

Auditoria de PPP: O Controle Exercido pelo Tribunal de Contas de Portugal *versus* A Fiscalização Exercida pelo Tribunal de Contas da União do Brasil

PPP's Auditing: The control exercised by Portugal's Audit Court versus the examination carried out through the Brazilian Audit Court

João Gustavo de Paiva Pessoa¹

RESUMO

O instituto das Parcerias Público-Privadas (PPP), concebido desde os anos 1960 em solo norte-americano, desenvolveu-se sobremaneira a partir dos anos 2000 especialmente no Brasil e em países da Europa. Em Portugal foi institucionalizado em 2003, enquanto no Brasil legitimou-se essa modalidade de contratação a partir de 2004. Este artigo tem como objetivo principal discorrer sobre a auditoria realizada pelas Instituições Superiores de Auditoria dos citados países buscando efetuar uma comparação no que toca à espécie de controle *a priori*. Ademais, como objetivo secundário, buscou-se demonstrar a importância dos estudos do *Value for Money*, bem como do *Public Sector Comparator* no âmbito das contratações através de PPP. Para tanto, utilizou-se como método de estudo a pesquisa em fontes bibliográficas

¹ Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará, especialista em Auditoria Governamental pela Universidade de Fortaleza e mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E-mail: gustavo@tce.ce.gov.br

físicas e no meio digital, além da pesquisa jurisprudencial sobre o tema, que juntas tornaram possíveis a revisão da literatura. Como resultado, foi possível inferir que o controle prévio está previsto em ambos os ordenamentos jurídicos, porém em escalas diferenciadas. Enquanto em Portugal o visto prévio possui o condão de proibir as eventuais contratações irregulares, no Brasil o controle *a priori* restringe-se à distribuição de recomendações e orientações para a melhoria do processo, tornando, desse modo, o controle prévio mais frágil. Verificou-se, por fim, que no Brasil o foco das auditorias em PPP está voltado para o controle concomitante, conforme disciplina a Instrução Normativa nº 52/2007, do Tribunal de Contas da União.

Palavras-Chave: Parcerias Público-Privadas. Instituições Superiores de Auditoria. *Value for Money*. *Public Sector Comparator*. Controle Prévio.

ABSTRACT

The Public Private Partnerships' (PPP) institute, designed since the 60's of the XX century in the United States, has greatly been developed since the 2000's especially in Europe and in Brazil. In Portugal it was institutionalized in 2003, while in Brazil it was legitimized from 2004. This article aims to discuss about the government supervision carried out by the Supreme Audit Institutions of Brazil and Portugal aiming to compare performances with regard to the previous control. Furthermore, as secondary objective, it was tried to demonstrate the importance of Value for Money and the Public Sector Comparator related to the contracting through PPP. Therefore, it was used as study method the research in bibliographic sources, available in books and in internet, besides the jurisprudential research about the subject that combined made the literature revision possible. As achieved results, it was possible to infer that the

previous control is on the law in both countries, but in different ways. While in Portugal the prior visa has the objective to prohibit irregular procurement, in Brazil the previous control only recommend and advice the improvement of the process, fact weakens the previous audit. At last, it was verified that in Brazil the focus of PPP's audit is on concomitant control, according to the Brazilian regulation.

Keywords: Public Private Partnerships. Supreme Audit Institutions. Value for Money. Public Sector Comparator. Previous Control.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno das Parcerias Público-Privadas (PPP) desenvolveu-se em decorrência da necessidade de racionalização dos recursos públicos, assim como pela busca da eficiência na prestação de serviços públicos e construção de obras públicas com acepção de partilha de riscos entre os parceiros privados e públicos.

O movimento das PPPs foi impulsionado nos Estados Unidos, no decorrer do século XX, destacando-se as experiências na área da educação e aquelas que remontam aos anos 1960 na área do urbanismo (CABRAL, 2009).

Martins (2014, p. 330) complementa ao afirmar:

Alguns autores adiantam que o termo parceria público-privada terá tido origem nos Estados Unidos, aparecendo inicialmente relacionado com a assunção conjunta, pelos sectores público e privado, dos custos dos programas educacionais, e depois, nos anos 50 do século XX, para abranger um fenômeno similar para serviços de utilidade pública, mas o seu

uso tornou-se mais generalizado nos anos 60 com o emergir de *joint ventures* público-privadas para remodelações urbanas.

De acordo com Cabral (apud POMBEIRO, 2009 p. 13), uma PPP é definida como “toda e qualquer forma de colaboração entre o sector público e sector privado [...] que tenha por objeto uma atividade em benefício da coletividade”.

Para Mazza (2012, p. 405), as PPPs são “um instrumento contratual concebido para incentivar o investimento privado no setor público, por meio da repartição objetiva dos riscos entre o Estado (parceiro público) e o investidor particular (parceiro privado). Trata-se de um tipo peculiar de contrato de concessão”.

Cabral (2009) elenca as características do contrato resultante de uma PPP:

Longo prazo, com o desenho, a construção, o financiamento e funcionamento da obra ou serviço; que prevê a remuneração, seja através do Estado ou diretamente pelos utentes; e a quem pertence propriedade do bem ou serviço após o término da parceria.

Pombeiro (2003) ressalta que a PPP consubstancia-se numa relação contratual entre pelo menos uma entidade pública e outra privada para o provimento de necessidades públicas com a gestão de riscos partilhada. O autor também chama atenção para o fato de a entidade privada com fins lucrativos buscar lucro, enquanto aquela sem fins lucrativos almeja ganhos de *Value for Money* (VFM). Já a entidade pública estaria em busca de ganhos de VFM relativamente ao *Public Sector Comparator* – PSC (Comparador do Setor Público).

De acordo com Sarmento (2010), *Value for Money* é uma

das principais ferramentas para os administradores públicos para mensurar o benefício de um projeto através de uma PPP versus o procedimento de aquisição tradicional, pois provém o sector público com uma simples metodologia de estimar custos, benefícios e riscos envolvidos no projeto, podendo ser aplicada em diferentes países e realidades. O VFM consubstancia-se, portanto, na avaliação custo-benefício que os gestores devem medir para saber se o projeto de PPP é mais vantajoso comparado a uma contratação habitual.

Já o PSC pode ser visto como uma das abordagens de avaliação do VFM. Segundo Sarmiento (2010), o comparador do setor público também é fundamentado em estimativas completas de custos, receitas e riscos, estabelecidas em termos de fluxo de caixa, depois descontado o valor dos pagamentos para o parceiro privado. O Comparador do Sector Público é, então, a diferença financeira entre as duas formas de concepção (tradicional e PPP) para o mesmo projeto.

Martins (2014, p. 347) demonstra a importância da utilização das duas ferramentas. Nas palavras do autor, é ainda essencial a avaliação e comparação do modelo PPP com outras alternativas, nomeadamente para a realização de infraestruturas. A esse nível tem de demonstrar e fundamentar as vantagens da utilização do esquema PPP/PFI relativamente a outros tipos contratuais. Nessa equação surge o Comparador do Sector Público a exigir uma prévia comparação entre projetos a executar ou com financiamento público ou com financiamento privado, e a Relação Qualidade-Preço (*Value for Money*).

No Brasil, tanto o VFM como o PSC ainda não são amplamente utilizados, conforme os moldes europeu ou norte-americano, como parâmetros que guiem os ordenadores de despesa

na tomada de decisão que repercute de forma positiva ou negativa na escolha de um projeto através de PPP.

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu o regime jurídico das PPPs em solo brasileiro, subsidiada ainda pelas Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de licitações e contratos) e nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei das concessões e permissões), distinguiu concessão patrocinada e administrativa² e previu em seu art. 10 que as PPPs devem ser precedidas de procedimento licitatório na modalidade concorrência, a mais rigorosa possibilidade prevista no ordenamento pátrio (BRASIL, 1993, 1995, 2004). Para tanto, a abertura da licitação deve estar condicionada a estudo técnico que demonstre a **conveniência e oportunidade** que justifiquem a opção, sem citar designadamente a utilização de métodos como o VFM e o PSC como ferramentas que auxiliem na decisão dos gestores.

Conforme Grilo e Alves (2012, p. 6), a Lei nº 11.079/2004 condiciona a abertura da licitação à demonstração da conveniência e oportunidade do fornecimento dos serviços mediante PPP. Embora essa exigência legal seja aproximadamente equivalente ao conceito de Análise de Mérito do Projeto (*Value for Money*) adotado no exterior, os governantes brasileiros ainda carecem de metodologias de verificação do mérito do projeto em PPP, aplicáveis ao contexto nacional.

Como consequência dessa ausência de instrumentos (VFM e PSC, por exemplo), que conjugados promovem a transparência e buscam assegurar a legitimidade das eventuais opções por contratação via PPP, o controle das despesas públicas, a vistoria ou inspeção exercidos pelos órgãos de controle, in-

2 De acordo com o art. 2º da Lei 11.079/2004, a Concessão Patrocinada é aquela que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada pelos utentes, contraprestação pecuniária pelo parceiro público, enquanto a Concessão Administrativa é aquela em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta do bem ou serviço.

terno ou externo, restam prejudicados no Brasil, haja vista as escolhas balizarem em critérios subjetivos ou pouco objetivos (conveniência e oportunidade).

O objetivo deste artigo será demonstrar as realidades existentes em Portugal e no Brasil no tocante às práticas adotadas pelas suas Instituições Supremas de Auditoria (ISA), notadamente o Tribunal de Contas de Portugal (TDC) e o Tribunal de Contas da União (TCU), destacando as principais iniciativas adotadas em ambas as nações com a intenção de compará-las, nomeadamente no que tange ao visto prévio (controle a *priori*) instituído em Portugal, mas que é utilizado sob outro prisma pelo TCU ou pelos Tribunais de Contas Estaduais em terras brasileiras.

Este trabalho dividido em quatro seções inclui, além dessa breve introdução, a seção seguinte que abordará especificamente a tutela realizada pelo TDC no controle das PPPs em Portugal, destacando-se a utilização do visto prévio quando da análise do *Value for Money* e do Comparador do Setor Público.

A seção 3 abordará a metodologia utilizada pelo Tribunal de Contas da União no Brasil, com base na legislação vigente e na sua jurisprudência. Por fim, a seção 4 traz os resultados alcançados após a análise dos apontamentos expostos ao longo deste artigo.

2 AUDITORIA DE PPP EM PORTUGAL

O regime das Parcerias Público-Privadas foi instituído em Portugal através do Decreto-Lei nº 86, de 26 de abril de 2003, que subordinava a PPP à análise do VFM confrontando as opções possíveis utilizando o Comparador do Setor Público.

Martins (2014, p. 373) ilustra que, no início, nem referência à partilha de riscos, nem a transferência significativa e efetiva de riscos faziam [...] O artigo 2º do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio, viria a introduzir algumas alterações a essa noção, designadamente com a introdução de risco no conceito.

Nesse contexto, destaca-se que o Tribunal de Contas de Portugal (TDC) é o órgão supremo de fiscalização das despesas públicas do País e está previsto nos artigos 209º e 214º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Conforme salienta Tavares (1998, p. 22), “ao longo da História, foi surgindo a necessidade, na generalidade dos Estados, de criar um órgão de controlo financeiro externo e *independente* (relativamente a todas as entidades fiscalizadas) [...] Esta é característica fundamental que apresentam os Tribunais de Contas”.

O TDC é um órgão colegiado e constitucional, ao lado de outros tribunais, como o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Administrativo, sendo, portanto, um órgão de soberania ao qual devem ser aplicados os princípios da independência e da exclusiva sujeição à lei, da coadjuvação, da fundamentação, da obrigatoriedade, da prevalência das decisões e da publicidade (TAVARES, 1998, p. 36).

Sua organização está disciplinada ao longo da Lei nº 981997 (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC) que lhe delega em seu artigo 1º a competência para a fiscalização das receitas e das despesas públicas, além da apreciação da boa gestão financeira. Portanto, em matéria de PPP o órgão nacional incumbido pela sua fiscalização configura-se no aludido Tribunal. Ademais, a lei estabelece como garantidas da sua independência o autogoverno, a inamovibilidade e a irresponsabilidade dos seus juízes e a exclusiva sujeição destes

à lei (TAVARES, 1998, p. 37).

Para realizar isso, o TDC possui jurisdição em todo o território português, conforme consagrado no artigo 214º da CRP, abrange toda a ordem jurídica nacional e engloba a Administração Pública central, regional, autônoma e local, como instituição de controle externo, tendo em vista que o Poder Executivo é o responsável pelo controle interno (Ministro das Finanças e Ministro setorial da área temática). Além disso, dispõe das práticas expedidas pela Intosai (TAVARES, 1998), de acordo com o previsto em *Linhas de Orientações (Guide Lines)* e *Procedimentos para o Desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP* (2008), de autoria do TDC, que devem ir ao encontro daquelas previstas em sua Lei de Organização e Processo.

Ademais, ao efetuar o desiderato constitucional da fiscalização, o TDC pode utilizar as modalidades de fiscalização prévia (controle *a priori*), sucessiva (controle *a posteriori*) e concomitante (CABRAL, 2009), no que se relaciona ao momento da investigação, estabelecidas nos artigos 44º a 50º da Lei nº 98/1997.

De acordo com Tavares (1998), o sistema de Tribunais de Contas adotado em Portugal, Brasil, Espanha, França e Itália, por exemplo diferentemente daquele estabelecido através Auditorias Gerais no contexto dos países anglo-saxônicos, privilegiam o controle *a posteriori* (sucessivo) e em alguns casos a fiscalização prévia.

Nas palavras de Cury (2012), o controle prévio é aquele que antevê a conclusão do ato, como requisito para sua eficácia, enquanto o sucessivo ou posterior designa-se como aquele cujo objetivo é a revisão dos atos já praticados, com o intuito de corrigir, desfazer ou confirmar. A terceira espécie, concomitante, largamente utilizada pelos países que possuem Auditorias

Gerais como Estados Unidos e Canadá (TAVARES 1998, p. 32), acompanha a sequência dos atos, pois incide sobre a atuação administrativa desde o momento da sua origem até seu término.

A Lei nº 98/1997 legitima ao TDC a fiscalização prévia (TAVARES, 1998) foco deste trabalho, em seus artigos 44º a 48º, ao permitir ao Tribunal a apreciação anterior das condições de realização de uma contratação através de Parceria Público-Privada. No que concerne às auditorias de PPP, Pombeiro (2003, p. 252) esclarece:

O âmbito e objeto de uma auditoria PPP/PFI tanto podem ser específicos e pontuais como genéricos [...] Em geral o núcleo central deste tipo de auditorias não é a certificação de valores e contas como sucede nas auditorias financeiras ou contabilísticas. É antes a avaliação das decisões tomadas por diversas entidades nas circunstâncias concretas em que ocorreram. A apreciação sobre o processo da decisão, o seu racional, a sua regularidade, a sua prudência e o bom senso.

Desse modo, percebe-se a importância do visto prévio do TDC diante das decisões a serem tomadas pela Administração Pública quando da realização de uma PPP. A investigação através da análise do custo-benefício indicado através do *Value for Money*, assim como pela análise por meio do Comparador do Setor Público, configura-se como elemento essencial para o sucesso da empreitada. Pombeiro (2003, p. 253) assinala que:

O objetivo comum das auditorias das 'SAI – Supreme Audit Institutions' ou ISA [...] aos contratos PPP/PFI é o de concluir sobre a regularidade, transparência, fundamentação e bom-senso das sucessivas decisões e sobre a realização ou não de VFM para o parceiro público.

Nesse sentido, a atuação do TDC merece destaque no papel do controle exercido sobre as despesas advindas de PPP. Vale ressaltar que o artigo 48º, da Lei nº 98/1997, estabelece que os atos e contratos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal que possuam valor superior a atualmente 350.000 euros devem necessariamente obter o visto prévio, ou declaração de conformidade, sob pena de não produzirem efeitos.

Desse modo, como já descrito por serem contratos de longo prazo, as PPPs normalmente ultrapassam esse valor e, assim, devem ser submetidas previamente ao crivo do TDC.

Cabe destacar a figura do visto preliminar tácito, previsto no art. 85º da LOPTC, cujo ato ou contrato é considerado visado ou declarado conforme se o TDC não tiver decidido pela recusa do visto no prazo de 30 dias após o registro de sua entrada na Corte de Contas.

Desde os anos 2000, o TDC vem implementando sistematicamente e incrementando as auditorias de PPP com fulcro em práticas bem-sucedidas adotadas internacionalmente. Destacam-se na atuação do Tribunal a auditoria da concessão da Lusoponte (Relatório de Auditoria nº 31/2000), a auditoria à gestão das PPP – Concessões rodoviárias (Relatório de Auditoria nº 10/2008), e a mais recente auditoria da Regulação de PPP no setor das águas (Relatório nº 3/2014).

Os aludidos relatórios levaram o TDC a sistematizar uma metodologia, disposta em *Guide Lines*, com base nas resoluções emitidas pela Intosai. Segundo Cabral (2009, p. 210):

O reconhecimento da importância das auditorias realizadas pelo TC foi desde cedo feito notar. E desde cedo se procurou identificar, tomando por base as boas práticas internacionais em matéria de auditoria pública, os princípios e objetivos que devem nortear

a realização das mesmas. Tendo, designadamente, por referência o modelo de apreciação do VFM [...] adoptou-se um modelo multipilar de autoria [...].

Desse modo, a autora cita os pilares que devem compor uma auditoria de PPP realizada pelo TDC: O primeiro pilar deve compreender a análise dos objetivos do projeto, no qual deve conter a determinação da melhor forma parceria; o segundo pilar deve conter a verificação dos processos de contratação mais adequados, com destaque para o planeamento integral do projeto e o controle dos custos; o último o pilar deve possuir a crítica na qual verifica-se que o melhor contrato possível foi aquele selecionado.

As *Guide Lines* do TDC, de 2008, resumizam as boas práticas adotadas em solo português. De acordo com o documento,

esta óptica de intervenção traduziu uma apreciação substantiva do modelo contratual, até porque o que estava em causa eram dinheiros e valores públicos, cuja utilização estava subordinada a princípios de transparência e responsabilização, no sentido em que a opção Parceria Público Privada deverá justificar o *Value for Money*, isto é, evidenciar vantagens acrescidas em relação à opção tradicional de financiamento direto, por via do Orçamento do Estado [...] (PORTUGAL, 2008, s/p).

No que tange especificamente à efetividade do controle prévio nas PPPs estabelecido pela LOPTC e tendo em vista que esse tipo de controle se encontra em outro patamar de aplicabilidade quando se compara à tutela prévia utilizada no Brasil, cabe ilustrar o Acórdão nº 24/2012, de 13 de julho de 2012, Processo nº 282, proferido pelo TDC. Naquela oportunidade, o Tribunal negou o visto prévio à entidade empresarial muni-

cipal Lamego ConVida (LCONVIDA), pertencente à Câmara Municipal de Lamego, que pretendia contratar através de PPP a Sociedade Anônima LRENOVA para a exploração do pavilhão multiuso daquele município. Ressalte-se que a LCONVIDA detinha 49% do capital da LRENOVA à época dos fatos.

O pretenso contrato seria firmado entre LCONVIDA e LRENOVA no valor de € 33.483.050,00, por um prazo de 24 anos, para a construção e exploração de um pavilhão multiuso destinado a acolher eventos periódicos ou ocasionais. Contudo, de acordo com o TDC,

não se conhecendo quaisquer estudos relativos aos custos e benefícios das possíveis soluções a adotar, a LCONVIDA decidiu lançar um concurso público para a seleção da empresa privada que deveria integrar a parceria, tendo em vista a concessão, financiamento, construção, gestão e exploração do pavilhão [...] Nas peças do procedimento não se vislumbra qualquer indicação sobre o modelo pretendido para a gestão da exploração do pavilhão multiusos (TDC, 2012, p. 25).

Portanto, ao TDC não foi verificado o *Value for Money* da operação, fato este que, aliado a outras ocorrências detectadas no Processo, levou a Corte de Contas à negativa do visto e, assim, a não realização da contratação, protegendo o Erário (municipal) da eventual má utilização dos recursos públicos. Fundamentando sua decisão, a Egrégia Corte afirmou que

a decisão de proceder à constituição de uma parceria público-privada deve assentar em ponderada avaliação dos custos e benefícios dessa solução face às demais que a lei permite no âmbito da contratação pública. **Tal avaliação deve assentar em estudos consistentes quanto à economia, eficácia e efi-**

ciência da solução. [...] no processo [...] nada consta que fundamente a decisão tomada pela LCONVIDA de lançar um procedimento para a formação da parceria [...] Nada no processo se diz mais em termos de fundamentação, que permita saber-se se a ponderação e a avaliação de custos e benefícios entre a solução da parceria e outras soluções foram feitas (TDC, 2012, p. 39, grifo meu).

Pombeiro (2003) salienta que as auditorias atinentes aos processos de contratação via PPP possuem essencial importância no que tange ao momento de sua realização. De acordo com o autor:

Não sendo a auditoria concomitante, a primeira auditoria deve realizar-se **antes ou logo após a adjudicação do contrato** [...] Esperar pelo fim significa afastar a possibilidade de introduzir correções e evitar a repetição de erros para casos semelhantes [...] quanto mais cedo se efetuar a auditoria mais prospectiva ela será, isto é, mais terá de concluir sobre a bondade das decisões tomadas (regularidade, economia, eficiência e eficácia) [...] (POMBEIRO, 2003, p. 259, grifo meu).

Diante do exposto, resta evidente a importância que o TDC possui no contexto das auditorias sobre as contratações realizadas pela Administração Pública em Portugal, sejam a nível nacional ou a nível local, pois resguarda os cofres públicos ao evitar que os recursos sejam pretensamente empregados ineficientemente. Vale ressaltar, por fim, que além da atuação prévia da Corte, existem as auditorias concomitantes e posteriores que subsidiam os julgadores a emitirem pareceres contrários ou favoráveis. Conforme cita Pombeiro (2003, p. 259), além da fiscalização prévia, “devem efetuar-se pelo menos três outras

auditorias: uma no fim da fase de construção/produção de ativos, outra quando o projeto esteja em velocidade cruzeiro e a terceira próxima do seu termo”.

Após essa apertada apresentação sobre como o instituto das PPPs é encarado e auditado em Portugal, focalizando-se na questão da auditoria prévia, cuja atenção deve ser voltada para a análise da Relação Qualidade-Preço, traduzida no *Value for Money*, assim como na utilização do *Public Sector Comparator*, a próxima secção abordará o tema no âmbito das contratações efetuadas no Brasil, destacando, para tanto, a atuação do Tribunal de Contas da União, mormente no que tange à metodologia de fiscalização utilizada na análise das PPPs.

3 AUDITORIA DE PPP NO BRASIL

No Brasil, a Lei 11.079/2004 institui o regime de licitação e contratação pública através de Parcerias Público-Privadas no âmbito das Administrações Públicas Federal, Estaduais, Municipais e Distrital. O diploma, conforme já destacado, distinguiu a PPP patrocinada da administrativa e estabeleceu que os contratos provenientes de PPP deveriam ser superiores a R\$ 20.000.000,00, com duração superior a 5 anos e inferior a 35 anos. Ademais, o artigo 5º da aludida Lei prevê a repartição de riscos entre os parceiros envolvidos, inclusive no que tange a casos fortuitos, de força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Cabe destacar também que a legislação impôs a criação de uma sociedade de propósito específico antes da celebração do contrato, que deve implantar e gerir o objeto da parceria.

O artigo 10 impõe que para que se promova a contrata-

ção via PPP deve existir a abertura de certame licitatório, na modalidade concorrência, contendo a autorização de autoridade competente fundamentada em estudo técnico capaz de demonstrar a conveniência e a oportunidade da aquisição.

Nesse sentido, é possível inferir que a análise do *Value for Money* em terras brasileiras consubstancia-se na evidencição da conveniência e oportunidade que, conjugadas, deflagram a Análise do Mérito em PPP no Brasil. Grilo e Alves (2012, p. 9) informam:

A Análise do Mérito do Projeto constituirá, portanto, uma referência para a demonstração, por meio de estudo técnico fundamentado, previamente à abertura da licitação, da conveniência e da oportunidade da contratação mediante PPP, em observância às diretrizes do artigo 10 da Lei nº 11.079/2004.

Os autores dissertam ainda que

[...] para fins de demonstração da conveniência e da oportunidade do projeto, ou Análise do Mérito do Projeto, o estudo técnico mencionado no item I do art. 10 da Lei de PPP deve ser apresentado como uma análise *ex ante* do custo provável da execução dos serviços da forma tradicional vis-à-vis o custo provável do fornecimento dos serviços mediante PPP. Tal estudo é, pois, elemento central para instituir a decisão de se fazer ou não a PPP (GRILLO; ALVES, 2012, p. 9).

Portanto, verifica-se na legislação brasileira a exigência de estudo técnico que balize a contratação através de parceria público-privada. Apesar de incipiente, comparando-se à larga experiência internacional, esse estudo serve como justificativa para a escolha da parceria entre entidades privadas e públicas.

Contudo, a lei foi silente no que concerne à fiscalização a ser realizada a cabo dos Tribunais de Conta da União, Estaduais, Municipais e Distrital. A única menção proposta está cristalizada em seu artigo 15, que estabelece que compete aos ministros e às agências reguladoras (autoridades reguladoras independentes), em suas respectivas áreas temáticas, submeter o edital ao órgão gestor das PPP no País, além de proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar contratos advindos dessa modalidade.

Apesar disso, o TCU e demais tribunais encontram no art. 113 da Lei 8.666/1993 a legitimidade para proceder à fiscalização prévia das contratações mediante PPP. O § 2º do aludido artigo dispõe que até o último dia anterior à data do recebimento das propostas os Tribunais de Contas, além dos órgãos de controle interno, possuem a prerrogativa de solicitar o edital do certame e podem obrigar a administração responsável a adotar medidas corretivas pertinentes.

Ante o exposto, percebe-se que no Brasil, diferentemente de Portugal, o grau de controle prévio é limitado, haja vista a possibilidade de corrigir as peças do procedimento concorrencial. Os tribunais, portanto, não possuem a legitimidade de impedir que uma contratação ocorra, mas apenas orientam a melhoria do procedimento.

Corroborando o argumento exposto, o Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2001, p. 235) ensina:

No sistema brasileiro, a atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamental, mediante controle externo do Tribunal de Contas é, de regra, exercida *a posteriori*, e não *a priori*. Salvo exceção expressa não tem apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração direta

ou indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens e valores públicos.

As exceções à utilização ao controle *a priori* consubstanciam-se no já citado comando da Lei 8.666/1993, bem como em inciso da Constituição da República Federativa de 1988 que permitiu ao TCU a sustação, e não a anulação, de ato impugnado, fato este que reforça o entendimento da fiscalização anterior aos atos localizar-se em um patamar abaixo daquele exercido pelo TDC em Portugal, fragilizando a eficácia do controle das despesas no País.

Conforme Tavares (1998), o poder de fiscalização prévia no Brasil existiu até 1967, quando o País controlado pela ditadura militar optou por abolir o instituto previsto na Constituição Federal de 1946.

Cury (2012) lembra que o controle “apriorístico” estava previsto na primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 1891, mas restou criticada por supostamente paralisar a Administração, dificultando as suas atividades. Após citar a ressalva da atual constituição, o autor cita que

a resistência ao alargamento do exame apriorístico dos atos administrativos foi, contudo, excepcionada textualmente na Lei nº 8.666 [...] que, no seu artigo 113, § 2º, prescreve que os Tribunais de Contas poderão solicitar [...] cópia do edital de licitação já publicado, obrigando [...] a adoção de medidas corretivas (CURY, 2012, p. 67).

Tendo em vista a limitação inerente do controle *a priori* praticado pelas Cortes de Contas no Brasil, o TCU diante do instituto das PPPs, relativamente recente no País, regulamentou através da Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007,

ações fiscalizatórias a serem exercidas pelo Tribunal no mister da auditoria da licitação, contratação e execução contratual advindas das aludidas parcerias. Vale salientar que assim como ocorre no âmbito do TDC o TCU segue as orientações expedidas pela Intosai, organismo internacional que parametriza e converge normas e práticas de auditoria realizadas pelas Instituições Supremas de Auditoria das nações.

Mediante essa instrução normativa, o TCU dispôs que o acompanhamento dos processos de PPPs deve ser concomitante, sendo realizado em cinco estágios. O primeiro está relacionado com a análise dos estudos de viabilidade técnica e financeira que abrangem a conveniência e a oportunidade das contratações, isto é, a Análise do Mérito do Projeto. O segundo estágio serve para averiguar se houve a convocação para consulta pública, se o edital foi previamente aprovado pelo CGP e se as eventuais impugnações dos editais foram apresentadas.

No terceiro estágio, o TCU analisa os questionamentos e esclarecimentos que foram porventura enviados aos participantes da licitação, enquanto no quarto estágio verifica-se a fase de julgamento das propostas. Por fim, o quinto estágio audita a conformidade o ato de adjudicação, a constituição da sociedade de propósito específico e o contrato da PPP assinado.

A Instrução Normativa 52/2007 também regula que ficam as unidades técnicas autorizadas a realizar diligências para o saneamento de eventuais falhas e que ao decorrer a assinatura do contrato o Ministro Relator do processo de fiscalização deve receber concomitantemente, em até 20 dias, informação quanto à adequação do termo contratual às diretrizes da licitação.

No que concerne à execução contratual, essa instrução normativa dispõe que cabe ao órgão de controle a fiscalização

do fiel cumprimento das normas contidas nas cláusulas contratuais, além de avaliar a gestão da entidade adjudicante. Cabe destacar que o CGP deve encaminhar anualmente ao TCU o relatório de desempenho das PPPs para possibilitar o monitoramento dos contratos ao Pretório órgão fiscalizador.

Para ilustrar a atuação concomitante da Corte de Contas brasileira em fiscalização de PPP, cabe evidenciar o Acórdão TCU nº 3079/2010 – Plenário, no qual se abordou a auditoria do segundo estágio de uma PPP para projeto de irrigação do Pontal do município de Petrolina, Pernambuco, de responsabilidade do Ministério do Planejamento e Gestão, do Ministério da Integração Nacional, do Ministério da Fazenda, da Agência Nacional de Águas e da Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco e do Parnaíba.

No julgado, a Corte Superior destacou que “dada a previsão da IN nº 52 [...] durante o primeiro estágio de acompanhamento coube à 4ª Secretaria de Controle Externo (4ª Secex) manifestar-se acerca dos estudos e impacto ambiental e o respectivo licenciamento” (BRASIL, 2010, s/p). No que se refere ao segundo estágio de acompanhamento, o TCU afirmou que “ao serem analisados o edital e a minuta do contrato, verificou-se que as normas legais vigentes foram satisfatoriamente contempladas [...] Restaram ressalvas, no entanto, em relação ao compartilhamento de ganhos econômicos e penalidades previstas para o concessionário” (Ibidem). Por fim, o Tribunal prolatou o que segue:

ACORDAM os Ministros Tribunal de Contas da União [...] em: 9.1 aprovar o segundo estágio de acompanhamento da parceria público-privada do Projeto de Irrigação Pontal. 9.2 determinar ao Ministério da Integração Nacional que não assine o con-

trato de concessão patrocinada [...] antes da publicação da resolução da Agência Nacional de Águas que estabelece penalidades aplicáveis nos casos de inexecução parcial ou total do contrato. 9.3 Alertar o Ministério da Integração Nacional e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, sempre que a demora na realização de licitação e contratação de parceria público-privada superar 18 meses desde a realização dos estudos ou da avaliação anterior, há necessidade de revisão do estudo de viabilidade [...] (BRASIL, 2010, s/p).

Desse modo, verifica-se que no Brasil pode-se afirmar que o controle prévio, ferramenta eficaz no controle das contas de Portugal por parte do TDC que possui a prerrogativa de recusar o visto prévio ou não declarar a conformidade quando verificadas inconformidades, situa-se em um nível menos rígido, tendo em vista que a maioria das ações no que tocam às PPPs congregam-se no controle concomitante e posterior. Ademais, infere-se do Acórdão supra do TCU que as determinações, alertas e recomendações possuem caráter pedagógico e não repressivo, tendo em vista que a preocupação concerne no fato de correção das imperfeições detectadas. Apenas em caso de descumprimento de suas determinações, o TCU atua repressivamente aplicando penalidades cabíveis previstas em lei aos interessados.

Infere-se assim que a opção do legislador constitucional e ordinário enfraquece a atuação das Cortes de Contas do País, pois o controle *a priori* é encarado no Brasil como mais um mecanismo de engessamento das ações governamentais, o que vai de encontro à tendência mundial de acompanhamento das PPPs em todas as suas fases, inclusive naquela que se antecede ao desembolso de recursos públicos.

4 CONCLUSÃO

A atuação das Instituições Superiores de Auditoria no desiderato constitucional da fiscalização dos recursos públicos pelas Cortes de Contas tanto de Portugal como do Brasil é atividade fundamental para a garantia do estado democrático de direito. A constatação do *Value for Money* e a avaliação do Comparador do Setor Público pelos órgãos de auditoria são ações que atestam que essas ferramentas subsidiam verdadeiramente a tomada de decisão por parte dos administradores públicos.

Conforme destacado neste trabalho, o Tribunal de Contas português possui larga experiência no contexto das auditorias no âmbito das Parcerias Público-Privadas, fato este que culminou com a publicação de suas *Guide Lines* sobre auditoria de PPP em 2008. Descreveu-se também os tipos de controle utilizados pelo TDC, cristalizados em sua Lei de Organização e Processo, com foco no crivo prévio implementado e em pleno vigor no Estado português.

Demonstrou-se também a vertente de controle *a priori* utilizada no Brasil quando do controle das verbas públicas, identificando que no Brasil, diferentemente da espécie adotada em Portugal, a fiscalização prévia pode ser considerada como mais branda, haja vista a impossibilidade de o Tribunal de Contas da União não autorizar a assunção das despesas previamente, mas tão somente lhe cabe emitir recomendações, alertas e orientações no que tange ao aperfeiçoamento de falhas detectadas no exame do edital das licitações.

Além disso, verificou-se que a Corte de Contas brasileira concentra as atividades no controle concomitante no que se cinge especificamente ao controle das despesas oriundas

de PPP, tendo em vista a expedição da Instrução Normativa 52/2007, o que corrobora o entendimento de que a fiscalização prévia não recebe atenção especial como a conferida ao Tribunal de Contas português.

Portanto, à luz dos resultados alcançados é possível concluir que a atuação do TDC no controle a priori pode ser considerada mais eficaz e mais robusta que aquela praticada no Brasil, pois em território português é indispensável que se demonstre através dos estudos de *Value for Money*, conjugado com o Comparador do Setor Público, que a alternativa mais viável para atingir o interesse público mediante obra ou serviço público seja efetivado através de PPP, quando no Brasil a análise da oportunidade e da conveniência da licitação nessa modalidade parece não ser tão objetiva.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1.

_____. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Seção 1.

_____. Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007. Tribunal de Contas da União. Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 jul. 2007. Seção 1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3079/2010, TC 009.724/2008-7. Conselheiro Relator: Aroldo Cedraz. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Ministério da Integração Nacional. Ministério da Fazenda. Agência Nacional de Águas. Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba, Brasília. Data da sessão: 17/11/2010.

CABRAL, M. N. **As parcerias público-privadas**. Coimbra: Almeida, 2009.

CURY, M. N. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em <<http://bit.ly/2nVKxIE>>. Acesso em: 3 maio 2015.

GRILO, L. M.; ALVES, R. T. **Parceria público-privada (PPP): análise do mérito de projetos de PPP no Brasil**. São Paulo, 2012. Disponível em <<http://bit.ly/2mwRhtt>>. Acesso em: 2 maio 2015.

MARTINS, L. L. **Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato pú-**

blico (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2014.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. Lei nº 98, de 26 de agosto de 1997. Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas. **Diário da República**, n. 196, 26 ago. 1997. I Série – A.

_____. **Decreto-Lei n. 86, 26 de abril de 2003**. Define normas aplicáveis às parcerias público-privadas. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1237&tabela=leis >. Acesso em: 20 abr. 2014.

PORTUGAL. Tribunal de Contas da União. **Linhas de orientação (Guide Lines) e procedimentos para o desenvolvimento de auditorias externas a PPP**. Lisboa, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2nbHqX0>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 24/2012 – 1º S/SS. Processo n. 282. Conselheiro Relator: João Figueiredo. Lamego ConVida – Gestão de Equipamentos Municipais. Câmara Municipal de Lamego. Lamego Renova – Construção e Gestão de Equipamentos S/A. Lisboa. Data da sessão: 13 jul. 2012.

POMBEIRO, A. A. **As PPP/PFI: parcerias público privadas e a sua auditoria**. 2. ed. Lisboa: Áreas, 2003.

SARMENTO, J. M. Do Public-Private Partnerships create value

for money for the public-sector? The Portuguese experience. **OECD Journal on Budgeting**, Paris, v. 10, n. 5, p. 1-27, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/portugal/48168959.pdf>> . Acesso em: 1º maio 2015.

TAVARES, J. F. F. **O Tribunal de Contas**: do visto em especial. Coimbra: Almedina, 1998.