



Gilberto Bercovici

Rafael Valim

coordenadores

Augusto Neves Dal Pozzo
Danilo Tavares
Diogo Nébias
Fernando Facury Scaff
Heleno Taveira Torres
Irene Patrícia Nohara
Luís Fernando Massonetto
Ricardo Marcondes Martins
Suzana Soares Melo
Walfrido Jorge Warde Júnior

ELEMENTOS DE DIREITO DA INFRAESTRUTURA



CONTRACORRENTE

GILBERTO BERCOVICI
RAFAEL VALIM
(*Coordenadores*)

ELEMENTOS DE DIREITO DA INFRAESTRUTURA

São Paulo

2015



CONIRACORRENTE

Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)

Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)

Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo – USP)

Heleno Taveira Torres
(Universidade de São Paulo – USP)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)

Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Silvio Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Carolina Ressureição (revisão)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

B486 BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael et al.

Elementos de Direito da Infraestrutura | Gilberto Bercovici, Rafael Valim
(coordenadores) – São Paulo : Editora Contracorrente, 2015.

ISBN: 978-8569220-04-6

Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Direito Administrativo 3. Direito constitucional. 4. Direito público.
5. Direito Financeiro. 6. Política. I. Título.

CDU - 342.9

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES	11
APRESENTAÇÃO	15
INFRAESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO – Gilberto Bercovici	17
ASPECTOS MACROJURÍDICOS DO FINANCIAMENTO DA INFRAESTRUTURA – Luís Fernando Massonetto	27
1. INTRODUÇÃO	27
2. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS	29
3. A INFRAESTRUTURA	35
4. A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO	38
5. O FINANCIAMENTO DA INFRAESTRUTURA: FUNDING, RISCO E GARANTIAS	42
6. A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL NOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA	46
7. CONCLUSÃO	50
BREVES NOTAS SOBRE O <i>PROJECT FINANCE</i> COMO TÉCNICA DE FINANCIAMENTO DA INFRAESTRUTURA – Walfrido Jorge Warde Júnior e Diogo Nébias	53

1. UMA BREVE DESCRIÇÃO DO FENÔMENO ESTUDADO	53
2. O <i>PROJECT FINANCE</i> E A INFRAESTRUTURA COMO TÉCNICAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	56
3. HISTÓRICO DO <i>PROJECT FINANCE</i> NO MUNDO E NO BRASIL	59
4. OS ATORES DO <i>PROJECT FINANCE</i> NO BRASIL E O PAPEL QUE DESEMPENHAM	62
5. CARACTERÍSTICAS DO <i>PROJECT FINANCE</i>	66
6. A DIFERENÇA ENTRE <i>PROJECT FINANCE</i> E FINANCIAMENTO TRADICIONAL	69
7. A DIFERENÇA ENTRE <i>PROJECT FINANCE</i> E FINANCIAMENTO ESTRUTURADO	70
8. O <i>PROJECT FINANCE</i> SOB O PONTO DE VISTA DOS INTERESSES PRIVADOS	72
9. RISCOS DO PROJETO E SUA ALOCAÇÃO	72
9.1 Identificação de risco e análise.....	73
9.2 Alocação de risco.....	73
9.3 Administração de risco.....	74
9.4 Modalidades de risco.....	75
9.5 Fase de construção	75
9.6 Fase de operação	78
9.7 Riscos de operação	79
9.8 Riscos de mercado.....	81
9.9 Riscos regulatórios.....	82
9.10 Riscos políticos	82
9.11 Força maior	83
9.12 Nível de endividamento.....	83

ELEMENTOS DE DIREITO DA INFRAESTRUTURA

10. INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO BRASIL.....	85
11. RECENTES DESAFIOS PARA O <i>PROJECT FINANCE</i> NO BRASIL	86
ASPECTOS GERAIS DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONTRATAÇÃO PÚBLICA E INFRAESTRUTURA – Irene Patrícia Nohara.....	89
1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	89
2. INFRAESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO	90
3. DESDOBRAMENTO DO MODELO DE CONCESSÕES	95
4. SURGIMENTO DO MODELO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E ASPECTOS GERAIS	99
5. PROBLEMÁTICAS TÉCNICAS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO QUADRO DO REGIME DAS CONCESSÕES.....	102
6. CONCLUSÃO.....	110
7. REFERÊNCIAS.....	112
CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E PPPS: ASPECTOS FINANCEIROS E TRIBUTÁRIOS – Heleno Taveira Torres e Suzana Soares Melo.....	115
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	115
2. CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: BREVES DELINEAMENTOS.....	119
3. A CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA E AS RECEITAS TRIBUTÁRIAS: CONCRETIZAÇÃO DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	122
4. AS IMUNIDADES E A PRESTAÇÃO DESCENTRALIZADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	124

5. TRIBUTAÇÃO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	135
5.1 O pagamento pelos usuários dos serviços públicos: taxa ou tarifa?.....	136
5.2 O aporte de recursos e a contraprestação advindos do Poder Público	141
5.3 A tributação da remuneração e contraprestação percebidas na prestação de serviços de infraestrutura por concessionárias de serviços.....	145
6. A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS.....	156
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	158
REFLEXÕES SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC – Rafael Valim	161
1. INTRODUÇÃO	161
2. A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR NO CONTEXTO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC.....	162
3. O SIGILO DO ORÇAMENTO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	164
4. CONTRATAÇÃO INTEGRADA.....	166
4.1. Critério de julgamento	167
4.2. Alterações contratuais.....	171
5. CONCLUSÃO.....	173
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	173
SANEAMENTO BÁSICO – Ricardo Marcondes Martins	177
1. COMPETÊNCIA DA UNIÃO	177
2. CONCEITO	178

ELEMENTOS DE DIREITO DA INFRAESTRUTURA

3. NATUREZA JURÍDICA	179
4. TITULARIDADE DOS SERVIÇOS	181
5. TITULARIDADE DOS RECURSOS HÍDRICOS E TITULARIDADE DA PRESTAÇÃO	184
6. REGIÕES METROPOLITANAS	186
7. CONSORCIAMENTO COMPULSÓRIO	189
8. CONSORCIAMENTO VOLUNTÁRIO	192
9. “REGULAÇÃO” DOS SERVIÇOS	195
10. CONDIÇÕES DE VALIDADE DO CONTRATO	198
11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	202
O DEVER DE PLANEJAMENTO ESTATAL E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO – Augusto Neves Dal Pozzo.....	207
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	207
2. CONTEXTO HISTÓRICO DA DISCIPLINA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	210
3. DO DEVER DE PLANEJAMENTO E OS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO	230
DESESTATIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA FEDERAL DE TRANSPORTES E FINANCIAMENTO PÚBLICO: ALGUNS PONTOS DE DISCUSSÃO – Danilo Tavares da Silva.....	241
1. INTRODUÇÃO	241
2. AS ATIVIDADES FEDERAIS DE TRANSPORTE.....	243
3. BREVÍSSIMO HISTÓRICO DO PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO DOS TRANSPORTES NA ESFERA FEDERAL ..	246

3.1 Setor ferroviário.....	248
3.2 Infraestrutura rodoviária.....	250
3.3 Infraestrutura aeroportuária.....	252
3.4 Infraestrutura portuária.....	253
4. FINANCIAMENTO PÚBLICO DA DESESTATIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES?	255
4.1 Financiamento público da política de redução dos gastos públicos?.....	258
4.2 Modalidades de financiamento público.....	264
4.3 Agentes das políticas de financiamento público.....	267
5. OBSERVAÇÕES FINAIS	275
CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRU- TURA – Fernando Facury Scaff.....	277
1. POSIÇÃO DA QUESTÃO	277
2. SOBRE O QUÊ INCIDE O SISTEMA PÚBLICO DE CON- TROLE DE CONTAS.....	279
3. QUEM CONTROLA E QUEM AUXILIA NO CONTROLE ..	287
4. GARANTIAS PRESTADAS PELO PODER PÚBLICO NOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: VINCULAÇÃO DE RECEITAS E O FUNDO GARANTIDOR	293
5. CONCLUSÕES	304

SOBRE OS AUTORES

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público na PUC-SP. Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Especialista em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação da Universidade de La Coruña – Espanha. Professor Convidado do Curso de Pós-graduação em Direito Administrativo da Universidad de Belgrano – Argentina. Pós-graduado em Management Program for Lawyers e Corporate Governance pela Yale School of Management. Presidente da Comissão Especial de Direito de Infraestrutura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Membro do Comité de Coordinadores Nacionales da Red Iberoamericana de Contratación Pública. Diretor da Revista Brasileira de Infraestrutura (RBINF). Diretor da Revista Internacional de Direito Público (RIDP). Coordenador da Coleção Fórum Direito e Infraestrutura. Diretor do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Membro da Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA). Membro da International Bar Association (IBA). Membro do Instituto de Advogados de São Paulo (IASP). Advogado. Sócio Fundador do Escritório Dal Pozzo Advogados.

DANILO TAVARES DA SILVA

Mestre e doutor em Direito Econômico pela USP. Professor de Direito Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da FGV Direito SP. Advogado em São Paulo.

DIOGO NÉBIAS

Bacharel em direito pela USP. Master of Laws pela London School of Economics. Advogado em São Paulo

FERNANDO FACURY SCAFF

Professor da Faculdade de Direito da USP. Doutor e Livre Docente pela mesma Universidade. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará. Sócio de Silveira, Athias, Soriano de Melo, Guimarães, Pinheiro & Scaff – Advogados.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da USP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

HELENO TAVEIRA TORRES

Professor titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

IRENE PATRÍCIA NOHARA

Livre-Docente em Direito Administrativo e Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP, por onde se graduou e fez mestrado. Professora-Pesquisadora do Programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho. Professora de Fundamentos de Direito Público da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada e autora de obras jurídicas de direito público.

LUÍS FERNANDO MASSONETTO

Professor de Direito Econômico e Economia Política na Faculdade de Direito da USP (Departamento de Direito Econômico, Financeiro

e Tributário). Graduado em Direito pela mesma Universidade. Doutor em Direito Econômico pela USP. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Regulação do Capitalismo.

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC-SP.

RAFAEL VALIM

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor Visitante da Università Commerciale Luigi Bocconi (Itália). Coordenador do Curso Euro-Brasileño de Postgrado sobre Contratación Pública – Faculdade de Direito da Universidade de La Coruña (Espanha). Professor do Mestrado em Direito Administrativo da Economia da Universidade Nacional de Cuyo – Mendoza (2012). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Universidade Nacional de Comahue (Argentina). Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI. Membro do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. Membro do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA. Secretário da Comissão Especial de Direito da Infraestrutura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Membro da Comissão Especial de Controle dos Gastos Públicos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Diretor Executivo da Red Iberoamericana de Contratación Pública (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, publicada pela Editora Fórum. Publicou anteriormente: A subvenção no Direito Administrativo brasileiro (Contracorrente, 2015); O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro (Malheiros Editores, 2010). Coordenou as seguintes obras: Contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana (Bubok Publishing, 2015, em conjunto com Juan José

Pernas García); Acesso à informação pública (Editora Fórum, 2015, em conjunto com Antonio Carlos Malheiros e Josephina Bacariça); Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura (Editora Fórum, 2014, em conjunto com Augusto Neves Dal Pozzo, André Luiz Freire e Bruno Aurélio); Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aspectos fundamentais (3ª ed., Editora Fórum, 2014, em conjunto com Márcio Cammarosano e Augusto Neves Dal Pozzo); Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo (Editora Fórum, 2013, em conjunto com José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo); Direitos humanos: desafios e perspectivas (Editora Fórum, 2011, em conjunto com Antonio Carlos Malheiros e Josephina Bacariça). Advogado.

SUZANA SOARES MELO

Doutora em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP. Professora de Direito Tributário dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da FAAP. Advogada.

WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR

Bacharel em direito e em filosofia pela USP. Master of Laws pela New York University School of Law. Doutor em direito comercial pela Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

FERNANDO FACURY SCAFF

1. POSIÇÃO DA QUESTÃO

O objetivo deste trabalho é apresentar as formas através das quais é exercido o controle interno e externo do Estado e como este se dá sobre as obras de infraestrutura onde há participação de verbas públicas, seja através de subsídios, participação societária ou por renúncia fiscal.

Vale lembrar que o controle não ocorre apenas sobre as atividades públicas, mas também nas atividades privadas existem sistemas de controle, como pode ser visto nas auditorias internas realizadas nas empresas, nas obrigações das sociedades anônimas de capital aberto serem auditadas por empresas registradas e controladas pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários, pela exigência de publicação e arquivamento de vários atos e deliberações societárias, e por aí vai.

Logo, a despeito de não ser um procedimento exclusivo do setor público, este possui regras próprias que serão analisadas neste apartado.

O que se deve compreender como *infraestrutura*? Sem descer a detalhes normativos, e também sem pretender dar uma definição que possa ser adotada em qualquer tempo e lugar, pode-se dizer que *infraestrutura* se

refere a setores *estratégicos* para o desenvolvimento de um país. Trata-se de vários setores necessários ao desenvolvimento nacional, tais como o de transportes, educação, mineração, elétrico, portos, aeroportos, financeiro, segurança, comunicações, dentre outros. Como será visto, o controle público não ocorre somente nesses setores, mas em todo lugar em que haja contato com verbas públicas – é o que costumo chamar de “*Toque Público de Midas*”, pois onde houver um centavo público colocado ou renunciado aí deverá estar presente a atividade de controle público.

Não se trata de afirmar que o Estado deva atuar diretamente em todos estes setores, mas seguramente existem áreas da economia que devem ter regulação e coordenação realizadas pelo Estado. E, em muitos casos, deve haver a participação direta do Estado naquela atividade econômica.

Vejamos algumas hipóteses apenas para melhor compreensão do conceito. A atividade de Correios e Telégrafos, que até cerca de 50 anos atrás era estratégica em qualquer país, hoje se apresenta quase como um resquício de uma era passada, cujas atividades bem poderiam ser desenvolvidas sem a participação estatal, com melhor ou pior qualidade. Trata-se de um setor que deixou de ser estratégico em face do avanço tecnológico.

Outro setor relevante, que em certas geografias pode ser mais importante que em outras, diz respeito ao setor de portos, por exemplo. Pode ocorrer que em países com grande litoral, como o Brasil, este setor seja mais estratégico do que em países sem litoral, como a Suíça, onde só existem portos lacustres – embora possa ocorrer que nesse país um específico porto tenha uma importância estratégica no comércio ou na segurança interna.

Portanto, o conceito de *infraestrutura* encontra-se vinculado ao conceito de *estratégia política e econômica*, e deve ser determinado de acordo com o país e o momento histórico em que se analisa.

Outro aspecto que se deve anotar neste passo preliminar é que esta participação do Estado nesses empreendimentos não ocorre porque

este assim o queira, mas justamente porque o setor privado o determina. Melhor explicando: diferentemente do que certo setor do pensamento econômico defende, de que o Estado atua onde a iniciativa privada não quer atuar, entendo que na realidade a situação é inversa; o Estado atua justamente onde a iniciativa privada quer que ele aja para integrar aquele setor à atividade capitalista. Ou seja, o Estado não é um *tertius* agindo onde a iniciativa privada não quer, mas é um *titere* da iniciativa privada, agindo onde ela determina que ele ingresse antes, desbastando fronteiras econômicas e integrando mercados. Isso é próprio do sistema capitalista, e funciona desta forma tanto no Brasil como nos Estados Unidos da América.

Nesse labor, o Estado lança mão de recursos públicos, que são arrecadados de toda a sociedade (seguramente mais de uns do que de outros, mas isso é outra prosa, deslocada neste âmbito) em prol de determinado projeto de integração capitalista, o que é diverso de uma atuação tipicamente privada, em que os bolsos colocados em risco são os dos empreendedores ou dos acionistas.

Feitas estas considerações iniciais, entremos na matéria sob análise.

2. SOBRE O QUÊ INCIDE O SISTEMA PÚBLICO DE CONTROLE DE CONTAS ?

O sistema normativo brasileiro, constitucional e legal, prevê que o uso dos recursos públicos deva ser controlado de diversas formas e sob diversos prismas.

Controle é um conceito mais amplo do que *fiscalização*, este contido naquele. A Receita Federal do Brasil, por exemplo, faz *fiscalização*, mas não *controle*. O controle diz respeito às fases iniciais do procedimento; da possibilidade de autorizar, sustar ou impedir a realização de atos que estejam sendo realizados por terceiros. O *controle* também se diferencia de *auditoria*, atividade igualmente distinta da *fiscalização*, pois implica na comparação de procedimentos e no diálogo para correção de rotas. Logo, *auditar* é mais amplo do que *fiscalizar*. A atividade de *fiscalização*

implica na verificação e punição dos atos realizados, constatando se eles foram realizados obedecendo os parâmetros legais, e as recomendações realizadas pelo sistema de *auditoria*. Portanto, *controle* é um termo amplo que abrange as atividades de *auditoria* e de *fiscalização*, dentre outras.

No tema sob análise, a atividade imposta pela Constituição é de *controle*, pois abrange fases anteriores ao procedimento que se deve *auditar* e *fiscalizar*, tais como a elaboração orçamentária, de exame e aprovação legislativa, quando o Poder Legislativo *controla* o Executivo, consoante nos ensina Ricardo Lobo Torres¹. Inseridos nessa atividade de *controle* estão as de *auditoria* e de *fiscalização*.

O sistema de controle público estabelecido pela Constituição tem caráter federativo, pois o modelo estabelecido para a União, detalhado na Carta e abaixo exposto, tem obrigatoriamente que ser seguido pelos Estados, no que tange à organização, composição e fiscalização, conforme o art. 75, CF, o que inclui também o âmbito municipal, alcançando os dois Tribunais de Contas municipais existentes no Brasil, o do Município do Rio de Janeiro e o do Município de São Paulo.

Como é sabido, as classificações não são certas ou erradas, elas são úteis ou inúteis², e, desta forma, são inúmeras as possibilidades classificatórias das diversas formas de controle.

Considerando a *origem* do controle, ele pode ser *interno*, *externo* ou *social*.

O controle interno está previsto no art. 74 da Constituição, que determina aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União estabelecerem um sistema integrado de controle interno com diversas finalidades, dentre as quais se destaca a avaliação do cumprimento das metas do plano plurianual de governo, dos programas de governo e dos orçamentos da União, comprovar a legalidade e avaliar os resultados,

¹ *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 202.

² Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y linguagem*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 100.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos por parte das entidades de direito privado.

Visando conectar esse sistema de controle interno com o externo, os responsáveis pelas atividades de controle interno, tão logo tomem conhecimento de alguma irregularidade, devem comunicar imediatamente ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária, consoante estabelece o art. 74, §2º, CF. Por exemplo, o órgão que exerce o controle interno do Poder Executivo da União é a CGU – Controladoria Geral da União.

O controle externo da União é efetuado pelo Poder Legislativo – que no caso da União é bicameral, centrado na Comissão Mista do Orçamento (art. 72, CF) que, como o nome indica, é composta de deputados federais e senadores – com o auxílio do Tribunal de Contas da União, o qual possui diversas competências estabelecidas pelo art. 71, CF, que adiante serão mencionadas.

É usual a doutrina mencionar que controle externo também tem um perfil *social*, ancorado no §2º do art. 74, CF, que estabelece que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para efetuar denúncias de irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas. Na verdade, mais do que um controle *social*, esta norma relaciona-se intimamente com o *direito de petição* consagrado na Constituição no art. 5º, inciso XXXIV, “a”.

Uma verdadeira forma de *controle social* foi criada pela Lei n. 12.846/13, ainda não regulamentada, conhecida usualmente como *Lei da Compliance*, e que estabelece normas sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Neste âmbito, a legislação transferiu o *controle* de eventuais irregularidades para o setor privado, efetuando posteriormente a *fiscalização* de seu cumprimento; ou seja, parte da atividade de *controle* do setor público foi *terceirizada* para o setor privado, remanescendo nas mãos do Estado apenas a função de *fiscalização* do cumprimento dessa diretriz, e sob fortes penas civis e

administrativas a serem impostas às empresas que tiverem falhado nesse controle³.

Considerando o *momento do exercício*, verifica-se que o controle pode ser *prévio*, *concomitante* ou *posterior*, sendo que os nomes indicam as hipóteses em que este controle pode ocorrer.

Ricardo Lobo Torres⁴ entende que o sistema *prévio* de controle é uma interferência do Legislativo em atos do Executivo, e que desapareceu do sistema brasileiro a partir da Constituição de 1967, posicionamento com o qual não concordamos. Um exemplo de controle *prévio* ocorre quando o art. 52, V, da Constituição preceitua que Senado deva ser consultado previamente para autorizar ou não a contratação de empréstimos externos por parte dos entes públicos. Afinal, o controle do endividamento público é uma forma de controle financeiro do Poder Público, em especial em um país que adota o sistema federativo e, no caso, se caracteriza como uma exigência prévia à contratação de operações financeiras com entidades estrangeiras por parte dos entes federados.

O controle *concomitante* pode ser visto no art. 72, CF, que ocorre quando a Comissão Mista de Orçamento, diante de indícios de despesas não autorizadas, pode requerer à autoridade responsável que preste os esclarecimentos necessários no prazo de cinco dias, findo os quais e sendo considerados insatisfatórios, abre a possibilidade para que atos sejam sustados. O mesmo tipo de controle *concomitante* pode ser visto nos parágrafos 1º e 2º do art. 71, CF.

O controle *sucessivo* ou *posterior* é o mais comum, e ocorre quando o Poder Legislativo, diretamente ou instado pelo Tribunal de Contas, promove a *fiscalização* do que foi executado pelo Poder Executivo ou Judiciário. Exemplos não faltam, como no art. 71, incisos I e II. Aqui se está defronte a um típico caso de exercício de *controle* através de *fiscalização*.

³ Sobre o tema encontra-se no prelo o livro de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad Diniz denominado “*Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*”, o qual é recomendado para a perfeita compreensão do tema sob vários ângulos.

⁴ *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 207.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Observa-se que tais modalidades se aplicam tanto ao controle *interno* quanto ao *externo*.

A aplicação disso no âmbito dos projetos de infraestrutura, constata que o controle do Estado sobre as contas públicas pode ocorrer em diversos momentos do processo, tal como durante o processo licitatório, ou mesmo após, no curso do contrato, ou posteriormente, até que ocorra a prescrição administrativa referente àqueles eventos jurídicos.

Considerando os âmbitos do *controle* verifica-se que o art. 70 da Constituição permite que o Poder Legislativo exerça-o sob a forma de *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*.

Sobre a *fiscalização contábil* Regis Fernandes de Oliveira⁵ lembra a existência do art. 83 da Lei n. 4.320/64, ainda plenamente vigente, estabelecendo que “a contabilidade evidenciará perante a Fazenda Pública a situação de todos quantos, de qualquer modo, arrecadem receitas, efetuem despesas, administrem ou guardem bens a ela pertencentes ou confiados”. Assim, insere na fiscalização contábil a análise documental dos lançamentos efetuados a débito ou a crédito que envolvam dinheiro público, bem como a que se refira à guarda de bens públicos.

A fiscalização *financeira* diz respeito ao movimento de entradas e saídas de recursos públicos.

A fiscalização *orçamentária* é relacionada ao exato cumprimento das determinações constantes dos Orçamentos Públicos, que são três: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias anual (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O âmbito *operacional* da fiscalização diz respeito à “obediência aos meios legais de liberação de verbas ou sua arrecadação”, nas palavras de Regis de Oliveira⁶.

⁵ Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de Direito Financeiro*, 6ª. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 677.

⁶ Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de Direito Financeiro*, 6ª. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 678.

E o âmbito *patrimonial* indica que a fiscalização deve alcançar a análise do patrimônio público, considerado em sentido amplo, englobando tanto o dinheiro quanto os bens físicos e imateriais.

Quem está submetido à prestação de contas? Todo aquele que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos”, consoante determina o parágrafo único do art. 70 da CF.

O alcance desta norma é amplíssimo, pois abrange qualquer “pessoa física ou jurídica, pública ou privada” que pratique os atos acima descritos, incluindo também aqueles pelos quais o Poder Público responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Deve-se observar que, consoante o *caput* do art. 70, CF, mesmo a “*aplicação de subvenções*” e a “*renúncia de receitas*” devem ser objeto de análise por parte do sistema de controle de contas público.

A palavra “*subvenção*” merece mais detida análise. Conforme leciona Regis de Oliveira⁷, *subvenção* quer dizer “auxílios que o Poder Público concede a entidades públicas ou privadas sem finalidade lucrativa, para ajuda-las na consecução de finalidades tidas como relevantes ou de interesse público pelo Estado”, o que faz focado no conceito de *subvenções sociais e econômicas* estabelecido pelos arts. 16 a 19 da Lei n. 4.320/64.

Todavia, a legislação do Imposto de Renda amplia este conceito, ao tratar das “subvenções para investimento” (Regulamento do Imposto de Renda – RIR, Decreto n. 3.000/99, art. 443), ao mencionar que “não serão computadas na determinação do lucro real as subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos”, desde que cumpridas certas condições. O sentido de *subvenção* conforme explicitado por Regis de Oliveira, é denominado na legislação do Imposto sobre a Renda de “doações feitas pelo Poder Público” (art. 443, RIR).

⁷ Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de Direito Financeiro*, 6ª ed. São Paulo: Ed. RT, p. 679.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Observa-se que a expressão *subvenção* para fins de Imposto de Renda não corresponde nem mesmo à de *subvenções econômicas* estabelecido pelo art. 18 da Lei n. 4.320/64, a qual é utilizada para “a cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não”, ou ainda como dotações destinadas a “cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais”, ou “destinadas ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais”

Na realidade, o Regulamento do Imposto sobre a Renda – RIR regula a cobrança ou isenção desse imposto sobre o que denomina de *subvenção para investimentos* que são aquelas “concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos”, o que é distinto das mencionadas na legislação financeira. Ocorre que o art. 19 da Lei n. 4.320/64, em sua parte final, permite uso mais amplo do que o acima exposto acerca das *subvenções econômicas* e das *subvenções sociais* quando estabelece que “a Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, *salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial*”. Pois bem, existe uma enormidade de leis especiais, de cada ente federado, concedendo *subvenções para investimentos*, o que é plenamente legal, pois acata a exceção formulada pela parte final do art. 19 da Lei n. 4.320/64. Logo, o que o RIR faz é estabelecer regras para isentar estas *subvenções para investimento*, caracterizadas como *inversão de capital público para investimento em empresas privadas*, desde que preenchidas as condições estabelecidas no art. 443 do RIR.⁸

⁸ RIR, art. 443: “Não serão computadas na determinação do lucro real as subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e as doações, feitas pelo Poder Público, desde que (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 38, § 2º, e Decreto-Lei n. 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VIII): I – registradas como reserva de capital que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social, observado o disposto no art. 545 e seus parágrafos; ou II – feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.”

Todavia, mesmo sendo isentas estas *subvenções* caracterizadas como *inversão de capital público para investimento em empresas privadas*, estão submetidas ao controle de contas do Poder Público, consoante o art. 70 da Constituição, pois esta norma se utiliza de expressão ampla para abranger o alcance do controle, que é a de “renúncia de receitas”, que possui várias vertentes, seja a de imunidade, isenção, redução de base de cálculo ou de alíquota, crédito presumido, ou qualquer outro mecanismo fiscal que implique em redução de receitas públicas.

Por exemplo, toda a operação de subvencionamento, tributação e de isenção prevista no art. 6º da Lei n. 11079/04 deve ser objeto de *controle* pelo Tribunal de Contas da União, independente da fiscalização a ser realizada pela Receita Federal do Brasil.

Aqui se evidencia novamente o “*Toque Público de Midas*”, conforme acima mencionado, pois onde houver um centavo público colocado ou renunciado, aí poderá alcançar a atividade de controle público, seja seu utente uma pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

Aliás, um mecanismo de controle muito pouco mencionado, e menos ainda utilizado, verifica-se no parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar n. 24/75, o qual permite ao Tribunal de Contas presumir irregulares as contas e suspender o pagamento das quotas do Fundo de Participação dos Estados, em caso de descumprimento das normas lá estabelecidas, dentre as quais consta a exigência de unanimidade do CONFAZ para que ocorra renúncia fiscal do ICMS interestadual, o que implica diretamente na guerra fiscal em curso no país. Trata-se de mais um mecanismo de controle nas transferências interfederativas de recursos públicos.

Tal controle se fará analisando a *legalidade*, *legitimidade* e a *economicidade* desses atos envolvendo recursos públicos.

Por *legalidade* deve-se entender a obediência ao Princípio da Legalidade, que vincula verticalmente toda a organização e a execução orçamentária em sentido vertical, através da Constituição, das leis e normas regulamentares.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Já a *legitimidade* não tem o caráter formal da legalidade, pois diz respeito ao atendimento das aspirações da sociedade no atendimento das necessidades públicas. Tal preceito permite a análise do mérito do gasto público.

E a *economicidade* é relativa à melhor proposta para a realização de determinada despesa pública, considerando-se que a mesma foi feita com modicidade, consoante a melhor relação custo-benefício.

3. QUEM CONTROLA E QUEM AUXILIA NO CONTROLE

O controle é efetuado pelo Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas.

Federativamente existem 4 diferentes Tribunais de Contas. O da União, de âmbito federal, cujo órgão é o Tribunal de Contas da União.

Existem também o de cada Estado-membro, denominados de Tribunais de Contas dos Estados, que podem cumprir dúplici função, pois em alguns Estados atuam como órgão auxiliar das Assembleias Legislativas, e em outros cumulam também a função de órgão auxiliar das Câmaras dos Vereadores, tal como ocorre no Estado de São Paulo. Em outros Estados a função de auxiliar as Câmaras de Vereadores é incumbida a outro órgão estadual, o Tribunal (ou Conselho) de Contas dos Municípios, tal como ocorre com os Estados do Pará e do Rio de Janeiro (art. 31, §1º, CF).

E existe a vedação à criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, constante no art. 31, §4º, CF, mas que comporta duas exceções, pois instalados anteriormente à atual Constituição: a do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro e a do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, que se constituem nos dois únicos órgãos de contas municipais no Brasil.

Deve-se registrar a questão interfederativa relativamente ao controle de contas público, e que foi decidido no julgamento do Mandado de Segurança 24.312, impetrado originalmente no STF pelo Tribunal de Contas

do Estado do Rio de Janeiro contra o Tribunal de Contas da União, em que foi relatora a Ministra Ellen Gracie, julgado em 19 de fevereiro de 2003.

A questão de fundo dizia respeito à competência do Tribunal de Contas da União para julgar as contas das receitas de *royalties* que são arrecadadas pela União e transferidas para os Estados. Normas do Decreto 1/1991 e do Regimento Interno do TCU atribuíam-lhe competência para apreciar essas contas. O TCE-RJ se insurgiu contra essas normas por entender que por ser verba do Estado Membro, ele seria competente para exercer essa atividade fiscalizatória.⁹ O STF deu provimento ao pleito do TCE-RJ e declarou a inconstitucionalidade das normas atacadas, afirmando a competência do órgão estadual.

No caso, o voto da Ministra Relatora foi originalmente pela improcedência do pedido, afirmando a competência do TCU para fiscalizar essas receitas, pois oriundas do patrimônio da União, o que induzia “à conclusão de serem também da União, e não dos Estados, o resultado da exploração desses recursos”. Ou seja, a receita pertence a quem pertence o patrimônio – foi esse o sentido exposto no voto inicial da Min. Relatora – sendo o patrimônio da União, a esta pertenceriam as receitas e, por conseguinte a competência fiscalizatória seria do TCU, e não do TCE-RJ.¹⁰

Após a exposição do voto da Ministra Relatora, intervieram os Ministros Sepúlveda Pertence, com observações ligeiras, e o Ministro Nelson Jobim, com longa intervenção de caráter histórico, relatando fatos que teriam ocorrido à época da Assembleia Constituinte, da qual foi Relator-Adjunto da Comissão de Sistematização.¹¹

⁹ Análise dessa decisão, com foco histórico nas decisões e normas internas do TCU acerca dessa matéria durante os 16 anos em que essas normas vigoraram antes dessa declaração de inconstitucionalidade, podem ser vistas no artigo de Sérgio Honorato dos Santos, Fiscalização dos royalties do petróleo. De quem é a competência, afinal?, *Boletim Doutrina Adcoas*, n. 8, 2ª quinzena, abr. 2004, ano VII, p. 157-158.

¹⁰ Para maiores detalhes, ver SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia – Aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

¹¹ É interessante registrar a relação que o Ministro Jobim faz com o papel da história e os juristas. Em trecho da palestra proferida em 24-06-2002, transformado em artigo

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

O Tribunal de Contas da União é composto por nove Ministros que devem cumprir os seguintes requisitos: ser brasileiro, ter mais de 35 e menos de 65 anos, idoneidade moral e reputação ilibada, ter notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados (art. 73, CF).

É curioso notar, como faz José Maurício Conti em aulas e palestras, que tais requisitos são mais rigorosos que os exigidos para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, pois para esses basta ter o mesmo requisito de idade e notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, CF).

Os membros dos Tribunais de Contas estaduais (Tribunais de Contas dos Estados e Tribunais de Contas dos Municípios) serão compostos por apenas 07 membros (art. 75, parágrafo único, CF).

O sistema de provimento nesses Tribunais é de um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público indicado em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; e dois terços pelo Congresso Nacional.

No Tribunal de Contas da União, composto por 9 membros, essa regra matemática se aplica com facilidade. Nos Tribunais Estaduais, em que são 7 os componentes, a divisão entre 1/3 e 2/3 tem causado grandes disputas no Supremo Tribunal Federal para a perfeita aplicação da norma.

publicado sob o título de Aspectos Jurídicos da abertura do mercado de petróleo, menciona: "... há que se lembrar que tudo que está posto é algo que se produz na história, não é algo que venha de determinadas elucubrações acadêmicas. Tudo é um produto da história e vale e é eficaz enquanto funciona na história. Afastada a possibilidade de funcionamento na história, desaparece a necessidade da instituição ou da categoria jurídica. Ou seja, o grande problema dos juristas é que cada vez mais eles se afastam da história, por uma razão, inclusive, de orgulho pessoal, eles querem ser a história, porque eles querem determinar as linhas da história" (JOBIM, Nelson. Aspectos jurídicos da abertura do mercado de petróleo, in: Marilda Rosado (Coord.), *Estudos e pareceres – Direito do petróleo e gás*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 399 – grifos apostos).

A competência desses Tribunais é assinalada pelo art. 71, CF, dentre as quais, em função do objeto deste trabalho, deve-se destacar a de aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; e sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, representando ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Isso é extremamente relevante, pois concede ao Tribunal de Contas o poder de aplicar penalidades fortíssimas aos envolvidos em irregularidades, que no âmbito financeiro se transformam em dívida ativa e podem ser cobradas mediante processo executivo regido pela Lei n. 6.830/80.

Pode também haver a sustação de *atos* ou *contratos* públicos firmados com entes públicos ou privados, pessoas físicas ou jurídicas obrigadas à prestação de contas, o que caracteriza o modo *concomitante* de controle. No caso de *contratos* públicos (não no de *atos* públicos), a sustação será adotada diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Se os Poderes Legislativo e Executivo nada fizerem a respeito, o Tribunal tem o poder de sustar tais atos.

Isso tem direta implicação com as questões envolvendo obras contratadas para a implementação de infraestrutura, permitindo que editais de licitação ou para a realização de obras pelo sistema de Parcerias Público-Privadas – PPPs que envolvam recursos públicos possam ser controlados pelo Tribunal de Contas da unidade da federação correspondente ao subsídio-renúncia fiscal concedido. O mesmo se aplica para as demais fases em que esses processos se desenvolvem, além do edital: contratação e posteriormente ao encerramento do contrato.

Deve-se fazer breve referência, dentro das competências dos Tribunais de Contas, a duas que são paralelas e trazem muita dificuldade de interpretação.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Uma, que diz respeito à competência de apreciar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento. Nesta, o papel da Corte será o de emitir um parecer prévio à análise do Poder Legislativo, que poderá acatá-lo ou não. É exatamente por isso que pode acontecer de as contas do Presidente da República, do Governador do Estado ou Prefeito serem aprovadas pelo Tribunal de Contas e rejeitadas pelo Poder Legislativo, ou vice-versa. A função aqui descrita é a de *auxiliar* o Poder Legislativo a decidir, sendo que é a palavra deste que prevalece.

Outra função é a de *julgar* as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Neste caso ocorre um verdadeiro julgamento das contas, as quais, se incorretas, podem gerar a imposição de penalidades e a cobrança através de processo executivo regido pela Lei n. 6.830/80.

É necessário ainda fazer breve referência a três leis que introduziram instrumentos relevantes para o exercício desse controle.

A Lei Complementar n. 131/09, que introduziu na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00, arts. 48 e 48-A) o princípio da transparência fiscal nas contas públicas e que estabeleceu a adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União.

Nesse passo, foi determinado aos entes da Federação que disponibilizem a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao

procedimento licitatório realizado; bem como o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Esse preceito vem sendo gradativamente implantado pelo Poder Público nos três níveis da Federação.

Outra norma relevantíssima para aperfeiçoar o sistema de controle diz respeito à Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), que gerou o direito de obter em prazo não superior a vinte dias:

I – orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II – informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III – informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV – informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V – informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII – informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

A negativa de acesso às informações, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, bem como o extravio da informação solicitada poderá ocasionar a imediata abertura de sindicância para apurar o desaparecimento da respectiva documentação.

Ainda existem núcleos de grande resistência à esta norma, notadamente no Poder Judiciário e no Ministério Público de alguns Estados, que dificultam a divulgação de sua remuneração integral nos sites. Também o Senado resiste à divulgação de informações, tanto que foi obrigado pelo Supremo Tribunal Federal a divulgar os valores recebidos à título de verba remuneratória (Mandado de Segurança 28178), em caso protagonizado pela empresa Folha da Manhã, que edita o jornal Folha de São Paulo.

Uma terceira norma que merece destaque é a que trata das despesas sigilosas, consideradas aquelas “cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade” (Lei n. 8159/91; Decreto n. 4553/02), as quais são amparadas pela Constituição (art. 5º, XXXIII), podendo ser classificadas como ultra secretas (30 anos para divulgação), secretos (20 anos), confidenciais (10 anos) e reservados (5 anos). Ocorre que muitas vezes são acobertadas como sigilosas despesas banais, que não devem ser inseridas nesse contexto, consoante análise efetuada em anteriormente¹².

4. GARANTIAS PRESTADAS PELO PODER PÚBLICO NOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: VINCULAÇÃO DE RECEITAS E O FUNDO GARANTIDOR

Um aspecto tormentoso da questão financeira vinculada à infraestrutura diz respeito às garantias prestadas pelo Estado para as empresas que se dispõem a desenvolver parcerias público-privadas (PPPs) e que são reguladas pela Lei n. 11.079/04.

¹² SCAFF, Fernando Facury. Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade In: CONTI, Jose Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 215-234.

Registre-se que o vetusto e já revogado Regulamento do Código de Contabilidade Pública previa a necessidade de que fossem prestadas cauções *em favor do Poder Público*¹³ em qualquer contratação com este, enquanto a regulamentação atual prevê que as garantias, gênero que inclui as cauções, devam ser prestadas *em favor de quem contrata com o Poder Público*. Até mesmo os funcionários públicos que eram encarregados de pagamentos, arrecadação ou guarda de dinheiros públicos tinham que prestar caução¹⁴. Eram outros tempos... Hoje, além de receber¹⁵, o Estado tem que prestar garantias.

Prescreve a Lei n. 11.079/04 (lei das PPPs):

Art. 8º – As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – **vinculação de receitas**, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de **fundos especiais** previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por **fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade**;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

¹³ Decreto n. 4536/22: Art. 56. As cauções que deverão ser estabelecidas em todos os contractos com a Fazenda Nacional só poderão ser restituídas após autorização do Tribunal de Contas, mediante prova de execução ou rescisão legal dos contractos.

¹⁴ Decreto n. 4536/22: Art. 83. Os funcionarios encarregados de pagamentos, arrecadação ou guarda de dinheiros publicos ou responsaveis por quaesquer bens da União, só entrarão em exercicio após haverem prestado as cauções fixadas em regulamentos, ou, em falta destes, em tabellas organizadas trienalmente pelos Ministerios e registradas pelo Tribunal de Contas.

¹⁵ Permanece a necessidade de que os contratantes privados apresentem garantias, de acordo com a Lei n. 8987/95, dentre outros dispositivos legais.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Vamos nos debruçar sobre os itens I, II e V, que são os mecanismos mais usuais para este tipo de contratação, para após analisarmos se é aplicável o sistema público de controle de contas e em que situações.

Uma hipótese de prestação de garantias é através da *vinculação de receitas*, observado o disposto na norma constitucional que prevê o Princípio da Não-Afetação, que veicula o Princípio da Liberdade Orçamentária.

A norma, uma das mais alteradas da nossa Constituição, possui hoje a seguinte redação:

Art. 167. São vedados:

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

O escopo da Liberdade Orçamentária é permitir que o legislador tenha liberados todos os recursos financeiros possíveis para fazer frente às políticas públicas para as quais foi eleito. Caso os recursos sejam vinculados pela Constituição ou pela legislação ordinária, o legislador terá menos recursos para implementar suas políticas, em face da pré-ordenação de prioridades. O fato é que essa política de liberdade *versus* vinculações acaba por criar uma corrida sem fim, na qual os gestores centrais do orçamento lutam para desvincular receitas, enquanto os gestores setoriais buscam vinculá-las, pois, para estes, contar com recursos vinculados é um conforto, pois “não precisam disputar esses recursos com os demais gestores durante a elaboração e aprovação do orçamento”, segundo a análise de James Giacomoni.¹⁶

¹⁶ James Giacomoni, *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*. In: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff (Coord.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: RT, 2011, p. 332.

A rigor técnico os conceitos de *afetação* e de *vinculação* são correlatos, mas designam realidades diferentes. O conceito de afetação possui correlação com finalidades. Enquanto a vinculação cria um liame normativo entre receita e despesa, a afetação diz respeito a uma *finalidade* a ser realizada com aquela despesa. A vinculação é um instrumento financeiro formal, enquanto a afetação é uma técnica financeira de conteúdo, pois cria um objetivo a ser alcançado com aquele recurso, usualmente de conteúdo social, de investimento ou de garantia. Na prática, os dois conceitos se entrelaçam, embora tenham conotações distintas. Por exemplo, na Constituição brasileira há vinculação (liame) de 18% da receita de impostos federais afetados (finalidade) à manutenção e desenvolvimento do ensino, tudo por força do art. 212.

Giacomoni lembra que em nenhuma época foi possível ver o mecanismo das *vinculações* e *afetações* aplicado de maneira tão generalizada,¹⁷ embora alguns dos conceitos utilizados para *afetar* essas *vinculações* sejam de tal maneira abertos e vagos, que possibilitam uma “grande flexibilidade alocativa ‘por dentro’ dessas vinculações, que permite a escolha de distintos programas ou ações como beneficiárias desses recursos”, como ressalvam Franselmo Araújo Costa e Hélio Martins Tolini.¹⁸

No caso brasileiro, as receitas que estão relacionadas com a Não-Afetação são as que decorrem de *impostos*, podendo haver a vinculação legal de outras formas de receita pública, tais como a arrecadação das demais receitas tributárias, como as decorrentes de *taxas*, *contribuições sociais*, *contribuições de melhoria*, *contribuições de intervenção no domínio econômico*, etc., bem como de *receitas públicas patrimoniais*, como as que decorrem da exploração de minérios, petróleo e energia elétrica, ou de programas de privatização.

Logo, nada obsta que sejam realizadas *vinculações* de receita pública para a realização de garantias nos contratos de PPPs, desde que a

¹⁷ James Giacomoni, *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*. In: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro* cit., p. 332.

¹⁸ Franselmo Araújo Costa; Hélio Martins Tolini, *Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática*. In: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: RT, 2011, p. 953.

arrecadação não seja decorrente da receita de *impostos*, pois isso feriria o art. 167, IV, CF.¹⁹

É igualmente possível a criação de *fundos especiais* para fazer frente a essas garantias. *Fundo Especial* é uma expressão técnica estabelecida pela Lei n. 4320/64, art. 71 e ss, que o conceitua como aquele constituído do produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. A aplicação dessas receitas orçamentárias vinculada aos *fundos especiais* será feita através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais, sendo possível, a depender da lei que o instituiu, que o saldo credor de um ano seja transferido para utilização pelo mesmo fundo nos exercícios subsequentes.

O art. 74 da Lei n. 4.320/64 estabelece de modo peremptório que “a lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.” Arianne Cal registra que a Lei n. 4.320/64, criada ainda sob a égide da Constituição de 1946, é reconhecida pelo STF como norma complementar de direito financeiro.²⁰

Assim, dever-se-á analisar caso a caso as leis que criam *fundos especiais* para verificar se existem normas peculiares para o exercício de seu controle, que, de qualquer modo, ficará a cargo do Tribunal de Contas da unidade federativa que dele fizer uso.

Uma última forma de garantia que iremos analisar diz respeito ao inciso V, do art. 8º, da Lei das PPPs, que trata do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP.

Este Fundo foi criado pela Lei n. 11.079/04, art. 16, e desde 2012 (Lei n. 12.766/12) conta com a seguinte redação:

¹⁹ Nesse sentido, André Castro Carvalho, *Vinculação de receitas públicas*. SP: Quartier Latin, 2010, p. 150.

²⁰ Arianne Brito Rodrigues Cal, *As Garantias nos Contratos de Parcerias Público-Privadas (PPP) no Brasil*. Tese de Doutorado em Direito defendida perante a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. 2007, mimeo, p. 254.

Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

Desde logo se observa o caráter interfederativo das finalidades desse Fundo, pois a despeito dos recursos serem provenientes da União e de seus entes descentralizados (todos da esfera federal de governo), inclusive *fundos especiais*, ele poderá ser utilizado para prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias dos demais entes federados. Logo, uma PPP realizada entre o Município de Duque de Caxias, no Rio de Janeiro, poderá contar com garantias prestadas pelo FGP, que é um *fundo especial formado com verbas federais*.

O FGP tem natureza privada e patrimônio próprio, separado do de seus quotistas, sendo sujeito a direitos e obrigações próprias (art. 16, §1º, Lei n. 11.079/04). O patrimônio do Fundo é formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração (art. 16, §2º). Para evidenciar o caráter de fundo financeiro privado, o art. 17 da Lei n. 11.079/04 determina que o FGP seja criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, que no caso é o Banco do Brasil, sendo seu estatuto e regulamento aprovados através de assembleia de quotistas.

Prevê o art. 18 dessa Lei que as seguintes modalidades de prestação de garantias:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

A escolha desses bens se dá de forma discricionária pela Administração Pública, embora sua avaliação deva respeitar critérios técnicos, a fim de que o montante de recursos previstos na norma para a composição do FGP seja efetivamente alcançado.

Essas garantias poderão ser exigidas pelos parceiros privados nos seguintes casos:

I – crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias contados da data de vencimento;

II – débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de vencimento, desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado.

III – O FGP é obrigado a honrar faturas aceitas e não pagas pelo parceiro público.

Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

O FGP é proibido de pagar faturas rejeitadas expressamente por ato motivado, os quais deverão ser informados ao FGP no prazo de 40 dias contados da data de vencimento. Se não houver aceite ou não houver rejeição no prazo de 40 dias, ocorrerá aceitação tácita da fatura e obrigação de seu pagamento por parte do FGP.

Há quem argumente que a criação do FGP é inconstitucional pois a autorização para sua criação ocorreu através da Lei Ordinária n. 11.079/04, e não por Lei Complementar, o que seria exigido pelo inciso II, §9º do art. 165 da CF. Ocorre que até a presente data essa Lei Complementar não foi editada, o que, em tese, impediria os entes federados a criarem Fundos Financeiros. Dispõe a norma:

§ 9º – Cabe à lei complementar:

II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

E, no mesmo sentido, consta do art. 163, III, CF:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

III – concessão de garantias pelas entidades públicas;

Ocorre que esse é um argumento falacioso, pois para incontáveis outras matérias não foram editadas as leis complementares exigidas pela Constituição, e nem por isso os assuntos exigidos deixaram de ser tratados consoante as leis ordinárias que já os vem regulando, até que outras normas, veiculadas por Lei Complementar, venham a dispor de forma diferente. O melhor exemplo está no próprio § 9º do art. 165 da CF, no inciso I, onde consta que:

§ 9º – Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

Verifica-se que a cada quatro anos são aprovados planos plurianuais, e a cada ano leis de diretrizes orçamentárias e leis orçamentárias, pela União, por cada qual dos 26 estados e pelo Distrito Federal, e pelos cerca de 5.500 municípios brasileiros, sem que haja a inquinação de inconstitucionalidade de nenhuma dessas normas em face desse dispositivo da Constituição. Claro que diversas outras normas regulam essa matéria, mas não a Lei Complementar exigida no inciso I, §9º, art. 165, CF.

CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Logo, a ausência dessa norma não inibe que providências em prol do interesse público, representado pelos que governam o Estado, sejam aprovadas de acordo com as leis vigentes ao tempo de sua edição, e sejam necessariamente ajustadas quando sobrevier a norma que altere a sistemática adotada.

Assim, o argumento de ausência da Lei Complementar exigida pelo art. 165, §9º, II, como ícone da inconstitucionalidade do FGP, não se sustenta.

Não se pode deixar de registrar a peculiaridade do sistema criado para garantir as obrigações do Poder Público para com as empresas parceiras privadas, pois a afastou do pagamento através do sistema de precatórios, a que a totalidade das demais situações estão submetidas.

A rigor, qualquer infração contratual ou legal cometida pelo Poder Público, comprovada judicialmente, e que encerre obrigação de pagar, obriga o credor a se utilizar da via prevista no art. 100 da Constituição, que estabelece o sistema de precatórios judiciais para recebimento das quantias estabelecidas.

Ocorre que este sistema, a despeito de ser idealmente correto, na prática funciona de modo muito defeituoso em vários Estados e Municípios do país, sendo exemplos destacados o Estado e o Município de São Paulo, onde a dívida total de precatórios alcança níveis estratosféricos.²¹

É como se tivessem criado dois diferentes tipos de credores da Fazenda Pública: os *gerais*, que devem se utilizar do sistema de precatórios para receber seus créditos contra o Poder Público, e os *especiais*, cuja atividade é *garantida* por um Fundo Privado, formado com bens e dinheiro público, que afasta integralmente o sistema de precatórios para ressarcir ou indenizar os valores que seriam devidos.

²¹ Sobre o uso de precatórios para diversos fins, ver SCAFF, Fernando Facury. O uso de precatórios para pagamento de tributos após a EC 61. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 175, p. 88-105, 2010; e SCAFF, Fernando Facury. O uso de precatórios para pagamento de tributos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2009. v. 13, p. 102-117. E também SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, v. 51, p. 79-99, 2007.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, solicitou Parecer a Kyioshi Harada²², que opinou pela inconstitucionalidade do referido Fundo, nos seguintes termos:

O poder público só é parceiro do particular na compulsória divisão da riqueza produzida por este. A confusão trazida pela Lei das PPPs é inadmissível. Não bastasse o poder tributário, exercitado até com dose de crueldade, pretender por esse instrumento híbrido, sem possibilidade de preciso enquadramento jurídico, retirar mais recursos da sociedade em proveito de apenas alguns de seus segmentos.

Como é possível a União, contumaz devedora de dívidas oriundas de condenação judicial, subtrair R\$ 6.000.000.000,00 do seu orçamento anual, para compor um fundo destinado a garantir futuros, possíveis e eventuais credores, como bem assinalado pela consulente? Qual a fonte dessa extraordinária e espantosa despesa? Mais tributos? Mais dívida pública? Mais privatização? De duas uma: ou aumenta a receita pública, ou reduz outras despesas. Redução de despesas não se ajusta à nossa tradição.

Por isso, uma coisa é certa: o contribuinte irá arcar com essa nova despesa qualquer que seja o meio escolhido para custeá-la, porque o Estado não produz e nem é sua função produzir riquezas.

O fato é que, mesmo após tantos anos instituído, o debate não chegou ao STF acerca de sua constitucionalidade, registrando-se, contudo, que indiscutivelmente foram criadas duas distintas categorias de credores contra o Poder Público, uma com mais privilégios que outra.

Feitas as considerações acima acerca de *vinculação, fundo especial e FGP*, resta analisar se estas verbas “garantidoras” devem ser objeto do sistema de controle público.

Respondo positivamente nos três casos, conforme segue.

No primeiro, *vinculação de receitas públicas, excetuadas as de impostos*, inegavelmente haverá dinheiro ou bens públicos envolvidos, o que, consoante os arts. 70 e 71 da CF, acarretam o “*Toque Público de Midas*”, gerando a obrigação de prestar contas.

²² Texto disponível em <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>. Acesso em 14.8.2015.

Situação idêntica se verifica no segundo caso, de criação do *fundo especial*, o que é reforçado pelo art. 74 da Lei n. 4.320/64, que expressamente obriga a fiscalização do Tribunal de Contas sobre esta verba.

No terceiro caso, do *FGP*, a situação é a mesma, a despeito de se caracterizar como um fundo privado, constituído por acionistas privados, regido por um estatuto criado consoante normas de direito privado, gerenciado pelo Banco do Brasil, a origem dos recursos é inegavelmente pública, o que obriga o Fundo a prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Nesse passo, discordamos do que afirma Kyioshi Harada no mencionado parecer proferido para a OAB/SP, quando afirma que:

Outrossim, esses seis bilhões de reais, a salvo de contingenciamento e de sequestros para honrar os precatórios judiciais descumpridos, ficam fora da fiscalização e controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União, na forma do art. 71 da CF. Os controles, interno e privado, nem pensar!

No caso, deve haver o controle público das contas do *FGP*, além do controle através da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, pois se trata de um Fundo Financeiro gerenciado pelo Banco do Brasil, o qual, por sua vez, é também controlado pelo Banco Central do Brasil. Desta forma, amparado nos arts. 70 e 71 da CF, entende-se que cabe o controle público das contas do *FGP*, a contrário senso do que foi exarado para a OAB/SP no trecho acima transcrito. A *desafetação* do bem público deve ser objeto de controle por parte do sistema público de controle de contas.

Por fim, existe um outro aspecto a ser analisado, que diz respeito à dívida pública dos entes federados e à concessão de garantias.

Como regra geral, estabelece a Lei de Responsabilidade Fiscal, em conjunto com as Resoluções 40 e 43 do Senado Federal, que os Estados e o Distrito Federal podem se endividar até o limite de 2,0 vezes sua Receita Corrente Líquida; e os Municípios até 1,2 vezes sua Receita Corrente Líquida. Na verdade, trata-se de uma regra formal, sem base na realidade do assimétrico federalismo fiscal brasileiro, pois existem Estados com Receita Corrente Líquida e população muito menores que vários Municípios brasileiros, sendo suficiente comparar o Estado do Amapá ou de Sergipe com os Municípios de São Paulo ou do Rio de Janeiro para

constatar a injustiça da regra. Todavia, é a norma vigente e deve ser respeitada. Uma vez ultrapassado este limite, os entes federados sofrerão sanções financeiras, que incluem a vedação ao recebimento de transferências voluntárias e a não aprovação de novos empréstimos.

No âmbito das PPPs, a regra é um pouco diversa, pois veda a União de conceder garantia ou realizar transferências voluntárias aos demais entes federados, “se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios” (art. 28), o que inclui as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes.

5. CONCLUSÕES

Em breve síntese, e focando apenas as conclusões referentes ao tema central deste trabalho, pode-se afirmar que toda vez que houver a utilização de recursos públicos, ou renúncia fiscal, aproveitada por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, deverá estar presente o controle público de contas, o que inclui todas as modalidades de prestação de garantia previstas na Lei n. 11.079/04, bem como todos os projetos de infraestrutura nos quais ocorra inversão de recursos públicos ou renúncia fiscal.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCAFF, Fernando Facury. Controle público de projetos de infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coord.) *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 277-304. ISBN. 978-8569-220-046
