos ambientais competentes, por meio de licenças. O conceito de licenciamento ambiental, conforme Ribeiro (2007, p. 266),

é um procedimento obrigatório prévio à realização de empreendimento ou atividade potencialmente poluidores ou degradadores do meio ambiente. A licença ambiental prévia é a manifestação da autoridade ambiental realizada na fase preliminar de planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

A análise jurídica do edital apontou que as licenças ambientais prévias, necessárias à viabilidade das obras, não foram apresentadas (art. 2º, da resolução CONAMA 001/86 e art. 6º, IX da Lei nº 8.666/93). As diretrizes para o licenciamento ambiental, constantes do anexo IV do edital, foram consideradas como insuficientes para caracterizar as exigências dos devidos órgãos ambientais. Daí ter sido incluída na decisão nº 2184/2008 a não expedição de diretrizes suficientes para o licenciamento ambiental do empreendedor, especialmente no tocante às obras, em descumprimento ao art. 10, VII, da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004).

A exigência de licença prévia para a realização da licitação tem por objetivo evitar a paralisação posterior de projetos por dificuldades no cumprimento das exigências ambientais necessárias à sua implementação.

As exigências de projeto básico e licença ambiental prévia possuem um tratamento diferenciado na Lei das PPPs em relação à Lei de Licitações e à própria Lei de Concessões. Nesse sentido é a análise de Ribeiro (2007, p. 271):

Em relação às obras públicas, a exigência constante do art. 7º, §2º, da Lei 8.666/93, que condiciona a abertura da licitação da obra à disponibilidade do seu projeto básico de engenharia, tem por consequência a avaliação prévia do impacto ambiental da obra, pois conforme os arts. 6º, IX e 12 da Lei 8.666/1993, devem constar do projeto básico de engenharia a avaliação do impacto ambiental e as medidas para o seu adequado tratamento.

Já em relação ao marco legal incidente sobre as concessões de serviço público não há obrigação semelhante. A lei apenas estabelece o dever do poder concedente de estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação (art. 29, X, da Lei 8.987/1995). Contudo, a necessidade do órgão concedente estimar os investimentos a serem realizados pelo parceiro privado e seus custos operacionais antes da realização da licitação, requer que se tenha uma visão clara dos custos envolvidos no cumprimento, pelo parceiro privado, das obrigações de natureza ambiental. Por isso geralmente o poder concedente realiza estudos e levantamentos que permitam estimar os custos de tais medidas antes do início do processo licitatório.

A Lei de PPPs autoriza a realização de licitação de concessão de serviço público, quando envolver obras, baseada apenas em “elementos de projeto básico”, o que não faz sentido exigir licença ambiental prévia, pois a condição para obtenção de tal licença é o desenvolvimento do projeto básico de engenharia. Quando se fala em “diretrizes para a obtenção de licença prévia ambiental” O órgão competente por definir as diretrizes para a obtenção desta licença é o CONAMA, e na resolução 237/1997, art. 10 constam os estudos, levantamentos, análises e outras medidas que o empreendedor deve adotar para a obtenção da licença prévia ambiental.

Portanto, seria necessário constar como anexo do edital a exigência das diretrizes para a obtenção de licença prévia ambiental, nos moldes do órgão competente, em nível Estadual e Federal, conforme natureza e objeto da contratação, no caso do presente estudo, o sistema de esgotamento sanitário.

6.4 SUSTENTABILIDADE DO PROJETO

A análise jurídica do Edital, efetuada no relatório DLC/INSP. 2/DIV. 4 nº 488/2007, cingiu-se aos aspectos da PPP quanto à necessidade de contraprestação pecuniária e concluiu que os estudos prévios econômico-financeiros demonstravam que o projeto era autossustentável.

Esse entendimento não se manteve como irregularidade na Decisão nº 2184/2008, que relacionou todos os motivos da anulação do edital, em virtude da análise do relator do processo.

O relator buscou conhecer os motivos que levaram a Companhia Águas de Joinville a escolher como modalidade de contratação a PPP administrativa (fl. 811 do processo), numa abordagem de gestão, em prol do interesse público e considerando a discricionariedade do administrador e os estudos apresentados. Nesse sentido, destaca-se a precisa observação feita pelo relator:

Como a unidade gestora fez estudos e considerou superavitário o serviço de coleta e tratamento de esgoto sanitário nas bacias as quais se refere a parceria público-privada é pertinente a indagação sobre os motivos que levaram a descartar-se hipótese de concessão comum. No momento em que inexistia a insuficiência de recursos obstaculizadora da modalidade tradicional é salutar sejam apreciados os motivos para a escolha de forma de contratação muito mais favorável ao contratado e mais gravosa para o poder público, pelo menos em tese. Deve-se dizer, inclusive, que eventual argumento que envolva a diluição dos custos do investimento no tempo deve ser apreciado com os olhos da cláusula 18 da minuta do contrato (CD-ROM), que prevê contraprestação a partir do sexto mês após a assinatura do contrato.

A fórmula utilizada para calcular o valor da contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, relacionada ao longo do prazo contratual, mencionada na cláusula 18 do edital, consiste em $CPM = CPFI + CPFO + CPV$, onde:

CPM = Contraprestação mensal (R\$/mês);

$CPFI$ = Contraprestação fixa ofertada pela licitante vencedora (R\$/mês), relativa aos investimentos;

$CPFO$ = Contraprestação fixa ofertada pela licitante vencedora (R\$/mês), relativa ao custo operacional;

CPV = Contraprestação Variável (R\$/mês) = $PU \times VTM$.

No item 18.2 do edital consta que, até que todas as obras mencionadas no anexo IV estivessem concluídas, a contraprestação devida à SPE seria calculada considerando-se um fator de ajuste na contraprestação-base fixa e na contraprestação base-variável, em função da disponibilização das obras e serviços da SPE, nos termos do cronograma e de acordo com o seguinte quadro:

Quadro nº 1: Escalonamento da Contraprestação da SPE pelas Obras e serviços prestados

Período (a partir do início das obras)	Porcentagem da CPFI	Porcentagem da CPFO	Porcentagem da CPV	Fórmula de Remuneração
Mês 1 ao mês 6	0%	0%	0%	$0\% \times \text{CPFI} + 0\% \text{ CPFO} + 0\% \times \text{CPV}$
Mês 7 ao mês 12	25%	25%	0%	$25\% \times \text{CPFI} + 25\% \text{ CPFO} + 25\% \times \text{CPV}$
Mês 13 ao mês 18	50%	50%	100%	$50\% \times \text{CPFI} + 50\% \text{ CPFO} + 100\% \times \text{CPV}$
Mês 19 ao mês 24	75%	75%	100%	$75\% \times \text{CPFI} + 75\% \text{ CPFO} + 100\% \times \text{CPV}$
Do mês 25 em diante	100%	100%	100%	$100\% \times \text{CPFI} + 100\% \text{ CPFO} + 100\% \times \text{CPV}$

Fonte: Companhia Águas de Joinville, Edital nº 051/2007.

A legitimidade da forma de contratação, considerada pelo relator, baseou-se na análise das justificativas apresentadas pelo poder concedente, de modo a identificar as vantagens da concessão administrativa sobre as demais formas de contratação. É o que se extrai das fls. 813 e 814 do processo:

- O fato de uma das fontes de arrecadação destinada ao pagamento da parceria privada ser a tarifa cobrada dos usuários não impede que o serviço seja objeto de concessão administrativa (fl. 175);
- O serviço referente à PPP abrangerá cerca de 10% da população do município de Joinville (fl. 176);
- A tarifa é cobrada pela companhia e não é totalmente repassada à parceria privada, sendo que os valores destinam-se a manter todo o sistema de saneamento básico do município (fl. 176);
- A remuneração do concessionário será toda feita pelo Poder Público (fl. 176);
- O regime de concessão não incentiva a redução do consumo (fl. 178);
- A PPP permite a implementação de serviços e obras em curto prazo (fl. 178);
- Com a PPP haverá antecipação de metas de universalização do serviço de esgoto (fl. 178);
- A contratação de PPP, na modalidade administrativa, tem sido a forma mais utilizada na área de saneamento básico (fl. 179);
- Obras que estão sendo realizadas em outros bairros não asseguram a despoluição do rio Cachoeira (fl. 201);
- Para que a ETE Jarivatuba atenda aos padrões de eficiência exigidos, estando apta para tratar os esgotos provenientes do Centro, bacia 3 e Paraguamirim, esta estação deve ser ampliada e modernizada, atendendo assim 180 mil habitantes (fl. 202);
- Com a PPP a Companhia de Águas permanece à frente da gestão do serviço (fl. 202);

O posicionamento da Diretoria de Licitações e Contratações quanto à legitimidade da forma de contratação por PPP administrativa foi divergente do relator, pois considerou que “se ficar comprovado que a tarifa cobrada do usuário é suficiente para a remuneração do projeto, não deve haver onerosidade para o patrimônio público” (fl. 521).

É possível observar que a análise do relator vai além dos aspectos da sustentabilidade do projeto na identificação das possíveis formas de contratação, já que considera as justificativas apresentadas pela Companhia Águas de Joinville em prol do interesse público e dos benefícios ao setor de saneamento, como o incremento na receita que seria obtida com a exploração da área das bacias 3.1 e 3.2, que permitiria o investimento em áreas mais deficitárias, conforme demonstra o estudo “Universalização, continuidade e qualidade dos serviços de saneamento” (fl. 816).

Quanto aos aspectos de investimento e prazo da concessão, o relator aborda a necessidade de relacioná-los à eficiência do parceiro privado (fl. 817), destacando que:

O responsável alega que a parceria público-privada permitiria investimentos em menor período de tempo, alegação que encontra razoável fundamento, já que o parceiro privado terá que cumprir as metas previstas em contrato para receber a remuneração integral. Quanto ao argumento de que a concessão comum não seria possível porque essa modalidade contratual não incentivaria o concessionário a implantar a política de redução e/ou racionalização do consumo, não há elementos que corroborem a linha de raciocínio e demonstrem a aptidão da PPP para atingir esse desiderato, tendo em conta que a minuta contratual não apresenta previsões relevantes de incentivo à eficiência por parte do parceiro privado, o que considero uma fragilidade na concepção do projeto. Logo, é bem possível que o parceiro privado também não manifeste maior interesse na racionalização, salvo se isso representar redução importante nos custos de manutenção do sistema.

A análise do investimento em relação à área de abrangência do projeto e as possibilidades de administrar a receita obtida com a exploração do serviço, em virtude da forma de contratação concessão administrativa, foi percebida pelo Relator (fl. 820) como uma

possibilidade da companhia Águas de Joinville continuar gerindo o sistema e o fato da estação de tratamento de esgoto Jaribatuba atender outras bacias além daquelas previstas no projeto. Fora isso, a concessão comum limitaria a receita arrecadada nas bacias 3.1 e 3.2 à manutenção dos serviços dessas áreas.

Em relação à viabilidade jurídica da contratação por concessão administrativa, vale registrar a contribuição crítica do Relator:

Sem dúvida é sólida a lição de que as parcerias público-privadas são destinadas a projetos que não sejam financeiramente sustentáveis, como já mencionados na proposta de voto aprovada pelo plenário que determinou a sustação cautelar da

licitação. A viabilidade econômica, portanto, foi o fator determinante para que a unidade justificasse a opção adotada.

Apesar de considerar correta a ideia de que as parcerias público-privadas foram criadas em um contexto de abalo da capacidade de investimento do poder público e que teriam como propósito alavancar recursos privados para projetos paralisados por falta de recurso, parece-me que essa leitura contextual não representa um limite intransponível à discricionariedade do administrador para escolher a forma contratual que melhor atenda ao interesse público.

Depreende-se do entendimento do Relator, acerca da viabilidade de contratar por PPP administrativa o projeto, objeto deste estudo de caso, reside também na ausência de restrição na Lei de PPPs quanto a projetos economicamente atrativos (fl. 818):

Em nenhum artigo da lei 11.079/04 há expressa determinação para que as concessões administrativas sejam utilizadas somente em serviços públicos sem atratividade econômica ou para os quais não haja pagamento de tarifa. Essa vedação foi identificada a partir da interpretação teleológica da lei e apresenta-se problemática quando se aprofunda a reflexão sobre os objetivos subjacentes a novas figuras pensadas pelo legislador para ampliar a capacidade de ação da administração pública.

A par das conclusões do relator, infere-se que são compreensíveis as razões da escolha da contratação prevista no edital, pela Companhia Águas de Joinville, quais sejam (fl. 820):

A PPP abrangerá área em que vive 10% da população de Joinville. A região é considerada prioritária para o aumento dos usuários com capacidade econômica para o pagamento da tarifa, conforme os estudos apresentados. A Companhia Águas de Joinville pretende manter a gestão do sistema como um todo, o que compreende a arrecadação das tarifas e a definição de ações para todo o Município. Para tanto, poderá utilizar-se de eventual crescimento da receita tarifária que exceda o custo da PPP. O parceiro privado prestará o serviço de operação e manutenção do sistema em locais determinados e não terá relação com os usuários, isso porque a Companhia continuará à frente da gestão. Falhas na execução do objeto contratual deverão ser corrigidas com a pronta intervenção da Companhia e do órgão regulador.

O Relator complementa, ainda, o entendimento com o foco adotado pelo Tribunal de Contas, à fl. 820:

Embora este Tribunal de Contas não tenha procurado reproduzir as premissas que embasaram o projeto de PPP, para confirmar as conclusões a que chegou a Companhia Águas de Joinville, a motivação apresentada não denuncia *prima facie* o exercício viciado do poder discricionário. A concessão administrativa foi uma opção para uma área localizada no município, o que se mostra prudente para evitar danos maiores em hipóteses de dificuldades na execução contratual e por se tratar de uma nova forma de contrato. De todo modo, o futuro sucesso da PPP depende da ação efetiva do órgão regulador e da Companhia Águas de Joinville, matéria afeita, contudo, à execução contratual.

Em uma análise macro de gestão, observada nos posicionamentos do relator quanto aos investimentos e benefícios resultantes do sistema de esgotamento sanitário do município de Joinville, conclui pela viabilidade na adoção da forma de contratação prevista no edital, advertindo para alguns cuidados necessários, como estímulo à eficiência (fl. 820):

Em vista do exposto, diante dos elementos contidos nos autos considero admissível a utilização da parceria público-privada na forma de concessão administrativa para o objeto discriminado no edital de licitação. Manifesto, sem prejuízo dessa conclusão, minha preocupação com os esperados ganhos de eficiência que se espera com um contrato dessa ordem. Há previsão de contraprestação com base no custo do serviço e se trata de atividade que consubstancia monopólio natural. Essas duas condições conjugadas podem levar a uma acomodação do parceiro privado na busca de alternativas que ao longo do tempo minimizem aos custos e ao mesmo tempo garantam o melhor serviço. Recomenda-se, portanto, que a unidade avalie a questão para identificar possibilidades que evitem uma indesejada relação entre os parceiros privado e público.

O entendimento do relator do processo quanto à possibilidade de contratação na modalidade de PPP administrativa, sob a ótica da sustentabilidade do projeto, reside nas justificativas expostas pela Companhia Águas de Joinville, que por não possuir condições de investir na região e estar com seu poder de endividamento esgotado, obteria a solução em um parceiro, que seria remunerado por ela, para atuar na região da PPP, tendo como possíveis incrementos na receita a destinação ao investimento no sistema de esgotamento sanitário em outras áreas do município, primando pelo princípio da universalização previsto na Lei nº 11.445 (BRASIL, 2007).

6.5 DA CONSULTA PÚBLICA OU AUDIÊNCIA PÚBLICA

A análise jurídica ressaltou a necessidade da minuta do edital e do contrato da PPP ser previamente submetida à consulta pública, conforme art. 10, inciso VI, da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004).

A abertura do processo licitatório encontra-se condicionada à submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública, nos prazos estabelecidos na lei, em observância à democracia participativa. O mais adequado, segundo FREITAS (2005, p. 30), seria a audiência pública, devido ser a consulta:

Um mecanismo passivo (nada interativo), que se traduz, no geral das vezes, em simples e inócuo envio de sugestões. Mesmo nela, contudo, a rejeição das sugestões deveria ser suficientemente motivada, mas não é o que acontece. Superior é a audiência pública, numa derivação da eficácia plena e imediata do princípio

constitucional da democracia participativa (CF, art. 1º). Por isso, em nada se incompatibiliza com as normas gerais da Lei 11.079/2004, no ponto, a Lei estadual 12.234/2005 do RS, ao exigir a Audiência Pública (art. 6º, § 3º).

A Lei de PPPs, no âmbito do Estado de Santa Catarina (12.930/2004), não se posiciona quanto ao assunto, cabendo a aplicação subsidiária da Lei Federal. Considerando o prazo e o investimento que caracterizam as contratações por PPPs, prudente o atendimento a esta exigência, tendo em vista justificar a aplicação ou não das sugestões, além de prestigiar o exercício da democracia, uma ferramenta de adequar o projeto às expectativas e necessidades dos usuários na busca da eficácia do serviço.

6.6 PLANO DE SANEAMENTO BÁSICO

No processo em estudo, também foi identificada como irregularidade, relacionada na Decisão nº 2184/2008, a inexistência de plano de saneamento básico, considerado condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, nos termos do art. 11 da Lei de Saneamento (BRASIL, 2007):

São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

A mencionada decisão complementou, quanto ao Plano de Saneamento, a não comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, em face da observância contida nos artigos 1º, VII, 11, II, 29, *caput* e 31 do mesmo diploma legal.

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:

I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;

§ 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:

[...]

VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;

Quanto à remuneração do concessionário, considerou aspectos referentes ao subsídio:

Art. 31. Os subsídios necessários ao atendimento de usuários e localidades de baixa renda serão, dependendo das características dos beneficiários e da origem dos recursos:

I - diretos, quando destinados a usuários determinados, ou indiretos, quando destinados ao prestador dos serviços;

II - tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções;

III - internos a cada titular ou entre localidades, nas hipóteses de gestão associada e de prestação regional.

Dentre os serviços públicos de saneamento básico, o presente estudo refere-se ao de esgotamento sanitário, que consiste na coleta, na interceptação, no transporte, no tratamento e na disposição final de esgotos sanitários, incluindo os efluentes industriais compatíveis, bem como lodo e outros resíduos do processo de tratamento.

O relator do processo, ao se posicionar quanto aos apontamentos técnicos, considerou que a obrigatoriedade do plano justifica-se pelo fato de que, além das vantagens de ação planejada, trata-se de uma contratação de longo prazo, de modo que a passagem do serviço a um ente privado deve estar dentro de um contexto imaginado para a melhoria dos serviços de coleta e tratamento de esgoto como um todo, e não apenas na área concedida, área essa que, pelo que se depreendeu dos estudos apresentados, representava a região ocupada pela população com a maior renda.

Dessa forma, o plano deveria apresentar as alternativas para o serviço de esgotamento sanitário para todas as regiões da cidade, identificando a previsão de ações articuladas e não excludentes.

6.7 REAJUSTAMENTO CONTRATUAL

O Auditor relator do processo analisou todas as irregularidades apontadas pela área técnica do TCE e MPTC e acrescentou, quanto ao reajustamento contratual, a necessidade de a Companhia Águas de Joinville justificar a utilização do índice IGP – M/FGV para os reajustes referentes a custos com insumos, conservação e manutenção de equipamentos e outros bens móveis ou imóveis, para um mais adequado à perda do valor da moeda no mercado, considerando a natureza dos itens.

O reajustamento contratual é aplicável nos contratos de prestação de serviços contínuos, e corresponde à denominada repactuação, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação e se vincula não a um índice específico de correção, mas à variação dos custos do contrato (FURTADO, 2007, p. 381).

A vinculação de um índice de correção visa assegurar as condições estabelecidas no contrato e a continuidade do serviço, sendo necessários também alguns cuidados para que esta correção não repercuta em aumento das tarifas aos usuários ou na contraprestação do parceiro privado, no caso das PPPs.

O parceiro privado visa o lucro, de modo que a rentabilidade de seu capital é parte contratual. O reajustamento contratual objetiva acompanhar a realidade econômica, pois índices de atratividade de investimento variam conforme a conjuntura econômica, e os contratos firmados por períodos longos, como no caso das PPPs, que podem chegar a 35 anos, necessitam ser avaliados periodicamente.

Os ganhos de produtividade do contrato podem ser considerados quando dos reajustes, garantindo vantagens não apenas ao prestador do serviço, mas ao poder público e aos usuários. Como exemplo, Furtado (2007) cita a aplicação do Fator X, num contrato do setor elétrico que, com a edição da Lei nº 9.427/96, fez a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL relacioná-lo ao índice de correção utilizado, que era o IGP-M/FGV:

Aplica-se às tarifas apenas um fator de reajustamento anual (IGP-M), calculado pela FGV, com o fim de anular efeitos da inflação. Em seguida, deve ser calculado o fator X a fim de verificar a eficiência dos custos operacionais e a prudência dos investimentos realizados pelas concessionárias, tendo ainda como parâmetro a ocorrência de fatores macroeconômicos, fato que poderá afetar negativa ou positivamente o fator de reajuste anual, vale dizer o IGP-M, e que objetiva compartilhar com o usuário ganhos de produtividade que deveriam ter sido obtidos pela concessionária.

Com isso, observa-se que o estabelecimento do índice de correção visa neutralizar os efeitos da inflação e garantir a prestação do serviço nos padrões contratados. Como forma de assegurar ganhos não apenas ao parceiro privado, mas também às demais partes da relação contratual, além da escolha do índice que melhor represente o setor, neste estudo de caso o esgotamento sanitário, a adoção do fator X pode ser uma solução.

6.8 MATRIZ DE RISCOS DO CONTRATO

O relator destacou a necessidade de repartição dos riscos entre as partes, mencionado pela área técnica, inclusive referente a caso fortuito, força maior, fato príncipe e álea econômica extraordinária, como exige o art. 5º, III, da Lei de PPPs (BRASIL, 2007).

A identificação dos riscos de uma concessão de serviço público é essencial não só para a verificação de sua viabilidade econômica e financeira, como também deve conduzir, do

ponto de vista jurídico, à previsão expressa dos riscos contratuais e dos mecanismos de atenuação contratual destas áleas que sejam relacionados à superveniência de situação fática identificada com os riscos previstos nos estudos prévios à contratação.

Algumas influências que afetem as condições inicialmente pactuadas nos contratos são previsíveis, como reajustes salariais e aumento no índice de preços. Já outras não são previsíveis, como o fato da administração e o fato príncipe, que são atribuídos à própria administração contratante.

O fato da administração, porém, é atitude que irá afetar diretamente a execução do contrato, enquanto o fato príncipe decorre de atos genéricos e abstratos da Administração Pública, igualmente capazes de afetar o equilíbrio do contrato. Já o caso fortuito e a força maior estão relacionados à teoria da imprevisão, que também pode afetar a execução do contrato, como a ocorrência de greve da categoria profissional atuante na atividade fim do serviço ou a compra de insumos prejudicada por alterações nas condições de importação. Esses aspectos constituíram a matriz de risco, estabelecendo responsabilidades das partes contratantes.

Ressalta-se que o risco representa a ocorrência de um evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão, que onera demasiadamente os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes. Grande parte desses eventos é comum a qualquer projeto de delegação de serviço público (v.g. riscos de demanda, financiamento e custos), muito embora não seja possível fazer generalizações.

Cada projeto apresenta peculiaridades que irão influenciar na relevância de um desses riscos. Citem-se, como exemplo, os riscos trabalhistas, que, uma vez identificados, devem ser alocados de acordo com o princípio básico de alocação que propugna que o risco deve ficar a cargo da parte que melhor tenha condições de suportá-lo.

A adoção da matriz de risco nos contratos de PPPs, além de observância à norma específica para esta modalidade de contratação, proporciona maior segurança à continuidade da prestação do serviço, por identificar e obter a concordância prévia da parte responsável por determinadas ocorrências (riscos), permitindo a adoção de medidas preventivas e de soluções em projetos que se caracterizam por longos prazos e elevados investimentos.

6.9 ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NAS CONTRATAÇÕES POR PPP

A atuação dos Tribunais de Contas visa, além do atendimento às normas legais e aos princípios da administração, assegurar o bom desempenho das atividades do setor público,

atuando em sua atividade de fiscalização e, não menos importante, de orientação. O seu papel orientador possui início na normatização, com a identificação de condições, prazos, documentos e procedimentos que devam ser apresentados e analisados na viabilização das ações planejadas pelos gestores, sujeitos à sua fiscalização.

Cada fase de atuação pelo TCE nas contratações tem suas particularidades, de maneira que o resultado de suas análises podem postergar ou até inviabilizar a realização de determinado serviço, muitas vezes essencial à população.

Por conta disso, o sucesso das contratações e dos serviços prestados no setor público possui uma parcela de responsabilidade dos Tribunais de Contas. Prudente, portanto, acompanhar desde a concepção a modelagem do negócio ou projeto, o processo licitatório, com início na análise prévia do edital, e a execução do contrato.

No campo das concessões, além das análises do processo licitatório, faz-se necessário uma análise do negócio em si, da concepção do projeto, da modelagem econômica e financeira. Trata-se de uma visão de empreendedorismo da iniciativa privada com o setor público em busca da formação de uma parceria que objetive o alcance da eficiência e viabilize o desenvolvimento estrutural, tecnológico e social de uma população.

Cumprir registrar, por oportuno, que alguns Tribunais de Contas já possuem instrumentos que buscam proporcionar essa orientação, como o TCE/MG. A Instrução Normativa nº 006/2011, daquele tribunal, dispõe sobre os procedimentos relativos à contratação de empreendimentos de parcerias público-privadas a serem fiscalizadas, conforme se identifica no seu artigo 3:

O Tribunal de Contas acompanhará e fiscalizará todos os procedimentos relacionados à contratação de empreendimentos de PPP, abrangendo as seguintes etapas:

I – planejamento;

II – licitação;

III – formalização do contrato e suas alterações; e

IV – execução contratual.

§1º Cada empreendimento de PPP deverá possuir identificação específica.

§2º A documentação e os arquivos informatizados, relativos a cada uma das etapas definidas nos incisos de I a IV deste artigo. Deverão ser mantidos acessíveis à fiscalização e aos interessados, em arquivos organizados segundo a cronologia dos fatos, com relevância explícita a identificação do empreendimento ressalvadas as informações motivadamente especificadas como reservadas pelo gestor do processo, que possam comprometer o sigilo necessário, em especial, à etapa de planejamento para a contratação de empreendimento PPP.

§3º Em todas as etapas da PPP, previstas no caput deste artigo, deverá ser observada a participação de servidor do Poder Concedente.

Como se pode perceber, a atuação dos Tribunais de Contas, concomitante à estruturação do projeto de prestação do serviço, desde a fase de planejamento, possibilita maior probabilidade de êxito e adequação às normas e aos interesses das partes envolvidas na contratação. A dificuldade, hoje, reside em iniciar a atuação fiscalizatória na fase de edital já elaborado, considerando que sua análise e adequação podem atrasar ou até inviabilizar a conclusão do processo licitatório.

7 CONCLUSÃO

No campo do objeto proposto pela pesquisa, observou-se que o primeiro edital de PPP analisado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, registrado como Concorrência nº 051/2007, que originou o processo ECO 07/00442600, da Companhia Águas de Joinville, na modalidade de concessão administrativa para a prestação de serviços na área de saneamento, teve como enfoque de análise a Lei Geral de Licitações (8.666/93), modalidade praticada nas contratações da Administração Pública.

As parcerias público-privadas possuem características que as diferem das demais formas de contratações regidas pela Lei de Licitações e Lei de Concessões. O foco do seu objeto é representado pelo serviço e os resultados pretendidos com sua prestação, deixando os meios adotados, como projetos, equipamentos e tecnologias, por conta do particular. Os resultados de tais diferenças repercutem, como exemplo, na impossibilidade ou desnecessidade de apresentar projeto básico e licenças ambientais prévias como condição de contratação.

Constatou-se que os principais motivos apontados nos relatórios técnicos, no parecer do relator e nas decisões do TCE/SC, que resultaram no insucesso desta contratação por PPP, consistiram na inobservância do princípio da competitividade da licitação, nas licenças ambientais inexistentes, no projeto sustentável, na consulta pública não realizada (art. 10, inciso VI, da Lei nº 11.079/04), no Plano de saneamento básico inexistente (art. 11 da Lei nº 11.445/07), nos índices de reajustamento contratual injustificados e na inexistência de matriz de risco no contrato.

A competitividade na licitação foi percebida como prejudicada em virtude de inobservância das seguintes exigências da Lei de Licitações (BRASIL, 1993): ausência de regras sobre a soma das quantidades dos serviços comprovados em diferentes atestados (art. 3º, caput, e §1º, I); exigência de percentual elevado de comprovação em atestados para alguns dos serviços indicados (art. 3º, §1º, I); exigência de comprovação em atestado para serviços sem representatividade ou relevância técnica (art. 30, II); adoção de critérios subjetivos para julgamento e pontuação da proposta técnica, no anexo 2 do edital (art. 46, § 1º, I e §2º, I e II).

A competitividade na licitação deve ser observada em qualquer modalidade de contratação administrativa, devido aos princípios constitucionais aos quais os gestores públicos estão subordinados. Nas PPPs, a inovação consiste no fato de que as propostas técnicas sejam justificadas em atos motivados com base nas exigências, nos parâmetros e

indicadores de resultado, definidos de forma clara e objetiva no edital, conforme assentado no art. 12 da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004).

As exigências de projeto básico e licença ambiental prévia possuem um tratamento diferenciado na Lei das PPPs, em relação à Lei de Licitações e à própria Lei de Concessões, pois nesta não há necessidade de o projeto básico estar concluído para que ocorra a contratação, sendo que este é o requisito básico para obtenção da licença ambiental.

Nas PPPs não se exige o projeto básico como condição para contratação, mas sim que estejam definidos os valores dos investimentos do contrato, conforme a Lei nº 12.766 (BRASIL, 2012), que alterou a Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004). Por conseguinte, não são exigidas as licenças ambientais prévias, mas que estejam estabelecidas as diretrizes para sua obtenção, em conformidade com as especificações do órgão competente. O Conselho Nacional do Meio ambiente – CONAMA, na esfera Federal, com a Resolução nº 237/1997, em seu art. 10, define os estudos, os levantamentos, as análises e outras medidas necessárias ao estabelecimento das diretrizes.

A sustentabilidade de um projeto consiste na análise da geração de receitas. Sendo suficientes pela cobrança de tarifas, são considerados autossustentáveis e podem ser implementados sob a forma de concessão comum, desde que caracterizados como serviços públicos. Os que têm sustentação parcial são implementados sob a forma de concessão patrocinada ou administrativa (PPP) e os que, pela incapacidade de geração de receitas, dependem do pagamento integral feito pela Administração Pública devem ser contratados sob a forma de concessão administrativa (PPP) ou pelo regime geral das contratações administrativas (BRASIL, 1993).

O presente estudo de caso demonstrou a sustentabilidade do projeto. Porém, as justificativas apresentadas pelo poder concedente foram além dessa característica, levando em conta a necessidade de um projeto em prol do interesse público e dos benefícios ao setor de saneamento, como o incremento na receita que seria obtida com a exploração da área das bacias 3.1 e 3.2, que permitiria investimento em áreas mais deficitárias. Demonstraram-se as vantagens da concessão administrativa sobre as demais formas de contratação e, ainda, a incapacidade de endividamento ou investimentos da Companhia Águas de Joinville na área de atuação da PPP, pelo prazo de 17 (dezesete) anos restantes de seu contrato com o município, numa análise macro das modalidades de licitação, considerando que os motivos e justificativas viabilizariam a execução deste projeto como uma parceria público-privada.

Salientou-se que a minuta do edital e do contrato da PPP devem ser previamente submetidas à consulta pública, porquanto é uma exigência do artigo 10, inciso VI, da Lei nº

11.079 (BRASIL, 2004). A Lei de PPPs do Estado de Santa Catarina (Lei nº 12.930/2004) não se posiciona quanto ao assunto, restando necessária a observância da Lei Federal.

A consulta pública tem seu caráter social e participativo relacionado à adequação do serviço objeto da contratação às necessidades e possibilidades dos usuários e da região na qual será inserida. Como as PPPs envolvem longos prazos, podendo chegar a 35 (trinta e cinco) anos e com investimentos de elevada monta, no mínimo de 20 milhões de reais, reconhecida está sua importância considerando o impacto destes projetos em termos econômico-financeiros e de desenvolvimento tecnológico e social.

O plano de saneamento básico é considerado condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos neste setor, conforme termos do art. 11 da Lei de Saneamento (BRASIL, 2007). Sendo o serviço de esgotamento sanitário objeto da contratação deste estudo, justifica sua exigência na implementação por parceria público-privada, destacando o prazo de 17 (dezesete) anos e o alcance de metas de universalização e qualidade a serem obtidos com a contratação.

O entendimento da exigência do plano de saneamento pelo relator do processo não se restringiria à área de atuação da PPP, mas sim ao município como um todo, pois os resultados do sistema de tratamento de esgoto de uma localidade só podem obter êxito quando pensados de modo global. Os efluentes do tratamento acabam retornando à natureza e necessitam estar nos padrões exigidos pelas normas para se adequarem às necessidades ambientais e de sustentabilidade.

O estabelecimento de índice de reajustamento contratual necessita de exposição justificando sua utilização, conforme características do setor, os custos dos insumos e produtos utilizados na prestação do serviço.

Neste estudo de caso, foi utilizado o índice IGP – M/FGV para os reajustes referentes a custos com insumos, conservação e manutenção de equipamentos e outros bens móveis ou imóveis.

O posicionamento do Tribunal de Contas do Estado foi no sentido de que a Companhia Águas de Joinville utilizasse um índice mais adequado à perda do valor da moeda no mercado, considerando a natureza dos itens. A justificativa motivada do índice adotado contribui na análise da Corte de Contas para o entendimento de sua adequação ao setor.

A vinculação de um índice de correção visa assegurar as condições estabelecidas no contrato e a continuidade do serviço, sendo necessários também alguns cuidados para que esta correção não repercuta em aumento das tarifas aos usuários ou na contraprestação do parceiro privado, no caso das PPPs.

A inexistência da matriz de repartição dos riscos entre as partes, art. 5º, III, da Lei de PPPs (BRASIL, 2007) foi outro motivo do insucesso desta contratação.

Sendo os riscos ocorrências previsíveis ou não, que podem afetar as condições inicialmente estabelecidas na contratação, com repercussões financeiras aos usuários e até à população de uma localidade, suas identificações, custos e distribuição a quem possuir melhores condições de administrá-los são condições essenciais à continuidade da prestação do serviço e ao alcance dos resultados pretendidos com a Parceria.

Registre-se que os motivos apontados neste estudo de caso como responsáveis pelo insucesso da contratação não foram solucionados ou justificados a contento, resultando na anulação do edital de PPP nº 051/2007.

A análise de um edital de parceria público-privada requer conhecimentos específicos das características dessa modalidade de contratação, análises de investimentos, contabilidade e legislação específica do setor a que se refere, como saneamento, transporte, energia, de modo a avaliar a modelagem do projeto de investimento e identificar sua adequação.

Preocupado com esse cenário, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina iniciou em 2011 a formação de profissionais para análise de editais e projetos de concessões e PPPs, com a pós-graduação em Controle Externo nas Concessões em Serviços Públicos. Porém, o tema não está esgotado e necessita ser objeto de capacitação e aprimoramento contínuos, em razão de sua complexidade.

De outra parte, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina deve dispor de normatização específica para análise das contratações por concessões e PPPs, que identifique as fases de sua atuação, os prazos e oriente os gestores e investidores quanto aos documentos e às informações que devem constar dos projetos de investimentos e editais submetidos à sua análise e aprovação. Tal medida visa contribuir para a estruturação de serviços a serem prestados pelos particulares e para que atendam ao interesse público, sobretudo da população mais carente.

Atualmente, o TCE/SC procede à análise de editais de licitação com fundamento na Instrução Normativa TC 05/2008, que estabelece procedimentos para exame de editais de concorrência e de pregão realizados pelos Poderes, órgãos e entidades da administração pública do Estado e dos Municípios.

O Tribunal de Contas da União (TCU) e o Tribunal de Conta do Estado de Minas Gérias (TCE/MG) contam com Instruções Normativas que dispõem sobre os procedimentos para análise desses editais previamente ao lançamento da licitação. Desse modo, a atuação inicia na fase de planejamento, anterior ao lançamento do edital, na elaboração do projeto de

negócio, o que pode resultar na identificação da modalidade de contratação mais adequada, consideradas as características particulares dos investimentos e serviços a serem contratados.

Verifica-se, assim, que a atuação dos Tribunais de Contas desde a fase de planejamento dos projetos pode evitar a paralisação dos procedimentos licitatórios após serem lançados, além de propiciar maior segurança aos investidores e ao sucesso das contratações.

As parcerias público-privadas ainda não ocorreram no Estado de Santa Catarina, porém deve ser considerada a intenção de entidades financiadoras como o Banco Mundial e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES em não investir diretamente no setor de infraestrutura, mas incentivar que empresas privadas o façam, estimulando tal tipo de contratação.

Portanto, a partir da proposta inicialmente formulada no presente trabalho, de análise do caso concreto, conclui-se que cabe ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina estruturar-se profissional, normativa e tecnologicamente, a fim de que, no exercício de suas competências, possa contribuir efetivamente na condução das contratações de concessões e parcerias público-privadas, objetivando que as mesmas resultem em benefícios ao atendimento das necessidades da população, à qualidade da prestação do serviço, do investidor privado à segurança jurídica e ao regular emprego dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011. 578 p.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: MEC, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 22 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da administração pública e dá outras providências. Brasília: MEC, 1993.

BRASIL. Lei nº 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. Brasília: MEC, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm. Acesso em: 22 jul. 2012.

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: MEC, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 22 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.766, de 27 de Dezembro de 2012. Altera as Leis nos 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.058, de 13 de outubro de 2009, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.420, de 10 de abril de 2002, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.602, de 12 de dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de novembro de 1998, e a Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112766.htm. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO 2261/2011, de 24 de agosto de 2011. Relator: José Jorge. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcor dao=2261&anoA cordao=2011>. Acesso em: 23 jul. 2012.

CALIXTO, Clarice Costa; PROCÓPIO, Luciana Menicucci de Miranda. Uma abordagem panorâmica das Parcerias Público-Privadas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de**

- Minas Gerais**. Ed. 4, 2008. Disponível em:
http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2008/04/-sumario?next=26. Acesso em: 17 jul. 2012.
- DIAGNÓSTICO do Saneamento X Investimento PAC em santa Catarina. Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental. Abes. Abril, 2008. Disponível em:
<http://www.abes-sc.org.br/novosite/images/documentos/SaneamentoPAC.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2013.
- FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPP): Características, Regulação e Princípios. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, jan./fev. 2005.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2008.
- IKEMURA, Maria Aparecida Aiko. **Por que as PPP não decolam?** Enaop 2011. Disponível em: http://servicos.tce.sc.gov.br/enaop/apresentacoes/por_que_as_ppps_ao_acontecem.pdf. Acesso em: 23 jul. 2012.
- LEMES JÚNIOR, Antônio Barbosa; RIGO, Cláudio Miessa; CHEROBIM, Ana Paula Mussi Szabo. **Administração Financeira: Princípios, fundamentos e práticas brasileiras: aplicação em casos nacionais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.
- MOTTA, Cezar A; OLIVEIRA, Pedro J. **A Dimensão do “Projeto Básico” na Concessão**. Encontro Nacional de Obras Públicas. Florianópolis, 2011.
- NIEBUHR, Pedro de Menezes. **As vantagens das concessões públicas e PPP's no saneamento básico**. Elaborado em 01/2009. Disponível em: <http://www.abes-sc.org.br/novosite/images/documentos/SaneamentoPAC.pdf>
- OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha. **Obras Públicas: Tirando suas Dúvidas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.
- SANTA CATARINA, 2001. Resolução N° TC 06/2001, de 03 de dezembro de 2001. Institui o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/web/legislacao/resolucoes/2001>. Acesso em: 23 jul. 2012.
- SANTA CATARINA, 2001. Instrução Normativa N° 01/2001, de 01 de outubro de 2001. Dispõe sobre a instauração e organização de processos de tomada de contas especial. Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/IN01_01.pdf. Acesso em: 23 jul. 2012.

SANTA CATARINA. Lei nº 12.930, de 04 de fevereiro de 2004. Institui o marco regulatório dos programas de parcerias público-privada no âmbito do Estado de Santa Catarina, entre outras providências. Florianópolis, 2004. Disponível em:
<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>. Acesso em: 22 jul. 2012.

SANTA CATARINA. Lei 5.738, de 04 de abril de 2007. Autoriza o Poder Executivo a contratar PPP, na modalidade administrativa, visando incrementar as condições de saneamento básico no município de Joinville e dá outras providências. Disponível em:
<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-ordinaria/2007/573/5738/>. Acesso em: 27 nov. 2013.

SANTA CATARINA. Lei nº 15.500, de 20 de junho de 2011. Define competências e atribuições da SC Participações e Parcerias S.A. - SCPar e estabelece outras providências. Disponível em: <http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>. Acesso em: 22 jul. 2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do Concessionário: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Considerações sobre a parceria público-privada**. Disponível em: <http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=35>. Acesso em: 5 jul. 2012.

WORLD BANK INSTITUTE. **Public-Private Partnerships**. Reference Guide. Version 1.0. Washington, 2012.