



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR,

PPJC 330/2013

Processo TC: 5617/2012
Assunto: Estudo de Caso Especial
Jurisdicionado: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Mateus
Relator: Conselheiro Rodrigo Chamoun

O **Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo**, por meio da 3ª Procuradoria de Contas, no exercício de suas funções institucionais, com fundamento no art. 3º, inciso II, da Lei Complementar Estadual n.º 451/2008¹, apresenta seu **PARECER** nos autos do procedimento em epígrafe, originado a partir da Denúncia TC-7639/2011, que tem por jurisdicionado o Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de São Mateus (SAAESMA), nos termos seguintes.

¹ Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:
[...]
II - emitir parecer escrito em todos os processos sujeitos à apreciação do Tribunal na forma que dispuser a Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas e a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, com exceção dos processos administrativos internos;



SUMÁRIO

SUMÁRIO	865
1 INTRODUÇÃO.....	868
2 RELATÓRIO.....	870
3 ANÁLISE	890
3.1 DAS DIRETRIZES PARA A REALIZAÇÃO DO ESTUDO DE CASO	890
3.2 DA PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NO PROCEDIMENTO DE ESTUDO DE CASO ESPECIAL.....	892
3.3 DO MODELO DE NEGÓCIO DENOMINADO “LOCAÇÃO DE ATIVOS PRECEDIDA DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DAS ÁREAS”, PROPOSTO PELO SAAESMA	897
3.3.1 DOS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	898
3.3.2 DA IMPROPRIEDADE TERMINOLÓGICA DA NOMENCLATURA ATRIBUÍDA AO MODELO DE NEGÓCIO JURÍDICO COMO ELEMENTO APTO A DIFICULTAR A APREENSÃO SEMÂNTICA DA EXPRESSÃO	903
3.3.2.1 DO INSTITUTO DA LOCAÇÃO	904
3.3.2.2 DO CONCEITO DE ATIVOS	911
3.3.2.3 DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO	913
3.3.3 DO OBJETO DO CONTRATO	915
3.3.4 DA REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS	920



3.3.5 DA DISSIMULAÇÃO DO CONTRATO DE REALIZAÇÃO DE OBRA..	924
3.3.6 DO FINANCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DE GRANDE PORTE	
.....	943
3.3.6.1 DA MODALIDADE DE FINANCIAMENTO DENOMINADA PROJECT FINANCE.....	945
3.3.6.1.1 INTRODUÇÃO AO PROJECT FINANCE.....	946
3.3.6.1.2 ESTRUTURA BÁSICA DO PROJECT FINANCE	959
3.3.6.1.2.1 DOS PATROCINADORES	961
3.3.6.1.2.2 DOS FINANCIADORES	965
3.3.6.1.2.3 DA SOCIEDADE DE PROPÓSITOS ESPECÍFICOS	967
3.3.6.1.3 DA PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO PROJECT FINANCE	
.....	970
3.3.6.1.4 DO FINANCIAMENTO DISPONIBILIZADO PARA O PROGRAMA SANEAMENTO PARA TODOS.....	973
3.3.6.2 DA MODALIDADE DE FINANCIAMENTO CONCEBIDA PELO SAAESMA.....	996
3.3.6.2.1 DA UTILIZAÇÃO DE CORPORATE FINANCE	997
3.3.6.2.2 DA INCLUSÃO DA OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO NO OBJETO DA LICITAÇÃO	999
3.3.6.2.3 DA UTILIZAÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO COMO GARANTIA.....	1002
3.3.6.2.4 DO MODELO DE NEGÓCIO	1008



3.3.6.3DA CONCLUSÃO QUANTO À ANÁLISE DA LEGALIDADE DO MODELO DE NEGÓCIO	1020
3.4 <i>OBTER DICTUM</i>	1023
3.4.1 DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE RELACIONADOS À CONCORRÊNCIA Nº 002/2011 DO SAAESMA	1024
3.4.1.1 DA ELABORAÇÃO DO MODELO DE NEGÓCIO	1025
3.4.1.2 DA CONTRATAÇÃO DA PCF ENGENHARIA	1030
3.4.1.3DO PARECER JURÍDICO DO SAAESMA QUE ATESTOU A LEGALIDADE DA LOCAÇÃO DE ATIVOS	1044
4 CONCLUSÃO	1051
REFERÊNCIAS	1056



1 INTRODUÇÃO

Este parecer apresenta a contribuição deste Órgão Ministerial à análise da legalidade do modelo de contratação de obras públicas de saneamento básico denominado “**locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso das áreas**”, na modelagem em que fora proposto pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Mateus (SAAESMA).

De acordo com informações colhidas do instrumento contratual que instrui estes autos, o referido modelo de empreendimento tem por finalidade viabilizar a ampliação do sistema municipal de saneamento básico por meio da construção e da locação de estações de tratamento de água, estações de coleta e tratamento de esgoto, estações elevatórias, entre outros itens de infraestrutura.

Em razão da singularidade e da complexidade do modelo licitatório concebido pelo SAAESMA, deflagrou-se nesta Corte de Contas o presente Estudo de Caso Especial, procedimento destinado à análise em tese de situações, que tem por propósito fornecer ao corpo técnico subsídios teóricos para o enfrentamento de casos concretos submetidos à atividade fiscalizatória deste Tribunal.

Com período de locação de 30 anos e ao custo total estimado em aproximadamente R\$ 590.000.000,00 (quinhentos e noventa milhões de reais), a locação de ativos foi escolhida pelo SAAESMA como sendo a opção mais adequada ao equacionamento dos problemas de saneamento básico enfrentados pelo Município de São Mateus.

Indubitavelmente, o vulto do investimento retrata bem a importância dispensada à questão do saneamento básico, tema já abordado com propriedade nestes autos pelo ilustre Conselheiro Relator Rodrigo Chamoun,



não havendo o que acrescentar à irretocável exposição que abrilhantou seu judicioso voto.

Como se sabe, a realização de grandes projetos de infraestrutura demanda um volume de recursos públicos muito além da capacidade de investimento da maioria dos municípios brasileiros. Por tal razão, é comum aos municípios firmarem convênios com outros entes da federação ou tomarem empréstimos junto a organismos oficiais de fomento, atraídos pelas vantagens oferecidas pelo financiamento público que, a rigor, não se subordina às regras do mercado financeiro, a exemplo da lei da oferta e da demanda.

Como alternativa à utilização de dinheiro público, tem-se a possibilidade de obtenção de recursos junto à iniciativa privada. Essa hipótese, quando adotada, deve ser devidamente justificada por meio de criteriosa análise quanto aos aspectos da legalidade e da economicidade da escolha, respeitando-se todos os princípios que norteiam a atividade da Administração Pública.

Diante desse contexto, descortina-se um desafio para o presente estudo: aferir se o modelo denominado “locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso das áreas”, na forma como proposta pelo SAAESMA, satisfaz o interesse público, apresentando-se como um modelo juridicamente viável de investimento para a Administração Pública.

Desse modo, expecta-se que o ponto de vista apresentado pelo Ministério Público de Contas por meio deste parecer possa contribuir para a elucidação das questões suscitadas no presente Estudo de Caso Especial.



2 RELATÓRIO

Após esse breve introito, voltam-se as atenções deste *Parquet* para as peças técnicas que integram os autos deste feito, instaurado a partir da Decisão TC-3121/2012, prolatada nos autos da Denúncia TC-7639/2011 (fls. 611 e 612, vol. III).

Conforme já declinado, este Estudo de Caso Especial se propõe a aferir, em tese, a viabilidade jurídica de a Administração Pública realizar licitação que tenha por objeto a construção e a locação de ativos (obras de infraestrutura de saneamento básico) precedida da concessão de direito real de uso das áreas onde serão edificadas as obras.

A referida decisão restou assim redigida:

DECISÃO TC-3121/2012

PROCESSO - TC- 7639/2011

ASSUNTO - DENÚNCIA

DENÚNCIA – DENUNCIANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – DENUNCIADO: SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SÃO MATEUS (EXERCÍCIO DE 2011) – RESPONSÁVEIS: LUIZ CARLOS SOSSAI (DIRETOR DO SAAE DE SÃO MATEUS) E AMADEU BOROTO (PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO MATEUS) – RECEBER COMO REPRESENTAÇÃO – REALIZAR ESTUDO DE CASO – PRAZO: 60 DIAS – ALERTAR OS RESPONSÁVEIS – NOTIFICAR – PRAZO: 10 DIAS – DAR CIÊNCIA.



DECIDE o Plenário deste Tribunal de Contas, por unanimidade, em sua 49ª Sessão Ordinária, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, que integra esta Decisão, com base no artigo 12, incisos III e VII, da Resolução TC nº 182/2002;

I – **Receber** o expediente como Representação, considerando a legitimidade do Ministério Público, nos termos do art. 99, § 1º, inciso II, da LC nº 621/12;

II – **Realizar** um Estudo de Caso, em autos apartados, para aferir a possibilidade jurídica da Administração Pública realizar a licitação visando à contratação de sociedades empreiteiras para locação de ativos, precedida de concessão de direito real de uso das áreas, no prazo de 60 (sessenta) dias;

III – **Alertar** aos Srs. Amadeo Boroto (Prefeito Municipal de São Mateus) e Luiz Carlos Sossai (Diretor Geral do SAAE de São Mateus), que a análise de mérito deste Tribunal acerca das circunstâncias trazidas à colação poderá ensejar, ao final, a anulação do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, caso confirmadas as irregularidades e, no caso de adoção de qualquer outra medida dando prosseguimento à Concorrência nº 02/2011, que este Tribunal deverá ser previamente informado, sob pena de aplicação das sanções previstas na Lei por parte desta Corte de Contas;

IV – **Notificar** os Srs. Amadeo Boroto e Luiz Carlos Sossai, para que, no **prazo de 10 (dez) dias**, encaminhem a este Tribunal cópia integral do processo administrativo que originou o procedimento Licitatório - Concorrência nº 002/2011 (fase interna e externa) e, ainda, para que comuniquem previamente, caso decidam pelo prosseguimento da contratação, antes da conclusão da análise de mérito deste processo;

V- **Dar ciência** à empresa Consórcio Águas do Cricaré, formado pelas empresas Construtora Brasília Guaiba Ltda e Amafi Comercial e Construtora Ltda., com base na aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99, Lei Geral de Processo Administrativo Federal (art. 3º, inciso II e art. 9º, incisos I e II), e com fulcro no art. 161, § 1º, incisos I e V, do Regimento Interno deste Tribunal.



Sala das Sessões, 12 de julho de 2012.

Conselheiro SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO
Presidente

Em síntese, integram os autos deste Estudo de Caso Especial as seguintes peças processuais, apresentadas na ordem em que foram encartadas:

- Cópia parcial² do Processo de Denúncia TC-7639/2011, originado a partir de documentos encaminhados a este Ministério Público de Contas pelo Ministério Público Estadual (fls. 1 a 633, vols. I a III)³. Nessa cópia reprográfica destacam-se as seguintes peças:

Descrição da Peça	Folha	Vol.
Despacho do Ministério Público de Contas solicitando ao NCD a autuação da documentação proveniente do Ministério Público Estadual	1	I
Ofício OF/PCSM/Nº 087/2011	2	I
Notificação Recomendatória do MPES Nº 002/2011	3 a 5	I
Documento relatando supostas irregularidades	6 a 9	I
Edital da Concorrência n.º 002/2011, instrumento do contrato e modelos de documentos	10 a 95	I
Projeto Básico do sistema de abastecimento de água	96 a 126	I
Projeto Básico do sistema de esgotamento sanitário	127 a 136	I
Denúncia oferecida ao Ministério Público Estadual	137 a 187	I
Parecer Jurídico emitido pelo SAAESMA	188 a 192	I
Edital da Concorrência n.º 002/2011, instrumento do contrato e modelos de documentos	193 a 278	I e II
Relatório final dos projetos, elaborado pela empresa PCF Engenharia S/S Ltda.	279 a 308	II
Proposição do NEO pela instauração de Estudo de Caso Especial	310 e 311	II
Ofício OF/PMSM/SMG/Nº 082/2012	317	II
Parecer Jurídico emitido pelo SAAESMA	318 a 330	II
Parecer da PGE-SP	331 a 345	II
Manifestação da 8ª CT acerca do Estudo de Caso	346 e 347	II

² A cópia reprográfica dos autos da Denúncia TC-7639/2011 está composta pelas folhas de 1 a 3673. Contudo, por opção da área técnica desta Corte de Contas (fl. 632, vol. III do TC-5617/2012), encontram-se ausentes, nesse intervalo, as seguintes folhas:

Vol. I: 127 a 154, 216 a 385, 391 a 393;

Vol. II: 510 a 548, 665;

Vol. III: 718, 757 e 758; 868 a 1344, 1352 a 3672;

Por fim, registre-se que existem duas folhas com a numeração 812 (vol. III).

³ Não há documento original encartado antes da cópia reprográfica do Processo TC-7639/2011 registrando a abertura dos autos. Por esse motivo, não se apôs, neste Relatório, a data deste ato processual.



Especial		
Ofício OF/PMSM/GAB/Nº 126/2012	350	II
Ofício OF/PMSM/GAB/Nº 137/2012	353 e 354	II
Lei Municipal n.º 1.017/2011	356 a 364	II
Lei Municipal n.º 792/1967	366 a 371	II
Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) 2012 – Lei n.º 995/2012	373 a 375	II
Plano Plurianual 2009-2013	377 a 379	II
Voto do Conselheiro Relator Rodrigo Chamoun	380 a 418	II
Notas taquigráficas da sustentação oral realizada pelo advogado Gustavo Varela Cabral	423 a 425	II
Petição do Consórcio Águas do Cricaré requerendo juntada de parecer jurídico e de outros documentos	433 a 509	II e III
Petição do Consórcio Águas do Cricaré arguindo suspeição do Promotor de Justiça e requerendo juntada de documentos	510 a 565	III
Voto do Conselheiro Relator Rodrigo Chamoun	569 a 610	III
Decisão TC-3121/2012	611 e 612	III
Termo de Notificação do Sr. Luis Carlos Sossai	619	III
Aviso de Recebimento (AR) do Termo de Notificação do Sr. Amadeu Baroto	621	III
Ofício OF/PMSM/GAB/N.º 182/2012	624	III
Análise financeira realizada pela empresa Paulo Pitanga Consultores Associados Ltda.	625 a 631	III
Manifestação do NEO sugerindo a reprodução parcial dos autos da Denúncia TC-7639/2011	632	III

- Petição protocolizada em 22 de agosto de 2012 pelo Consórcio Águas do Cricaré, requerendo tramitação preferencial do feito e juntada de parecer jurídico da lavra do advogado Floriano de Azevedo Marques Neto (fls. 636 a 691, vol. III);
- Petição protocolizada em 3 de outubro de 2012 pelo Diretor Geral do SAAESMA, Sr. Luis Carlos Sossai, requerendo a juntada de licenças ambientais, bem como a tramitação em caráter de urgência do presente procedimento (fls. 694 a 697, vol. III);
- Instrução Técnica Especial ITE-1/2012, datada de 17 de outubro de 2012, concluindo pela impossibilidade jurídica de a Administração Pública contratar sociedades empreiteiras para realizar locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso das áreas (fls. 699 a 720,



vol. III), a qual, pela densa plausibilidade de fundamentos, se impõe a transcrição literal:

Instrução Técnica: n. ITE 1/2012
Processo TC: n. 5617/2012
Jurisdicionado: Ministério Público do Estado do Espírito Santo
Assunto: Estudo de Caso Especial
Conselheiro Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

I RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Estudo de Caso Especial determinado pela Decisão TC n. 3121/2012, nos seguintes termos:

[...] II – **Realizar** um Estudo de Caso, em autos apartados, para aferir a possibilidade jurídica da Administração Pública realizar a licitação visando à contratação de sociedades empreiteiras para locação de ativos, precedida de concessão de direito real de uso das áreas, no prazo de 60 (sessenta) dias;

É o relatório.

II CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O art. 66, III, “d”, do Regimento Interno desta Corte de Contas prevê a competência desta Controladoria Técnica para a realização de **estudo de caso especial**.

A questão de fundo foi extraída de uma representação apresentada a este Tribunal de Contas pelo Ministério Público Estadual (Promotoria de Justiça Cível da Comarca de São Mateus) em face de procedimento licitatório realizado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Mateus (SAAE) por meio da Concorrência Pública n. 2/2011.

Trata-se de contratação de sociedades empreiteiras para a **locação de ativos**, precedida de concessão do direito real de uso das áreas.

Consta dos autos, contudo, que tal hipótese não se enquadra plenamente nos paradigmas trazidos pela Lei n. 8.666/93, pela Lei de Concessão Comum (Lei n. 8.987/95) ou pela Lei n. 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas).



Tampouco o Código Civil, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos ou a própria Lei n. 11.445/07, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, fazem menção à figura em tela.

O Conselheiro Relator, a respeito do modelo, destaca que “não haverá delegação de serviços públicos ao contratado, o qual tem por obrigação construir as obras previamente estipuladas nos imóveis/bens públicos municipais, cedidos temporariamente ao vencedor do certame para esse fim, permanecendo a operação do sistema com o próprio SAAE. Ao final da locação, ou seja, 30 anos depois [no caso concreto], as obras construídas são revertidas ao Poder Público contratante”.

Assim, diante da ausência de regramento legal específico e também da inexistência de jurisprudência firmada nas Cortes de Contas e nos tribunais judiciais, entendeu-se a necessidade de instauração de estudo de caso especial.

Segundo o Relator, o “estudo detalhado deverá avaliar a **viabilidade jurídica** da Administração Pública realizar licitação visando à contratação de Sociedades Empreiteiras para Locação de Ativos, precedida de Concessão de Direito Real de Uso das Áreas” [grifo nosso].

Destaca, ainda, que a equipe técnica “deverá cotejar os fatos sob óticas multidisciplinares, tendo por regra matriz os princípios constitucionais e infraconstitucionais que envolvem a matéria, sem se dissociar da motivação e finalidade do ato administrativo que se pretende praticar”.

Após essa análise e comprovada a viabilidade jurídica do modelo proposto, caberá verificar a **eficiência e a economicidade** deste modelo comparado a outras modalidades existentes no âmbito do Direito Administrativo, o que deverá ser levado a cabo por técnicos de outras Controladorias a serem definidos em momento ulterior.

Por fim, observa o eminente Relator que:

[...] o estudo ora proposto deverá ser dissociado da condição fática trazida aos autos pelo Ministério Público Estadual referente ao Município de São Mateus. O estudo abrangerá, pois, a análise da tese ‘locação de ativos’ como solução para o saneamento básico em geral, devendo se abster de inserir nesse estudo questões concretas relativas ao SAAE de São Mateus.

Por tal motivo, não será considerado o Parecer de fls. 638/691, juntado aos autos pelo Consórcio Águas de Cricaré (vencedor da Concorrência Pública n. 2/2011 do Município de São Mateus), por não se adequar ao rito do presente estudo, que deve ser realizado **em tese**. A análise de tal ato opinativo, contudo, torna-se pertinente no bojo da representação que deu origem a este feito.



Ademais, cumpre ressaltar que os autos do presente processo tiveram entrada nesta Controladoria em **28/8/2012**, devendo tal dia ser considerado como termo *a quo* para a contagem do prazo de **60 dias** definido na Decisão TC n. 3121/2012 para a conclusão do estudo.

Isto posto, passa-se à análise de mérito.

III MÉRITO

O questionamento trazido à baila diz respeito à viabilidade jurídica de a Administração Pública realizar licitação visando à contratação de Sociedades Empreiteiras para Locação de Ativos, precedida de Concessão de Direito Real de Uso das Áreas.

III.1 DA IMPROPRIEDADE DA TERMINOLOGIA UTILIZADA

De acordo com informações colhidas dos autos, essa modalidade de contrato tem como objeto a realização de obra que possibilite à entidade contratante a prestação de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Tal estrutura lhe será disponibilizada mediante o pagamento de um Valor Mensal de Locação (VML). Ao final do prazo estipulado, o Poder Público assume a propriedade do bem.

De forma geral, incumbe à contratada, além de executar a obra, **viabilizar os recursos financeiros necessários** para tal e elaborar o projeto executivo.

Ao Poder Público, além do pagamento do VML, compete disponibilizar as áreas nas quais a infraestrutura será construída (ativos do contrato) e a respectiva concessão do direito real de uso pela contratada.

Resta claro, então, que a maior vantagem para a Administração Pública nesse tipo de ajuste refere-se à desnecessidade de desembolsar todo o custo da obra ao cabo de sua execução. Assumindo o contratado tal ônus, o ente público garante um **endividamento parcelado** em vários anos, amenizando o impacto sobre suas contas.

Vale destacar também que a natureza de tal vínculo **não é de mera locação**, como se pode pensar ante a alcunha que lhe outorgaram. Isso porque nesta a propriedade do bem não se transfere ao locador ao término do contrato.

Na hipótese em comento, o Poder Público, ao dispender o VML, está arcando também com o custo da obra, pois a titularidade desta lhe é transferida ao cabo da desoneração de suas obrigações. Trata-se na realidade de um **contrato de realização de obra com a terceirização do financiamento**.

É uma figura muito próxima do chamado contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil, regulado pela Lei n. 7.132/83, que assim dispõe:



Art. 1º [...]

Parágrafo único - Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

A diferença está no fato de que no arrendamento mercantil, a arrendadora adquire o bem e o cede para a arrendatária mediante paga, havendo opção de compra ao término do prazo contratual. Na locação de ativos, a contratada realiza uma obra e a aluga para o Poder Público que, ao término das prestações, **adquire automaticamente a propriedade** da estrutura construída.

Em ambos os casos, resta claro que a necessidade de pessoa interposta na aquisição do bem (ou realização da obra, no caso da locação de ativos) está no poder financeiro que esta tem e que o usuário do bem (ou da estrutura) não tem. O arrendatário ou o Poder Público, conforme o caso, assume um endividamento parcelado, por falta de condições de fazê-lo em um só momento de forma integral.

Nesses termos, conclui-se que a locação de ativos trata-se na verdade de um **contrato de realização de obra com terceirização do financiamento**. Doravante, passa-se à verificação da possibilidade de enquadramento desse ajuste no ordenamento jurídico.

III.2 DA CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que a expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob **regime de direito público**, seja sob **regime de direito privado**.

Quanto ao contrato administrativo, destaca que são “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo **regime jurídico de direito público**”¹.

A referida autora argumenta que, “nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **horizontalidade**” [grifo nosso].

Já nos contratos administrativos, “a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **verticalidade**”² [grifo nosso].

Nessa abordagem, constata-se que a Administração Pública pode celebrar contratos com características diversas, havendo diferenças quanto ao regramento que lhes é aplicável, bem como às prerrogativas de que dispõe.



No que tange ao regime jurídico aplicável, Marçal Justen Filho reconhece a existência de três modalidades de contrato administrativo. Assim ensina o referido autor²:

Existem, primeiramente, os **contratos administrativos propriamente ditos**. São aqueles cujo objeto reside em prestações realizadas entre particulares e a Administração Pública, sujeitos a um **regime jurídico de direito público próprio** (caracterizado pela existência de prerrogativas extraordinárias em prol do ente estatal), definido preponderantemente na Lei n. 8.666. [grifo nosso]

Em segundo lugar, há os contratos cujo objeto consiste na **delegação a particulares do exercício de competências administrativas**. O objeto da contratação consiste na atribuição de título jurídico para que um terceiro desempenhe funções tipicamente estatais, desencadeando relações jurídicas de direito público perante os administrados. Esses são os contratos de concessão de serviço público, especialmente. Estão regidos subsidiariamente pela Lei n. 8.666. [grifo nosso]

Em terceiro lugar, os **contratos subordinados preponderantemente ao direito privado**, em que a participação de ente administrativo não acarreta alteração substancial do regime jurídico. São os contratos referidos no art. 62, § 3º, inc. I, da Lei nº 8.666. [grifo nosso]

Analisando a natureza do contrato de locação de ativos, conclui-se que melhor se adequa aos **contratos administrativos propriamente ditos**. Isso porque não é possível enquadrá-los nas demais espécies.

Na segunda hipótese (concessões de serviço público), p. ex., há a necessidade de delegação de competências administrativas para o particular. Não é o caso. Na locação de ativos, a própria Administração Pública prestará o serviço, valendo-se de infraestrutura construída por particular e por ele alugada, com a incorporação do bem ao fim do prazo ajustado.

Na terceira situação, fala-se das hipóteses do art. 62, § 3º, I, da Lei n. 8.666/93, a saber: “contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado”.

Embora a locação de ativos possa aparentemente se enquadrar no referido dispositivo num primeiro momento, tal impressão logo é desfeita se for considerado que nos contratos de aluguel o locatário não adquire o bem ao final.

Ademais, o bem objeto da locação foi construído “sob encomenda” do Poder Público, a fim de atender as suas necessidades. O particular, responsável pela execução da obra, deverá levá-la a cabo de acordo com os ditames estabelecidos pela Administração, como *conditio sine qua non* para que se alcance o interesse público.

Trata-se, então, de uma modalidade híbrida em que se contrata a realização de obra, a expensas da contratada, com a subsequente locação dessa infraestrutura e incorporação dela ao final do prazo estipulado.

Diante da relevância dos bens jurídicos em questão, outra conclusão não é cabível, pois enquadrar tal modalidade de contrato no âmbito do direito privado significa privar a Administração Pública de fazer uso do seu **poder de império**, próprio dos contratos administrativos regidos pelo direito público e necessário à consecução do interesse público.



Assim, p. ex., se tal contrato for considerado preponderantemente como uma locação, resta claro que tal será regido pelas normas de direito privado e, dessa forma, o particular terá liberdade de realizar a obra conforme as soluções técnicas que considerar convenientes.

Isso significa que a Administração Pública não poderá exigir, p. ex., um projeto básico/executivo detalhado do particular, o que é temerário diante do que tal ajuste representa. Como o contratado não irá prestar o serviço, mas o Poder Público, é incoerente pensar que toda a infraestrutura a ser construída levará em conta o que for estabelecido pelo particular.

Sobre o projeto básico e o projeto executivo, assim estabelece o Estatuto das Licitações:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

IX - **Projeto básico** - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) **soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;**

c) **identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento**, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

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

X - **Projeto Executivo** - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT; [grifo nosso]

A partir do descrito acima, não é difícil conceber que a impossibilidade de a Administração Pública exigir um projeto básico detalhado, bem como um projeto executivo, irá privá-la de um objeto mais adequado aos seus interesses.

Por conseguinte, posteriormente à entrega da obra, dentre outras questões, pode haver a necessidade de um número maior de ajustes identificados pela Administração Pública para a prestação eficiente do serviço público, algo que o legislador desejou evitar, conforme se observa no art. 6º, IX, b, da Lei n. 8.666/93.



Isso significa, indubitavelmente, que o contratado poderá exigir, para a realização dos ajustes, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 65, § 6º, da Lei n. 8.666/93), resultando no **aumento do VML** e, conseqüentemente, do **preço da taxa de prestação do serviço à sociedade** ou mesmo da **duração do prazo acordado**.

Nota-se, portanto, que o Poder Público poderia se tornar “refém” do particular por não ter participado ativamente do planejamento da obra que, repita-se, lhe será incorporada ao patrimônio ao cabo do prazo estabelecido.

Ora, se a Administração, para atender a seus interesses, estará contratando a construção de um bem (não apenas alugando tal estrutura, como ocorre num contrato de locação), então é possível depreender que o faz por não se tratar de um objeto usual, facilmente encontrado no mercado. Ela precisa de algo específico, determinado, algo para atender uma demanda peculiar. Pois se o contrário fosse, não seria necessário realizar uma obra, bastaria alugar o bem.

Assim sendo, se há uma demanda específica, pode-se concluir que a Administração Pública não pode abdicar de seu poder de exigir um projeto básico e executivo detalhado, sob pena de comprometer a prestação futura dos serviços, bem como de se tornar refém do particular diante de alterações “necessárias” na estrutura e do conseqüente aumento do VML que isso irá acarretar.

Outro problema constatado ante a ausência de projeto básico minucioso é a dificuldade de estimar o **custo global da obra** (art. 6º, IX, f, da Lei n. 8.666/93). Ora, como definir se o preço exigido pelo particular para a locação de ativos é justo diante da ausência desse instrumento?

Se o que será licitado será o VML e tal será constituído de vários elementos (o custo da obra e do financiamento, o lucro do particular, etc.), como mensurar o preço a ser pago pela Administração (e, conseqüentemente, pela sociedade) por um contrato dessa monta?

A locação de ativos é um contrato de obra com financiamento embutido e isso significa que o administrador pode acabar considerando, no momento da contratação, apenas o custo parcial (mensal/anual) da obra em detrimento do endividamento global que isso irá resultar. De fato, pode ser uma grande tentação concentrar-se no valor da prestação, desconsiderando o custo total do empreendimento.

Desprezar tal aspecto, portanto, é demasiado perigoso, se for considerado que há notícia de inúmeros casos de conluio entre particulares para manipular o preço do objeto a ser ofertado para o Poder Público.

Pode ocorrer, então, que os licitantes, direcionados a fraudar o certame, estabeleçam entre si o preço mínimo a ser ofertado, maior que o preço justo, e o administrador incauto (desprovido de projeto básico que o oriente) se veja condicionado a homologar o procedimento ante a inexistência de ofertas melhores.

O gestor zeloso deve se precaver de tais manobras na tutela da coisa pública, orçando de antemão e detalhadamente o valor que deseja pagar pelo objeto a ser contratado. É o mínimo que se espera dele.



Vale destacar, outrossim, que a qualidade dos materiais e serviços a serem utilizados na obra também são detalhados no projeto básico, conforme se depreende da leitura do art 6º, IX, c, da Lei n. 8.666/93.

Nesses termos, como garantir que o particular irá se valer das soluções técnicas mais adequadas se a Administração Pública não participar ativamente do planejamento? Não é tolo o ditado popular que ensina que é melhor prevenir do que remediar.

Não bastassem tais argumentos, cumpre ressaltar o principal óbice à consideração da locação de ativos como contrato administrativo regido pelo direito privado: o **afastamento da competência do Tribunal de Contas para fiscalizar a obra**. Em sendo verdadeira a premissa de que o contrato em questão refere-se tão somente a uma locação de infraestrutura pelo particular ao Poder Público, então a contratada teria amplos poderes sobre o objeto, que lhe pertenceria e cujo uso seria cedido mediante paga.

Nessa hipótese, não caberia ao Tribunal de Contas fiscalizar a execução da obra, pois se trataria de objeto privado disponibilizado à Administração Pública mediante o pagamento de aluguel. Tal conclusão, entretanto, é temerária diante do vulto da contratação (trata-se de construção de infraestrutura de saneamento básico para atender um Município inteiro com fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, ou seja, algo na ordem de milhões de reais).

Ora, uma contratação desse porte, com prazo dilatado, insuscetível de controle externo é um “cheque em branco”, o que, nas mãos de administradores mal intencionados, significa resultados desastrosos. A sociedade não pode pagar por isso. Está-se diante de uma inversão de valores, em que passa a valer a **supremacia do interesse privado sobre o público**. Não se pode admitir.

Conforme demonstrado no item III.1 desta instrução, a locação de ativos não é na sua essência uma locação. Trata-se, na realidade, de contrato de execução de obra com terceirização de financiamento. Nesse caminho, é indispensável a atuação das Cortes de Contas na sua fiscalização.

Por tais motivos, entende-se que a locação de ativos deve ser enquadrada como um **contrato administrativo estrito senso**, com todas as implicações de que isso resultar. Não se amolda à estrutura dos contratos administrativos de direito privado, pois nesta modalidade a Administração Pública não pode fazer determinadas exigências essenciais à consecução do interesse público, bem como se restringe a participação dos Tribunais de Contas no exercício da sua função de controle.



III.3 DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O art. 37, XXI, da Constituição Federal (CF) assim estabelece:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações** serão contratados mediante **processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [...]

Como se depreende do dispositivo acima, as obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados mediante processo de licitação pública, tendo como objetivo principal a garantia de igualdade de condições entre todos os concorrentes.

Nesse sentido, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei n. 8.666/93, que assim dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a **obras, serviços**, inclusive de publicidade, compras, alienações e **locações** no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [grifo nosso]

Parágrafo único - Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O *caput* do dispositivo deixa claro que os contratos atinentes a obras e locações estão adstritos ao teor da referida lei.

Ora, a locação de ativos, como demonstrado acima, envolve a realização de obra, com recursos próprios da contratada, e posterior locação dessa infraestrutura ao Poder Público, ao patrimônio do qual será incorporado o bem decorrido o prazo acordado.

Isso significa que o referido ajuste possui vários elementos, todos eles abrangidos pela Lei de Licitações, configurando um **modelo híbrido de contrato administrativo**, como já demonstrado anteriormente.

Aliás, para aqueles que consideram que é descabida a inserção dos contratos de locação no art. 1º da Lei n. 8.666/93, algo não previsto originalmente no art. 37, XXI, da CF, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho⁴, cumpre destacar que a modalidade de contrato em exame não apresenta tal natureza, apesar da alcunha que lhe outorgaram.

Como destacado, a locação de ativos é **contrato de realização de obra com financiamento embutido**. As parcelas pagas mensalmente não se referem a mero aluguel da infraestrutura, mas de verdadeiro pagamento dela. Isso porque o bem será revertido ao Poder Público ao final do prazo⁵, o que não é cabível na locação.



Além disso, a Administração Pública não escolhe bem pré-existente para usá-lo mediante paga, mas contrata a construção dele para atender a seus interesses, o que também não é próprio desses contratos de direito privado.

Dessa forma, a locação de ativos, possuindo elementos típicos de um contrato administrativo estrito senso, deve obedecer aos ditames do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, cujas normas gerais serão fixadas pela União, conforme art. 22, XXVII, da CF.

Além disso, a CF delega à lei complementar a competência para disciplinar a matéria referente às finanças públicas (art. 163, I). Como a locação de ativos envolve a terceirização de financiamento, é razoável que tal observe os ditames da LC n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).

Isso posto, passa-se à verificação das normas gerais traçadas na Lei n. 8.666/93 quanto à autorização desse tipo de contratação para, posteriormente, fazê-lo quanto à LRF.

III.4 DOS ASPECTOS ATINENTES À LEI N. 8.666/93

Considerando-se que a locação de ativos se trata de um contrato de obra com financiamento embutido, abrangido pela Lei n. 8.666/93, como cabalmente demonstrado anteriormente, verifica-se no art. 7º o seu regramento:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

- I - projeto básico;
- II - projeto executivo;
- III - execução das obras e serviços.

[...]

§ 3º **É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.**[grifo nosso]

[...]

Nesse ponto encontra-se o deslinde da questão relativa à legalidade desse tipo de contratação. Na locação de ativos, o Poder Público delega ao particular a obtenção de recursos financeiros para a execução da obra, o que é expressamente vedado pelo art. 7º, § 3º, do referido diploma legal. Sobre o assunto, assim destaca Marçal Justen Filho⁶:

A previsão de recursos orçamentários para execução da obra ou do serviço é pressuposto da instauração da licitação. Logo, até se tornaria desnecessária a regra do § 3º. **No entanto e para eliminar práticas reprováveis, a Lei expressamente reprime a intermediação para obtenção de recursos. Essa regra visa evitar que os particulares percebam uma “comissão” sobre os valores liberados.** A proibição refere-se a recursos de quaisquer origens.[grifo nosso]



Assim, ressalvados os casos de concessão, regidos pela Lei n. 8.987/95, não é possível que o Poder Público terceirize o financiamento da obra. O motivo é óbvio: a Administração pagará ao contratado, além do custo da obra e do lucro correspondente, o valor do financiamento e a comissão do particular.

Tal hipótese poderá tornar contratação excessivamente onerosa para a sociedade se for considerado, ainda, que haverá a incidência na taxa de prestação de serviço dos custos operacionais da entidade pública.

Nesses termos, reconhecendo que a Administração Pública encontra-se adstrita ao princípio da legalidade, **não é possível falar-se na locação de ativos como solução para a prestação de serviços de saneamento**. Sobre tal princípio, assim destaca José dos Santos Carvalho Filho⁷:

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que **só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante**. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: **só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei**.

Se por meio de tal princípio, entende-se que o administrador está proibido de praticar condutas não previstas em lei, com muito maior razão deverá se abster de praticar aquelas expressamente vedadas.

Por um ou por outro caminho, então, a locação de ativos **não deve ser autorizada**, seja porque não há previsão legal expressa sobre essa modalidade contratual seja porque há vedação clara de terceirização de financiamento pela Lei de Licitações, algo que está na base desse tipo de ajuste.

III.5 DOS ASPECTOS ATINENTES À LRF

A LRF representa um grande avanço no que diz respeito ao controle do endividamento dos entes públicos. Em seu art. 29, que cuida “Da Dívida e do Endividamento”, encontram-se algumas definições importantes:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

I - dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses;

II - dívida pública mobiliária: dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios;

III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

IV - concessão de garantia: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada;



V - refinanciamento da dívida mobiliária: emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária.

[...]

Dentre as definições apresentadas pela lei, destaca-se a de **dívida pública consolidada ou fundada**, que compreende o montante total, apurado sem duplicidades, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de contrato, para amortização em prazo superior a 12 meses.

O art. 30 do referido diploma legal, por sua vez, determina que o Senado Federal estabeleça limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados e dos Municípios.

Tal regramento é a Resolução n. 40/2001, com as alterações decorrentes da Resolução n. 2/2005, que estabelece em seu art. 3º o seguinte:

Art. 3º A **dívida consolidada líquida** dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação desta Resolução, não poderá exceder, respectivamente, a:

I - no caso dos **Estados e do Distrito Federal: 2 (duas) vezes a receita corrente líquida**, definida na forma do art. 2º; e

II - no caso dos **Municípios: a 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida**, definida na forma do art. 2º.

Parágrafo único. Após o prazo a que se refere o caput, a inobservância dos limites estabelecidos em seus incisos I e II sujeitará os entes da Federação às disposições do art. 31 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

A referida Resolução define **dívida consolidada líquida** como sendo a “dívida pública consolidada deduzidas as disponibilidades de caixa, as aplicações financeiras e os demais haveres financeiros” (art. 1º, § 1º, V). A **receita corrente líquida** é definida, por sua vez, no art. 2º:

Art. 2º Entende-se por receita corrente líquida, para os efeitos desta Resolução, o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

I - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

II - nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

[...]

O art. 30, § 4º, da LRF determina que a aferição de tais limites será efetuada ao final de cada quadrimestre e, caso não sejam observados, assim prevê o art. 31:

Art. 31. Se a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, **deverá ser a ele reconduzida até o término dos três subsequentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro.**

§ 1º Enquanto perdurar o excesso, o ente que nele houver incorrido:

I - estará proibido de realizar operação de crédito interna ou externa, inclusive por antecipação de receita, ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária;

II - obterá resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite, promovendo, entre outras medidas, limitação de empenho, na forma do art. 9º.



§ 2º Vencido o prazo para retorno da dívida ao limite, e enquanto perdurar o excesso, o ente ficará também impedido de receber transferências voluntárias da União ou do Estado.

§ 3º As restrições do § 1º aplicam-se imediatamente se o montante da dívida exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo.

§ 4º O Ministério da Fazenda divulgará, mensalmente, a relação dos entes que tenham ultrapassado os limites das dívidas consolidada e mobiliária.

§ 5º As normas deste artigo serão observadas nos casos de descumprimento dos limites da dívida mobiliária e das operações de crédito internas e externas.

Como se depreende da leitura de tais dispositivos, o legislador infraconstitucional estabeleceu medidas duras casos os limites de endividamento não sejam observados pelos entes públicos, demonstrando sua preocupação com o tema.

Na locação de ativos, o ente público terceiriza o financiamento, que correrá à conta do particular, o que poderia, a princípio, afastar o cumprimento de tais limites e, conseqüentemente, das restrições que lhe poderiam ser impostas, mormente se tal modalidade contratual pudesse ser regida pelo direito privado.

Contudo, se o Poder Público irá realizar uma obra financiada em vários anos [30 anos, no caso concreto que ensejou o presente estudo], resta claro que isso deve constituir a sua dívida consolidada e, por conseguinte, observar o disposto na LRF. Outra conclusão pode mascarar os níveis de endividamento do ente público com conseqüências desastrosas.

Sendo assim, conclui-se que a locação de ativos afronta os objetivos traçados pela LC n. 101/2000, pois, ao terceirizar o financiamento de uma obra e tratá-lo como uma mera locação de infraestrutura, dissimula os níveis de endividamento do Poder Público.

III.6 DA ANÁLISE EM RELAÇÃO AOS MODELOS JÁ EXISTENTES

Reconhecendo que a maior vantagem para o Poder Público na locação de ativos é a terceirização do financiamento, não se vislumbra a possibilidade legal de sua concretização, conforme visto nos itens III.4 e III.5.

Além disso, há outros modelos que melhor atendem tal demanda da Administração sem incorrer em conflitos com o ordenamento jurídico vigente.

Numa **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública** (art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95⁸), v. g., elimina-se a intermediação do particular, pois quem realiza a obra também será o prestador do serviço. Isso significa redução de custos e conseqüentemente a possibilidade de uma tarifa mais justa para a sociedade.

Vale destacar também que nas concessões não há endividamento para o Poder Público, pois o particular é remunerado exclusivamente pela tarifa paga pelo usuário, como destaca José dos Santos Carvalho Filho⁹:



Nessa forma de concessão, pretende o Estado livrar-se do dispêndio que obras públicas acarretam, deixando todo o investimento a cargo do concessionário. Como este investe, com toda a certeza, vultosos recursos na execução da obra, é justo que se lhe permita explorá-la para recuperar o capital investido. Por outro lado, a coletividade se beneficia da obra, e o Estado, após o prazo da concessão, assume sua exploração, podendo, ou não, transferi-la novamente, se for de sua conveniência. [grifo nosso]

Outra opção que proporciona equilíbrio entre as condições de endividamento do poder público e o valor da tarifa a ser repassado para a sociedade é a **parceria público-privada, na modalidade patrocinada.**

Como bem definido no art. 2º da Lei n. 11.079/2004¹⁰, a parceria público-privada é um contrato de concessão e, quando utilizado na modalidade patrocinada, há contraprestação do parceiro público ao privado adicionalmente à tarifa cobrada do usuário.

Isso proporciona uma maior adequação quanto à capacidade de endividamento do ente público, pois embora não podendo assumir todos os custos da execução da obra, o que o leva a delegá-la ao particular, possui recursos financeiros suficientes para arcar com parte do empreendimento.

Assim, a obra será custeada em parte pelo usuário, por meio da tarifa, e em parte pelo parceiro público, por meio de contraprestação dirigida ao parceiro privado. Em tese, tal mecanismo alivia o preço do serviço a ser repassado à sociedade, além de proporcionar maior eficiência no atendimento das necessidades da população (algo mais comum na esfera privada).

Além disso, considerando que a concessão é um contrato administrativo regido pelo **direito público**, não perde a Administração Pública o seu poder de império sobre o particular, o que melhor se adequa à consecução dos interesses públicos. É o que destaca o referido autor¹¹:

Importante frisar que, tendo a natureza jurídica de contratos administrativos, as concessões **submetem-se basicamente a regime de direito público**, cujas regras, como visto, estão enunciadas na Lei n. 8.987/95. Supletivamente, porém, é admissível a incidência de normas de direito privado, pois que neste é que se encontra detalhada a disciplina que regula os contratos em geral. A fonte primeira, no entanto, é a lei especial reguladora. [grifo nosso]

Como a parceria público-privada também é um contrato de concessão, segue o mesmo raciocínio, conforme se depreende do magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

A natureza jurídica desse tipo de ajuste é a de **contrato administrativo de concessão de serviço público**, como, aliás, emana da própria lei (art. 2º). Tendo em vista que a lei se refere à concessão *comum*, regulada pela Lei nº 8.987/95, há que se considerar a delegação em foco como **concessão especial**, para distingui-la daquela outra modalidade.

Incidem sobre tais contratos o princípio da desigualdade das partes e as cláusulas exorbitantes peculiares aos contratos administrativos previstos nas Leis nº 8.666/93 e 8.987/95, entre elas a alteração e a rescisão unilateral do contrato e a aplicabilidade de sanções administrativas.



Por oportuno, vale destacar que, em levantamento feito pelo Exmo. Conselheiro Relator, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD/2010, a melhor experiência com saneamento básico no Espírito Santo é a de Cachoeiro do Itapemirim.

Nesse Município foi feita uma concessão que atingiu índices de cobertura de 94% (água) e 86% (esgoto coletado e tratado). Tais números são bem superiores aos verificados em outras experiências no Estado, como é o caso do Cesan, *v. g.*, que atende a 52 Municípios, sendo que 64% deles são atendidos por rede geral de água e 48% por rede de coleta de esgoto.

Quanto aos SAAE's, consta dessa pesquisa que tais atendem a 24 Municípios, sendo que 66% dos domicílios são atendidos por rede geral de água e 48% por rede de coleta de esgoto (embora grande parte não seja tratado).

A frieza dos dados denota maior eficiência na prestação do serviço pela iniciativa privada, devendo tal modelo ser levado em consideração como solução para o saneamento básico no Estado, com as devidas cautelas exigidas pela lei para esse tipo de contratação.

Isso não significa, obviamente, que a gestão pública de tais serviços deve ser descartada. A privatização deve ser encarada de acordo com a realidade local e com a ponderação de benefícios e malefícios que tal sistema pode trazer. Até porque, não há garantias de que o serviço, sendo prestado pela iniciativa privada, necessariamente será de qualidade e de altos índices de satisfação. A Administração Pública está repleta de exemplos de más contratações por todo o Brasil.

Não obstante, é preciso reconhecer que se existem modelos viáveis previstos em lei, como as concessões e as PPP's, torna-se temerário apostar na locação de ativos como solução para o saneamento básico diante das restrições apresentadas.

Considerando o vulto desse tipo de contratação, os prejuízos desse tipo de “teste” podem ser irreparáveis ou de difícil reparação para a sociedade. Em contraposição, os benefícios podem ser facilmente alcançados por modalidades já reconhecidas no ordenamento jurídico.

Isto posto, até que a locação de ativos tenha tratamento por lei em nosso país, conclui-se que não deve ser admitida.

IV CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente estudo de caso especial apresenta as seguintes conclusões:

1. A locação de ativos, caso fosse possível, seria um **contrato de realização de obra com terceirização do financiamento**, submetendo-se, portanto, a **regime de direito público** e não de direito privado. Tal entendimento visa evitar, dentre outras questões:



- A impossibilidade de incidência do poder de império da Administração Pública sobre o particular, destacando-se a prerrogativa de exigir projeto básico/executivo detalhado;
 - O afastamento da competência do Tribunal de Contas para fiscalizar a execução da obra.
2. A locação de ativos **é vedada pelo art. 7º, § 3º, da Lei n. 8.666/93**, que proíbe incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem;
 3. A locação de ativos **não se adequa à finalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal**, pois ao terceirizar o financiamento de obra e tratá-lo como mera locação de infraestrutura, dissimula os níveis de endividamento do ente público;
 4. Os prejuízos desse tipo de contratação, à margem da lei, podem ser **irreparáveis ou de difícil reparação** para a sociedade. Em contraposição, os benefícios **podem ser facilmente alcançados por modalidades já reconhecidas no ordenamento jurídico**.

Por tais motivos, até que a locação de ativos tenha tratamento por lei em nosso país, conclui-se que **não deve ser admitida**.

Vitória, 17 de outubro de 2012.

Respeitosamente,

LYNCOLN DE OLIVEIRA REIS
Auditor de Controle Externo
Matrícula n. 203.139

- Petição protocolizada em 14 de setembro de 2012 pelo Consórcio Águas do Cricaré, reiterando o pedido de tramitação preferencial do feito, bem como juntando novo parecer jurídico de autoria do advogado Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (fls. 729 a 752, vol. III);
- Petição protocolizada em 16 de janeiro de 2013 pelo Consórcio Águas do Cricaré requerendo a juntada de artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, assinado pelo economista Gesner Oliveira, e reiterando o pedido de tramitação preferencial (fls. 757 a 760, vol. III).



- Petição protocolizada em 6 de fevereiro de 2013, pelo Consórcio Águas do Cricaré, o qual ratifica o pedido de tramitação preferencial e em caráter de urgência, além de requerer a juntada de dois outros pareceres. O primeiro, intitulado Réplica da PCF Engenharia S/S Ltda, subscrita pela engenheira Maryberg Braga Neto (fls. 768 a 822, vol. III). O seguinte, denominado Parecer Complementar, de autoria do advogado Floriano de Azevedo Marques Neto, da Sociedade de Advogados Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques (fls. 823 a 861, vol. III).

3 ANÁLISE

3.1 DAS DIRETRIZES PARA A REALIZAÇÃO DO ESTUDO DE CASO

O corte epistemológico que delimitou o objeto de estudo do presente feito foi definido pelo Plenário desta Corte de Contas por meio da Decisão TC-3121/2012 (fls. 611 e 612, vol. III), prolatada nos autos da Denúncia TC-7639/2011, nos seguintes termos:

II – **Realizar** um Estudo de Caso, em autos apartados, para aferir a possibilidade jurídica da Administração Pública realizar a licitação visando à contratação de sociedades empreiteiras para locação de ativos, precedida de concessão de direito real de uso das áreas, no prazo de 60 (sessenta) dias;

Esse parâmetro normativo foi moldado a partir das diretrizes apresentadas no primoroso voto proferido pelo Conselheiro Relator Rodrigo Chamoun (fls. 569 a 610, vol. III), a seguir reproduzidas:

II – Acompanhando a área técnica, que seja realizado um **Estudo de Caso** para aferir a possibilidade jurídica da Administração Pública realizar licitação visando à contratação de Sociedades Empreiteiras para **Locação de Ativos**, precedida de Concessão de Direito Real de



Uso da Áreas, **assinando um prazo máximo de 60 (sessenta) dias para sua conclusão.**

II.1 O Estudo de Caso a ser coordenado pela 8ª CT deverá contar com uma equipe técnica multidisciplinar com fito à verificação da viabilidade não somente jurídica, como também econômica e financeira da contratação no modelo proposto.

II.2 Determino que o “**Estudo de Caso**” seja realizado em autos apartados, devendo ser providenciado pelo NCD o traslado de cópia das peças juntadas aos presentes autos para instruir a manifestação a ser elaborada pela 8ª Controladoria Técnica (CT), sob os registros de que o estudo deverá cingir-se a uma análise em tese, abstraindo-se do caso concreto do SAAE de São Mateus, a fim de resultar em orientação de caráter geral, seja de ordem interna ou externa, conforme a situação;

A objetivação da análise do caso em tela tem o propósito de resultar em orientação normativa de caráter geral, restringindo-se, contudo, à interpretação dada por este Tribunal de Contas às normas jurídicas aplicáveis à espécie.

Salvo melhor juízo, essa limitação decorre do fato de que os aspectos metajurídicos pertinentes à matéria se inserem no âmbito da autonomia e da discricionariedade da Administração Pública, guardando estreita relação com a realidade vivenciada por cada jurisdicionado, tornando-se, por conseguinte, neste momento, intangível ao alcance normativo dos órgãos responsáveis pelo controle externo.

Por se tratar de estudo em tese, a análise multidisciplinar proposta, particularmente no que diz respeito à viabilidade econômica e financeira do modelo de empreendimento submetido à investigação científica, parece não prescindir da coleta de dados empíricos que traduzam a realidade vivenciada pelos jurisdicionados, o que pode representar óbice intransponível ao aproveitamento deste fenômeno cognitivo aos propósitos normativos do presente procedimento.

Como se percebe, existe uma forte tendência metodológica em se considerar neste estudo as particularidades do caso concreto que motivou sua gênese, mormente pela necessidade de se conhecer em detalhes os termos do



instrumento contratual elaborado pelo SAAESMA, com o intuito de alcançar o real desígnio dessa autarquia.

Postas essas premissas, passa-se ao enfrentamento do tema central do estudo e das questões que lhe são conexas, quando oportuno.

3.2 DA PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NO PROCEDIMENTO DE ESTUDO DE CASO ESPECIAL

Com amparo na aplicação subsidiária do art. 3º, inciso II, e do art. 9º, incisos I e II, todos da Lei n.º 9.784/99⁴ (lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), a Decisão TC-3121/2012 determinou que o Consórcio Águas do Cricaré, vencedor da Concorrência n.º 002/2011 do SAAESMA, fosse cientificado do teor do mencionado *decisum* (fl. 612, vol. III):

V- **Dar ciência** à empresa Consórcio Águas do Cricaré, formado pelas empresas Construtora Brasília Guaiba Ltda e Amafi Comercial e Construtora Ltda., com base na aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99, Lei Geral de Processo Administrativo Federal (art. 3º, inciso II e art. 9º, incisos I e II), e com fulcro no art. 161, § 1º, incisos I e V, do Regimento Interno deste Tribunal.

Após a formação dos autos deste Estudo de Caso Especial, o Consórcio Águas do Cricaré, atribuindo-se a qualidade de interessado no estudo, passou a defender seus interesses no presente feito por meio de petições acompanhadas de pareceres elaborados por renomados juristas nacionais

⁴ **Art. 3º** O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
[...]
Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:
I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;
II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;



acerca do objeto de análise deste procedimento (fls. 636 a 691, vol. III; e fls. 729 a 752, vol. III) e de artigo publicado em jornal do Estado de São Paulo (Folha de São Paulo), subscrito pelo destacado consultor econômico Sr. Gesner Oliveira⁵ (fls. 757 a 760, vol. III).

Nova petição fora trazida aos autos (fls. 765 a 767, vol. III), requerendo-se a juntada de dois outros pareceres complementares (fls. 768 a 822, vol. III; e 823 a 861, vol. III).

Quadra sublinhar que o parecer apresentado pela sociedade empresária PCF Engenharia S/S Ltda, da lavra da engenheira Maryberg Braga Neto⁶ (fls. 768 a 822, vol. III), em seu introito à folha 770, a guisa de “[...] *contribuir em caráter colaborativo/elucidativo ao E. Tribunal de Contas oferecendo as considerações com o fito de justificar os procedimentos adotados na escolha da modelagem eleita para a contratação ‘locação de ativos’-; **se insurge desta feita para clarificar as conclusões emitidas pelo Sr. Auditor de Controle Externo, das quais não comungamos e não nos furtaremos em trazer para o cenário dessa defesa a modelagem ‘locação de ativos’-; [...]**” (destaque nosso), em verdade, instalou um verdadeiro conflito de interesses em processo administrativo de Estudo de Caso Especial, vez que, tendo ciência inequívoca dos termos da manifestação técnica desta Corte (a audiência bilateral é justamente a essência do princípio constitucional do contraditório) exercitou a*

⁵ O Sr. **Gesner Oliveira**, ex-diretor do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (1996-2000) e ex-presidente da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - **SABESP** (2007-2010), é sócio da GO ASSOCIADOS (www.goassociados.com.br/equipe). Atualmente, atua como perito para o CADE na área de saneamento e sua empresa presta consultoria a grupos econômicos ligados a empresas integrantes do consórcio vencedor da licitação internacional CSS 11.948/09, realizada pela **SABESP**, que teve por objeto também a “locação de ativos precedida de concessão de direito real de uso” (fl. 482, vol. III).

⁶ A Sr.^a **Maryberg Braga Neto**, engenheira civil com especialização em Direito Administrativo, SDBP e MBA em Gestão de Negócios para Executivos, consultora em licitações e contratações, foi gerente de licitações da **SABESP** e atua há 32 anos na área; pregoeira, especialista em modelagens avançadas de licitações, inclusive internacionais, de obras, serviços, compras, parcerias público-privadas, locação de ativos e concessões. Autora dos artigos “Oportunidade e a juridicidade da contratação de obras para o setor de saneamento básico por meio de locação de ativos”, publicado pela Revista SANEAS, da Associação dos Engenheiros da **SABESP** (<http://www.aesabesp.org.br/arquivos/saneas/saneas42.pdf>), e “Locação de ativos é ferramenta para saneamento”, publicado pelo site Consultor Jurídico (<http://www.conjur.com.br/2012-dez-19/maryberg-neto-locacao-ativos-ferramenta-saneamento-basico>).



oportunidade de manifestação, contrapondo-se sobre cada um dos específicos tópicos delineados pelo servidor desta Corte (exercício de ampla defesa).

Enquanto legítimo o direito do consórcio em defender seus interesses concretos perante esta Corte de Contas, a sua participação interventiva não encontra abrigo nos autos deste procedimento, o qual se propõe a estudar, em abstrato, o objeto da licitação deflagrada pelo SAAESMA.

O Estudo de Caso Especial constitui procedimento interno destinado à construção de premissa normativa – não vinculante – a ser aplicada posteriormente a casos concretos submetidos à cognição da equipe técnica desta Corte de Contas.

Trata-se, portanto, de procedimento *interna corporis* que resulta na formação de um juízo de valor prévio acerca de uma situação jurídica abstrata, sendo realizado, em regra, apenas com a participação de integrantes do corpo técnico deste Tribunal.

Logo, o Estudo de Caso Especial não se realiza em contraditório, porquanto não há partes com interesses antagônicos entre os profissionais responsáveis pela sua elaboração, já que todos são movidos apenas pelo interesse público.

Por isso, a salvaguarda das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa deve ser oportunizada, tão-somente, quando da análise do caso concreto por parte deste Tribunal, razão pela qual o presente Estudo – realizado em tese – não comporta a participação do Consórcio Águas do Cricaré, haja vista que não lhe assiste o direito de intervir durante o processo de elaboração das peças técnicas deste Tribunal, mas apenas após, quando o documento encontrar-se finalizado.



Ademais, o comando normativo contido na Decisão TC-3121/2012 determina apenas que se dê “ciência” à parte interessada, não importando, *data venia*, em autorização para intervenção nestes autos.

Certamente, esse posicionamento hermenêutico não prejudica o direito de eventuais interessados contraporem seus argumentos ao entendimento formado pela área técnica a partir do estudo de caso em tela, seja pela via administrativa, nos autos do procedimento próprio, seja pela via judicial, se assim lhes convier.

Desse modo, ao Consórcio Águas do Cricaré restam assegurados o contraditório e a ampla defesa unicamente na análise do seu caso concreto, isto é, nos autos do processo próprio, Denúncia TC-7639/2011, e no momento oportuno de sua intervenção processual, qual seja, de forma diferida, após a manifestação da equipe técnica naqueles autos.

Sobre a natureza do procedimento de Estudo de Caso Especial, esclarece a 8ª Controladoria Técnica do TCE-ES (fls. 346 e 347, vol. II):

[...] o **estudo de caso** refere-se a **demandas internas** que exigem esclarecimento jurídico e podem resultar em orientação de caráter geral para as unidades do Tribunal.

Tal conclusão é possível se for considerado que as **consultas** são **demandas externas**, feitas pelos devidos legitimados, que vão proporcionar aos jurisdicionados direcionamento técnico, de caráter normativo, sobre matérias de jurisdição desta Corte.

[...] O estudo de caso, por ser demanda endógena, terá repercussão junto às unidades deste Tribunal, ao passo que a Consulta, por originar-se de demanda exógena, resultará em orientação aos jurisdicionados.

Em ambas as hipóteses, entende-se que a análise deve ser feita em tese, desvinculada de qualquer caso concreto, a fim de resultar em orientação de caráter geral, seja de ordem interna ou externa, conforme a situação.

Feita a distinção entre os procedimentos de Consulta e de Estudo de Caso Especial, mostra-se oportuno destacar a previsão normativa contida no art. 174



da Lei Complementar Estadual n.º 621/2012 acerca da formação de prejulgados no âmbito desta Corte de Contas:

CAPÍTULO II
DOS PREJULGADOS E DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA
Seção I
Dos Prejulgados

Art. 174. Por iniciativa de Conselheiro, Auditor ou Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, poderá o Plenário, mediante decisão normativa, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da administração, reconhecida a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, observada a forma estabelecida no Regimento Interno.

Parágrafo único. Não poderá atuar como Relator o Conselheiro ou Auditor que suscitar a matéria.

Registre-se, por fim, que este Órgão Ministerial vislumbra a possibilidade, conquanto excepcional, de se admitir a participação colaborativa de terceiros na formação do entendimento técnico desta Corte, na qualidade de *Amicus Curiae* (Amigo da Corte), desde que sejam colhidas contribuições técnicas de entidades representativas de diferentes pontos de vistas, em que se prestigie a pluralidade de ideias e a consagração do princípio da isonomia, inclusive numericamente.

Portanto, não satisfaz esses requisitos a participação exclusiva e unilateral de parte interessada no feito, a exemplo da intervenção realizada pelo aludido consórcio.

Pelas razões expostas, o Ministério Público de Contas sugere o desencarte das peças juntadas neste Estudo de Caso Especial pelo Consórcio Águas do Cricaré, com sua consequente devolução aos respectivos signatários, ou, sucessivamente, sua desconsideração para fins de formação do entendimento técnico deste Tribunal sobre o tema, como o fez a 8ª Controladoria Técnica na Instrução Técnica Especial ITE-1/2012, ao deixar de apreciar o parecer de fls. 638 a 691 (fl. 701, vol. III).



3.3 DO MODELO DE NEGÓCIO DENOMINADO “LOCAÇÃO DE ATIVOS PRECEDIDA DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DAS ÁREAS”, PROPOSTO PELO SAAESMA

O modelo de empreendimento em estudo foi extraído do objeto da Concorrência n.º 002/2011, promovida pelo SAAESMA.

A partir dessa constatação, depreende-se ser inevitável considerar os resultados obtidos neste estudo como subsídio para a análise do mérito da Denúncia TC-7639/2011, processo este originário do presente Estudo de Caso Especial.

Apesar da imprecisão terminológica presente no instrumento contratual trazido aos autos, insta conhecer em profundidade suas cláusulas para alcançar o verdadeiro conteúdo semântico atribuído à expressão “locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso das áreas”, que dá nome ao modelo de negócio engendrado pelo SAAESMA.

Para tanto, impõe-se adentrar nos detalhes normativos que caracterizam a modelagem contratual proposta, haja vista que a referida expressão pode assumir múltiplas feições, corporificando diferentes instrumentos contratuais que contemplam os mais variados direitos e obrigações, dificultando, por conseguinte, a identificação de um modelo teórico padrão, extraído do referido contrato, apto a ser objeto de análise abstrata e de aplicação generalizada a casos concretos.

Diante da inexistência de universo amostral de onde se possa extrair – por meio da aplicação do método indutivo – o que seria a essência de um modelo teórico de contrato denominado “locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso das áreas” (só há um caso a ser analisado), não há como concretizar tal intento sem abandonar o rigor científico inerente às análises dessa natureza.



Por oportuno, registre-se a preocupação deste *Parquet* com o resultado da análise em abstrato do modelo de negócio proposto pelo SAAESMA, de modo que não se transmita à sociedade, antes da apreciação do mérito da Denúncia TC-7639/2011, a errônea impressão de que o eventual reconhecimento, por parte desta Corte de Contas, da viabilidade jurídica do modelo de contrato entabulado pela autarquia mateense signifique, por consequência, que o procedimento licitatório deflagrado esteja em conformidade com a legislação vigente.

Diante desse cenário e das suas naturais limitações cognitivas, passa-se à análise dos principais aspectos do instrumento contratual elaborado pelo SAAESMA que, a princípio, mostram-se suficientes à caracterização do modelo de negócio em exame.

3.3.1 DOS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Antes de explorar os principais aspectos do modelo de negócio entabulado pelo SAAESMA, cumpre fazer uma breve abordagem dos vetores normativos que representam as bases para a construção do sistema de regras que disciplinam as relações jurídicas contratuais firmadas pela Administração Pública.

Definido o objeto de estudo deste procedimento, a abordagem jurídica do tema “locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso das áreas” parte, necessariamente, do exame dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Tal exame mostra-se oportuno para a presente análise na medida em que as regras de direito privado, presentes de forma predominante na modelagem de negócio proposta pelo SAAESMA, não podem, em regra, oferecer restrições



desproporcionais aos referidos princípios jurídicos regentes da atividade administrativa.

Portanto, convém delimitar, neste momento, as fronteiras de aplicação das normas de direito privado à Administração Pública, com o objetivo de verificar, na sequência, sua compatibilidade com o instituto da locação de ativos.

Em regra, a atividade administrativa exercida pelo gestor público rege-se por duas espécies de comandos normativos. A primeira delas lhe impõe a prática obrigatória de determinada conduta, em estrita vinculação aos parâmetros legais, desde que presentes as premissas fáticas prevista na norma de regência. Nessa espécie de ato, conhecido como vinculado, a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal e qual forma (DI PIETRO, 2005, p. 205).

Por seu turno, a segunda espécie confere ao gestor a possibilidade de optar pela prática de uma entre várias condutas possíveis, facultando-lhe a adoção daquela que, segundo sua apreciação valorativa acerca da oportunidade e da conveniência, melhor satisfaça o interesse público tutelado pelo diploma que lhe serve de suporte legal. Trata-se, portanto, do que se convencionou chamar de mérito administrativo, isto é, a margem de liberdade que a lei outorga à Administração nas competências discricionárias (BARCHET, 2011, p. 243).

Em ambos os casos, tem-se uma intransponível moldura jurídica de segurança que limita a ação do administrador público à observância da vontade popular plasmada pelo Parlamento, haja vista lhes ser comum os limites delineados pelo princípio da legalidade administrativa.

A desobediência a tais limites representa ato de deslealdade com a sociedade da qual o gestor faz parte, podendo acarretar em responsabilização jurídica de natureza administrativa, civil, penal e política, além da sanção moral perante



seus semelhantes e da sanção psicológica que, indubitavelmente, aflige sua consciência.

Conquanto legalmente incoercíveis (REALE, 2003, p. 69), estas duas últimas formas de sanção ainda não têm se mostrado suficientes para promover a reordenação do comportamento humano transgressor.

Nota-se, portanto, que a supremacia da vontade da sociedade subjaz a todas as normas jurídicas inerentes ao Estado Democrático de Direito, encontrando-se, por conseguinte, acima da vontade pessoal do gestor público, donde se extrai o conceito de indisponibilidade do interesse público.

Por esse motivo, o interesse público – conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem (MELLO, 2010, p. 61) – lhe é indisponível, formando com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência um conjunto harmônico e necessário de diretrizes que objetivam promover o bem-estar social.

Desprovido de vontade própria, resta ao gestor público apenas cumprir a vontade popular e administrar o que a todos pertence – inclusive a ele próprio – segundo os ditames da Constituição Federal e dos demais diplomas normativos que nela buscam legitimidade e inspiração. Na função de administrar, os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador (MELLO, 2010, p. 74).

Assim, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público atuam como limite intransponível à atividade administrativa, servindo de parâmetro hermenêutico indeclinável à interpretação e à aplicação de todo o ordenamento jurídico, inclusive das normas de direito privado, quando incidentes sobre a Administração Pública.



Em outras palavras, o próprio órgão administrativo que representa o interesse público não tem disponibilidade sobre ele, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-lo – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis* (MELLO, 2010, p. 74).

Em face da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, todos os atos que importem realização de despesa submetem-se à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos de controle externo.

Corroborando a existência de um núcleo intangível de direito público aplicável a todo e qualquer contrato de direito privado de que a Administração Pública seja signatária, tem-se o disposto no art. 62. § 3º, I, da Lei n.º 8.666/93:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei⁷ e demais normas gerais, no que couber:

7

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

§ 1º (Vetado). ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.



I - aos contratos de seguro, de financiamento, **de locação em que o Poder Público seja locatário**, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

Segundo o dispositivo transcrito, é estreme de dúvida a aplicação de normas de direito público aos contratos regidos predominantemente – termo que denota superioridade quantitativa e não qualitativa – por normas de direito privado, porquanto a admissibilidade de cláusulas de direito privado só é permitida na medida em que seu conteúdo normativo não ofereça restrição desproporcional à supremacia e à indisponibilidade do interesse público envolvido, conforme se extrai de comentário doutrinário acerca do citado artigo:

A mera participação da Administração Pública como parte em um contrato acarreta alteração do regime jurídico aplicável. O regime de direito público passa a incidir, mesmo no silêncio do instrumento escrito. O conflito entre regras de direito privado e de direito público resolve-se em favor destas últimas. Aplicam-se os princípios de direito privado na medida em que sejam compatíveis com o regime de

§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no [art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964](#).

[...]

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativo não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Seção II

Da Formalização dos Contratos

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.



direito público. Isso pode, inclusive, provocar a desnaturação do contrato de direito privado. Assim se passa com alguns contratos, tais como o depósito ou o comodato, em que se assegure a uma das partes faculdades de exigir a restituição do bem sob pena de determinadas sanções. Não se pode cogitar da incidência de tais regras contra a Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2009, p. 733).

Denota-se, portanto, à luz da Ciência do Direito, que os contratos firmados pela Administração Pública são classificados segundo a presença ou não de interesse público e não conforme a natureza do diploma normativo que topologicamente abriga sua disciplina jurídica, haja vista que a liberdade contratual encontra suas fronteiras na ideia de ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deve sempre prevalecer quando colide com o interesse privado (GONÇALVES, 2007, p. 22).

3.3.2 DA IMPROPRIEDADE TERMINOLÓGICA DA NOMENCLATURA ATRIBUÍDA AO MODELO DE NEGÓCIO JURÍDICO COMO ELEMENTO APTO A DIFICULTAR A APREENSÃO SEMÂNTICA DA EXPRESSÃO

A nomenclatura utilizada pelo SAAEMA para definir o modelo de negócio que serve de objeto para este estudo (locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso das áreas) evidencia traço característico da liberdade de contratar inerente aos negócios jurídicos firmados no âmbito exclusivo do direito privado. Esse preceito encontra-se inclusive consignado nos arts. 421 e 425 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

[...]

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

O exercício da liberdade de estipular negócios atípicos dá origem a verdadeiros neologismos jurídicos, exigindo-se do interprete do Direito a cautela de não se



prender ao sentido literal da linguagem, mas sim à intenção consubstanciada nas declarações de vontade das partes, consoante preconiza o art. 112 do Código Civil:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Desse modo, a análise do sentido literal da linguagem utilizada para denominar contratos figura como sendo a primeira etapa a ser vencida na linha de raciocínio do intérprete, servindo de premissa a ser confrontada com a real intenção das partes, a ser extraída das cláusulas que compõem o instrumento contratual.

Assim, no caso em exame, cumpre, inicialmente, abrir linhas para fazer uma breve explanação acerca dos conceitos de locação, de ativos e de concessão de direito real de uso, partes integrantes da denominação atribuída à modelagem de negócio proposta pelo SAAESMA.

3.3.2.1 DO INSTITUTO DA LOCAÇÃO

O Direito, como ciência interpretativa, possui como alicerce de sua estrutura lógico-normativa precisos conceitos que caracterizam os institutos responsáveis pelo surgimento, modificação e extinção dos direitos e obrigações que dão forma às relações jurídicas.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da



moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 1999, p. 247).

Ademais, não convém usar indistintamente institutos jurídicos com conteúdos semânticos diversos, sob pena de se criar incoerências e insegurança jurídica no sistema normativo por eles formado, porquanto cada ciência exprime-se em sua linguagem própria (REALE, 2002, p. 7).

Nesse sentido, o conceito de locação pode ser extraído de uma leitura sistemática dos arts. 565 a 578 do Código Civil, reproduzidos a seguir:

CAPÍTULO V **Da Locação de Coisas**

Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o **uso e gozo** de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Art. 566. O locador é obrigado:

I - a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, **e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato**, salvo cláusula expressa em contrário;

II - a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa.

Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.

Art. 568. O locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação.

Art. 569. O locatário é obrigado:

I - a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado **como se sua fosse**;

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;

III - a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito;



IV - a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular.

Art. 570. Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos.

Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.

Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.

Art. 572. Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis.

Art. 573. A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

Art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado.

Art. 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

Art. 576. Se a coisa for alienada durante a locação, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e não constar de registro.

§ 1º O registro a que se refere este artigo será o de Títulos e Documentos do domicílio do locador, quando a coisa for móvel; e será o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição, quando imóvel.

§ 2º Em se tratando de imóvel, e ainda no caso em que o locador não esteja obrigado a respeitar o contrato, não poderá ele despedir o locatário, senão observado o prazo de noventa dias após a notificação.

Art. 577. Morrendo o locador ou o locatário, transfere-se aos seus herdeiros a locação por tempo determinado.

Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador.



Sem muito esforço hermenêutico, é possível deduzir dos dispositivos supracitados que é inerente à figura do contrato de locação a restituição do bem ao final da avença (arts. 565 e 569, CC).

Locação de coisa é, assim, o contrato pelo qual uma das partes se obriga a conceder à outra o uso e o gozo de uma coisa não fungível, temporariamente, e mediante remuneração (GONÇALVES, 2007, p. 284).

Diante da obrigação do locatário de restituir a coisa ao locador por ocasião do advento do termo contratual (art. 569, IV, CC), conclui-se que essa espécie de pacto não se mostra apta a transferir – por si só – a propriedade de bens, sob o risco de se subverter seu conceito jurídico, gerando insegurança às partes contratantes e a terceiros.

O direito pleno de propriedade pressupõe as faculdades de usar, gozar e principalmente dispor da coisa, consoante dicção do art. 1.228 do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de **usar, gozar e dispor** da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Ocorre que o contrato de locação não transfere ao locatário a faculdade de dispor da coisa, mas apenas de usar e de gozar do bem locado.

Desse modo, acha-se o locatário impossibilitado de adquirir a propriedade da coisa recebida em locação por meio apenas desse instituto, motivo pelo qual deve restituí-la ao final do contrato.

A restituição do bem, findo o contrato, é outro dever natural à locação de coisas. O locatário deve devolver o bem no estado em que o recebeu, salvas as deteriorações naturais, que devem ser suportadas pelo senhorio, porque decorrentes do desgaste inerente ao próprio uso, por exemplo, o desgaste natural de pneus e pastilhas de freio na locação de automóveis. (MACHADO, 2008, p. 398)



Esclareça-se que ser proprietário da coisa não é condição necessária para poder oferecê-la em locação. Para tanto, é preciso possuir apenas poderes sobre o uso e o gozo do bem.

[...] Quem oferece a coisa em locação se denomina locador, senhorio ou arrendador. Na prática quotidiana somos levados a dizer proprietário, o que nem sempre é correto, haja vista que o locador pode não ser proprietário, mas usufrutuário, sublocador etc. Realmente, para ser locador, basta a capacidade genérica, não sendo essencial a capacidade para alienar as próprias coisas. Assim, é válida a locação de quem só possui o uso e o gozo, como o usufrutuário e o sublocador, ou de quem só possui a administração da coisa, como o síndico da massa falida, o liquidante, os representantes legais dos incapazes, o inventariante etc. (FIUZA, 1999, p. 185).

Sob a ótica do direito privado, a locação é classificada como um contrato típico, haja vista encontrar-se expressamente disciplinado no Código Civil, conforme visto anteriormente.

Já sob o ponto de vista do direito público, o contrato de locação firmado pela Administração Pública, quando na qualidade de locatária, traz consigo a pecha da atipicidade, submetendo-se, todavia, aos ditames decorrentes da supremacia e da indisponibilidade do interesse público envolvido.

Em tempo, cumpre acrescentar que a figura do contrato de locação não se confunde com o contrato de arrendamento mercantil ou *leasing*. Este, conquanto muito se assemelhe à locação,

[...] trata-se de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação. **É, na realidade, um contrato complexo, um misto de financiamento, promessa de compra e venda e locação**, regulado pela Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974 (Lei do Arrendamento Mercantil), que dispõe sobre o tratamento tributário dessa espécie de operação financeira. **O tema *leasing* traz em si sempre a noção de financiamento, cujo âmbito deve ser tratado adequadamente para se evitarem distorções** [...] (GONÇALVES, 2007, p. 657). (grifo nosso)



Importante destacar que a legislação pátria aplicável ao *leasing*, Lei n.º 6.099/1974, em seu art. 7º, subordina a atividade de financiamento mercantil ao controle e à fiscalização do Banco Central do Brasil:

Art 7º Todas as operações de arrendamento mercantil subordinam-se ao controle e fiscalização do Banco Central do Brasil, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a elas se aplicando, no que couber, as disposições da [Lei número 4.595, de 31 de dezembro de 1964](#), e legislação posterior relativa ao Sistema Financeiro Nacional.

Outro ponto importante acerca do arrendamento mercantil diz respeito ao fato de se tratar de contrato de adesão, sendo, desse modo, inteiramente elaborado pelo arrendador, não tendo o arrendatário possibilidade de discutir suas cláusulas: adere em bloco a elas ou não realiza o negócio (GONÇALVES, 2007, p. 658). Esse fato pode limitar a participação da Administração Pública, caso existam cláusulas que não se amoldem ao direito público.

Em arremate, o § 1º do art. 11 da Lei n.º 6.099/1974 informa que a aquisição de bens arrendados em desacordo com esse diploma normativo será considerada operação de compra e venda a prestação:

Art 11. Serão consideradas como custo ou despesa operacional da pessoa jurídica arrendatária as contraprestações pagas ou creditadas por força do contrato de arrendamento mercantil.

§ 1º A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei, será considerada operação de compra e venda a prestação.

§ 2º O preço de compra e venda, no caso do parágrafo anterior, será o total das contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento, acrescido da parcela paga a título de preço de aquisição.

[...]

Portanto, se o objetivo das partes é transferir a propriedade do bem, jamais poderão alcançá-lo por meio de um contrato típico de locação, já que essa espécie de acordo não se presta para tal finalidade.



A utilização do contrato de locação como instrumento de transferência da propriedade constitui dissimulação do negócio jurídico, insusceptível de conversão quando firmado pela Administração Pública, conforme será demonstrado em tópico próprio.

Nesse sentido, posicionou-se a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG) na Consulta n.º 748.953:

Irregularidade da cláusula de doação ao final do contrato de locação de veículos

Em resposta a consulta, o Tribunal posicionou-se pela irregularidade do contrato de locação de veículos com cláusula de doação ao final, firmado por ente público, visando à renovação da frota. Ressaltou o relator, Cons. Eduardo Carone Costa, que em todos os contratos da Administração, inclusive nos regulados pelo direito privado (como, por exemplo, a locação), os ditames da Lei 8.666/93 devem ser observados, sendo, portanto, inafastável a exigência de licitação. Considerou ser incompatível com esse procedimento a doação, pois em um certame licitatório não há espaço para liberalidade, não sendo possível atribuir ao interessado a faculdade de, ao final, transferir ou não o patrimônio. Observou que, não sendo possível essa opção, a doação restaria desvirtuada, passando a representar verdadeira obrigação e não liberalidade. Asseverou, então, que a modalidade de locação com doação ao final do contrato não se coaduna com o princípio da ampla competitividade do certame, podendo ocasionar verdadeira restrição à oferta da proposta mais vantajosa para a Administração. Ponderou que a aquisição de bem já desgastado pelo tempo e que requer onerosa manutenção feriria o postulado da eficiência (*caput* do art. 37 da CR/88). Assentou que a Administração estaria se atrelando a um mau negócio ao final de um contrato de locação, qual seja, a compra de um veículo usado, com pagamento realizado em prestações prévias, embutidas no preço do aluguel. Ressaltou, ainda, que, na hipótese dos autos, não se cogitou do arrendamento mercantil ou *leasing*, o qual difere radicalmente do contrato enfocado. Explicou ser o *leasing* modalidade de contrato comercial caracterizado por um financiamento indireto, consistente, a princípio, em aluguel, e, num segundo momento, na possibilidade de aquisição do bem locado. Lembrou que o Tribunal já se manifestou pela possibilidade de o Município celebrar contrato de arrendamento mercantil para aquisição de maquinário e veículos, pois, nesse caso, seria atendido o princípio da economicidade, desde que observados dois pré-requisitos: autorização legislativa e procedimento licitatório (Consultas n.ºs 463.736 e 434.177, relatadas pelos Conselheiros Simão Pedro Toledo e Fued Dib, nas sessões de 24.06.98 e



23.09.98, respectivamente). O parecer foi aprovado por unanimidade (Consulta nº 748.953, Rel. Cons. Eduardo Carone Costa, 30.03.11)⁸.

3.3.2.2 DO CONCEITO DE ATIVOS

Sob o ponto de vista contábil, ativos são todos os bens, valores, créditos, direitos de posse, controle ou propriedade, mensuráveis monetariamente, que integram o patrimônio de uma pessoa, representando benefícios presentes ou futuros (IUDÍCIBUS, MARION, PEREIRA, 1999, p. 29).

Em uma visão mais aprofundada, ativos constitui-se em:

Fundo de valores que representa os investimentos ou aplicações do patrimônio ou do capital das empresas. Falsamente o Ativo tem sido definido como “conjunto de direitos”, o que é um conceito sem expressão na doutrina da Contabilidade e que além de tudo é falso. Fábio Besta foi o primeiro a combater veementemente esta concepção de ativo como conjunto de direitos.

Escreve o mestre:

Em Contabilidade o patrimônio deve ser observado principalmente como grandeza comensurável por meio do valor.

Ver Fábio Besta, *La ragioneria*, v. I, p. 71, 78 e 79.

Contra-argumenta a teoria personalista escrevendo:

Nem sempre o patrimônio direito corresponde àquele de fato, porque nem sempre cada um pode conseguir ou conservar a posse de suas coisas, nem sempre receber aquilo que outro lhe deve.

A esta objeção, responde Besta:

O direito de possuir uma coisa ou de tê-la por si só nada vale. O legítimo proprietário conserva todos os direitos sobre as suas coisas ainda quando estas foram roubadas; mas, se não existe nenhuma possibilidade de recuperá-las, tais coisas para ele nada valem. Quem tem direito de exigir uma importância conserva este direito integral ainda que o devedor seja totalmente insolvente; mas, se não há nenhuma probabilidade de o credor receber o todo ou parte da importância, aquele direito em nada acresce sua riqueza.

Com isso o mestre quis afirmar que não adianta ter o direito se não se pode dispor da coisa. Logo, só tem valor, para as finalidades aziendais, aquilo de que se pode dispor livremente em benefício do que se propôs alcançar.

⁸ Informativo de Jurisprudência n.º 42 do TCE-MG. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/Imprimir.asp?codPagina=111779#1>. Acesso em: 3.mar.2013.



Logo, para a Contabilidade, como a medida é o valor, não adianta considerar o Ativo como “conjunto de direitos”, o que seria inexato. O conceito contábil atual de Ativo é, portanto, o conjunto de valores que expressa o investimento, ou as aplicações de capital, indicando também, segundo alguns outros, a parte positiva do patrimônio. (LOPES DE SÁ; LOPES DE SÁ. 1994, p. 33)

Verifica-se, portanto, que a natureza patrimonial dos ativos reivindica proteção jurídica a quem deles possa usar, gozar ou dispor, a exemplo da sua utilização como objeto de contratos de compra e venda, de locação, de doação, entre outros.

Em acréscimo, dispõe o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público da Secretaria do Tesouro Nacional:

4.1. Ativos de Infraestrutura

Ativos de infraestrutura são ativos que normalmente podem ser conservados por um número significativamente maior de anos do que a maioria dos bens de capital. Para serem classificados como ativos de infraestrutura, os mesmos deverão ser partes de um sistema ou de uma rede, especializados por natureza e não possuírem usos alternativos. Exemplos desses ativos incluem redes rodoviárias, sistemas de esgoto, sistemas de abastecimento de água e energia, rede de comunicação, pontes, calçadas, calçadões, dentre outros.

O reconhecimento e a mensuração dos ativos de infraestrutura seguem a mesma base utilizada para os demais ativos imobilizados.

Para os casos de reconhecimento inicial, para ajustes ou reclassificações, em atendimento às novas práticas contábeis, não havendo nenhuma evidência disponível para determinar o valor de mercado pelo fato de sua natureza especializada, o valor justo pode ser estimado usando-se o custo de reposição depreciado.

O custo de reposição de um ativo é o custo para repor seu potencial de serviço bruto. Este custo é depreciado para refletir o ativo na sua condição de usado. Um ativo pode ser repostado por meio da reprodução do ativo existente ou por meio da reposição do potencial de serviço bruto. O custo de reposição depreciado é mensurado como a reprodução ou o custo de reposição do ativo, o que for mais baixo, menos a depreciação acumulada calculada com base neste custo para refletir o potencial de serviço já consumido ou esgotado do ativo.

Em diversos casos, esse custo de reposição depreciado pode ser estabelecido com referência ao preço de compra dos componentes usados para produzir um ativo similar, com semelhante potencial de serviços remanescentes.

Dessa forma, para se determinar o valor desses ativos, deve-se determinar a condição e estado físico desses bens, para que se



possa aplicar um percentual como fator de depreciação de períodos anteriores a fim de se refletir seu valor justo.

Em relação à depreciação dos ativos de infraestrutura, recomenda-se que cada componente de um item com custo significativo em relação ao custo total do item seja depreciado separadamente. Por exemplo, pode ser necessário que se deprecie separadamente a pavimentação, estruturas, meios-fios e canais, calçadas, pontes e iluminação de um sistema de rodovias. Deve-se analisar ainda se um componente considerado significativo tem a vida útil e o método de depreciação que sejam os mesmos de outros componentes significativos do mesmo item, pois nesse caso, esses componentes podem ser agrupados no cálculo da depreciação. (BRASIL, 2012, p. 54)

Desse modo, os ativos servem de objeto para inúmeras relações jurídicas, assumindo, numa acepção ampla, o papel de representar tudo que afeta positivamente o patrimônio, pois compreendem os elementos patrimoniais positivos, ou seja, bens e direitos (PADOVEZE, 2004, p. 33)

Nesse sentido, é possível inferir que o conjunto das faculdades que compõem e consolidam a propriedade plena (usar, gozar e dispor) podem ser considerados ativos, de modo que o uso da terminologia contábil torna-se uma opção conveniente quando se está diante de uma diversidade de bens e direitos monetariamente mensuráveis que, devido à sua complexidade, encontram no vocábulo econômico a melhor expressão para a sua identidade.

3.3.2.3 DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

A concessão de direito real de uso encontra previsão expressa no rol dos direitos reais constantes no art. 1.225 do Código Civil:

Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;
- VI - a habitação;
- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;



- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese.
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)
- XII - a concessão de direito real de uso. [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)**

Trata-se de contrato pelo qual a Administração transfere, por tempo certo ou por prazo indeterminado, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público para que seja utilizado com fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social (MELLO, 2010, p. 938).

A concessão das faculdades de uso e de gozo do terreno confere ao concessionário um direito real – oponível *erga omnes* –, podendo, ainda, beneficiar-se de todos os instrumentos jurídicos de defesa garantidos à espécie.

Isso permite, por exemplo, ofertar o direito real em locação nos termos do contrato de concessão e desde que em harmonia com os fins a que se destina, exceto oferecê-lo em garantia, porquanto se tratar de bem público, impenhorável por natureza.

Registre-se, ainda, que para a contratação de obra de engenharia não há, em regra, necessidade de se conceder direito real de uso sobre o imóvel onde será edificada, haja vista que a disponibilização do local de trabalho ao construtor deve ser oportunizada apenas na medida do que ele precisa para o exercício da atividade, prescindindo-se de tudo quanto exceda o necessário à construção.



Se eventualmente se tornar imprescindível fazer uso dessas garantias reais para assegurar a continuidade da obra, cabe ao próprio ente público – e não ao construtor – encarregar-se do manejo da tutela jurídica adequada.

Salvo melhor juízo, a relação que o construtor mantém com o imóvel onde ergue a obra pública é de mera detenção, consoante se infere do art. 1.198 do Código Civil:

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Todavia, vislumbra-se a possibilidade de concessão do direito de posse do imóvel ao construtor, caso esta seja imprescindível à realização dos trabalhos.

Logo, infere-se que a concessão de direito real de uso ao construtor só se justifica caso ele pretenda utilizar o imóvel para finalidade diversa da mera realização da obra, uma vez que, ordinariamente, não precisará manejar o complexo de garantias próprias dos direitos reais, satisfazendo-lhe apenas a qualidade de detentor do bem ou, quando muito, de possuidor, caso necessite fazer uso dos instrumentos jurídicos que tutelam a posse.

3.3.3 DO OBJETO DO CONTRATO

Iniciando este tópico, colaciona-se precisa orientação doutrinária acerca das cautelas que devem ser perseguidas no processo de construção de uma obra pública:

A construção de uma obra é evento que depende do bom gerenciamento e de diversas etapas intermediárias. Por isso, é necessária a participação de profissionais que detenham conhecimento técnico suficiente para a administração de cada uma delas.

A materialização do empreendimento se inicia com estudo de concepção que considere todas as variáveis envolvidas, como a comparação em relação a outras alternativas de investimento, a



viabilidade técnica e econômica, as estimativas de custos, os recursos disponíveis e a elaboração de anteprojetos.

Apenas com respostas satisfatórias obtidas na fase inicial, deve o empreendedor avançar na realização de estudos mais detalhados, como projeto básico ou executivo, a fim de definir com clareza os parâmetros de contratação da obra. Da mesma forma, somente após a posse de elementos que caracterizem o objeto com precisão, o empreendedor deve buscar a empresa que executará os serviços.

A explicação para o cumprimento ordenado dessas etapas é simples. Basicamente se resume ao fato de que quanto menos preciso for o conjunto de informações para se avançar de fase, maior o risco de prejuízos ao proprietário da obra. (ALTOUNIAN, 2012, p. 53)

Observa-se que o item 3 do edital de abertura da Concorrência n.º 002/2011 apresenta o objeto do certame com a seguinte descrição (fl. 200, vol. I):

3. DO OBJETO

3.1 A presente licitação tem como objeto a Contratação das Sociedades Empreiteiras para a **Locação de ATIVOS, precedida da Concessão do Direito Real de Uso das Áreas, do Projeto de Executivo e da Execução das Obras de Implantação** de:

1) Sistema de Captação de Água, Estação de Tratamento e Bombeamento, Adutoras, Reservatórios e reforma da ETA (Estação de Tratamento de Água) existe na sede.

2) Sistema de Esgoto composto por:

Estação de Tratamento de Esgoto para 244 l/s; redes coletoras de esgoto, coletores tronco, interceptores e estações elevatórias.

No Município de São Mateus – ES, devidamente habilitadas no certame no Município de São Mateus, conforme Projeto Básico – Anexo I devidamente habilitadas no certame, para, quando de sua conclusão e recebimento provisório, locá-las à Serviço Autônomo de Água e Esgoto pelo prazo de 30 anos, contados conforme regras definidas neste EDITAL. (grifo nosso)

Por sua vez, o item 1.1 da Cláusula 1ª da minuta do contrato a ser firmado com a licitante vencedora da Concorrência n.º 002/2011 descreve o mesmo objeto nos seguintes termos (fl. 227, vol. II):

CLÁUSULA 1ª – OBJETO

1.1 **Constitui o objeto do presente CONTRATO a Locação de IMÓVEL, precedida da Concessão do Direito Real de Uso das Áreas e da Execução das Obras de Implantação** de Sistema de:



- 1) Sistema de Captação de Água, Estação de Tratamento e Bombeamento, Adutoras, Reservatórios e reforma da ETA (Estação de Tratamento de Água) existe na sede.
- 2) Sistema de Esgoto composto por:
Estação de Tratamento de Esgoto para 244 l/s; redes coletoras de esgoto, coletores tronco, interceptores e estações elevatórias.
No Município de São Mateus, em conformidade com o Termo de Referência – Anexo 1 e Proposta apresentada pela CONTRATADA.
 - a) Os trabalhos deverão ser executados de forma a garantir os melhores resultados na otimização da eficiência do SISTEMA, cabendo à SPE otimizar a gestão de seus recursos – quer humanos, quer materiais – com vistas à satisfação do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO responsabilizar-se-á integralmente pelas OBRAS, que serão de sua propriedade, cumprindo evidentemente, as disposições legais que interferiram em sua execução.
 - b) O regime de execução das OBRAS que compõe este contrato é o de empreitada global.
 - c) **As partes reconhecem, porém, que o objeto do presente é a locação das OBRAS** ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO e que a construção dessas OBRAS está à cargo da SPE, as quais permanecerão sob a posse da SPE durante a vigência do CONTRATO.

1.2 Ficarão a cargo da SPE as seguintes atividades:

- a) Viabilizar os RECURSOS FINANCEIROS necessários à realização da OBRA;
- b) Execução das OBRAS. (grifos nossos)

Inicialmente, verifica-se na minuta do contrato (fl. 227, vol. II) a existência de contradição entre a descrição do objeto contida no item 1.1 (locação de IMÓVEIS) e a descrição presente na alínea “c” do mesmo item (locação das OBRAS).

Registre-se que o elevado grau de imprecisão redacional do instrumento contratual produzido pelo SAAESMA dificulta sobremaneira o trabalho do intérprete, fato que pode gerar futuros conflitos entre as partes contratantes ou até mesmo inviabilizar a continuidade do negócio.

A rigor, a coerência entre os dispositivos que integram o instrumento contratual constitui pressuposto de admissibilidade para a sua análise jurídica. Diante de ambiguidades que sacrificam a coerência do contrato, não há como a atividade interpretativa alcançar a real intenção das partes.



Outras cláusulas, conquanto também imprecisas, fazem referência ao objeto da locação (fl. 230, vol. II):

2.25 IMÓVEIS – são todos os bens IMÓVEIS afetos ao CONTRATO DE LOCAÇÃO, cuja posse será transferida pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO à Contratada, a título gratuito, para execução das **OBRAS que compõem o objeto do CONTRATO**. Finalizadas as obras, o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO será re-imitido na posse dos IMÓVEIS, sem qualquer pagamento ou custo adicional.

[...]

2.28 LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – a **locação do SISTEMA ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO** pelo prazo de 30 trinta anos, contados a partir da data de emissão do TERMO DE ACEITAÇÃO PROVISÓRIA.

Salvo melhor juízo, tal conflito resolve-se por meio da ressalva contida na mencionada alínea “c” do item 1.1, haja vista que os referidos “imóveis” já são propriedades públicas, não fazendo sentido que a Administração conceda a terceiro o direito de locar imóvel público à própria Administração e em benefício exclusivo daquele, porquanto esse ato não traz benefício algum para o Poder Público, sob pena de essa conduta poder ser enquadrada na tipificação legal albergada pelo art. 91 da Lei n.º 8.666/1993:

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Ademais, as obras de engenharia não se confundem com os imóveis onde serão construídas, devendo-se dar tratamento jurídico distinto a ambas as espécies de bens, tendo em vista que apenas as obras podem integrar o objeto da licitação em comento.

A dicotomia ontológico-conceitual da distinção entre o imóvel e as obras que sobre ele são edificadas, conquanto ambos sejam classificados como imóveis, pode ser extraída da seguinte lição doutrinária:



Desse modo, além dos assim considerados para os efeitos legais, são bens imóveis, segundo o novo Código Civil, o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, ou seja, o solo e suas acessões, que podem ser naturais ou artificiais. Podem, portanto, os bens imóveis em geral ser classificados desta forma: imóveis por natureza, por acessão natural, por acessão artificial e por determinação legal.

[...]

d) Imóveis por acessão artificial ou industrial – Acessão significa justaposição ou aderência de uma coisa a outra. O homem também pode incorporar bens, como materiais de construção e sementes, ao solo, dando origem às acessões artificiais ou industriais. As construções e plantações são assim denominadas porque derivam de um comportamento ativo do homem, isto é, do trabalho ou indústria do homem. Constituem, igualmente, modo originário de aquisição da propriedade imóvel. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário (CC, art. 1.253)

Acessão artificial ou industrial é, pois, tudo quanto o homem incorpora permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano. Nesse conceito não se incluem, portanto, as construções provisórias, que se destinam a remoção ou retirada, como os circos e parques de diversões, as barracas de feiras, pavilhões etc..

[...]

O que se considera é a finalidade da separação, a destinação dos materiais. Assim, o que se tira de um prédio para novamente nele incorporar pertencerá ao imóvel e será imóvel. Corretamente aduz o art. 84:

“Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio”.
(GONÇALVES, 2007, vol. I, p. 246 a 249)

Em arremate, o mesmo autor esclarece os contornos jurídicos do instituto da acessão industrial e o caráter acessório das obras em relação aos imóveis sobre os quais são construídas:

Acessão é, pois, modo de aquisição da propriedade, criado por lei, em virtude do qual tudo o que se incorpora a um bem fica pertencendo ao seu proprietário. Ou, segundo a lição de BEVILÁQUA, “é o modo originário de adquirir, em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quanto se une ou incorpora ao seu bem”.

Em todas as suas formas, a acessão depende do concurso de dois requisitos: a) a conjunção entre duas coisas, até então separadas; b)



o caráter acessório de uma dessas coisas, em confronto com a outra. Na acessão predomina, com efeito, o princípio segundo o qual a coisa acessória segue a principal (*accessorium sequitur suum principale*). A coisa cedida é a principal, a coisa cedente, a acessória.

Entretanto, com relação às suas consequências, aplica-se também o princípio que *veda o enriquecimento sem causa*. O legislador entendeu mais conveniente atribuir o domínio da coisa acessória também ao dono da principal, para evitar o estabelecimento de um condomínio forçado e indesejado, porém, ao mesmo tempo, procurou evitar o locupletamento indevido, possibilitando ao proprietário desfalcado o recebimento de uma indenização.

A acessão pode dar-se pela formação de ilhas, aluvião, avulsão, abandono de álveo e plantações ou construções (CC, art. 1.248). A última forma é denominada *acessão industrial*, por decorrer do trabalho ou indústria do homem, sendo acessão de móvel ou imóvel. As demais são *acessões físicas* ou *naturais*, por decorrerem de fenômenos naturais, sendo acessões de imóvel a imóvel. (GONÇALVES, 2009, p. 291)

Portanto, não resta dúvida de que o ordenamento pátrio dispensa tratamento jurídico distinto às obras de engenharia e aos imóveis sobre os quais aquelas serão construídas, razão pela qual o objeto do contrato em tela deve ser interpretado como se referindo apenas às obras.

3.3.4 DA REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

A escassez de recursos orçamentários necessários à implementação de projetos de infraestrutura de grande porte tem compelido o Poder Público a criar mecanismos de parceria com a iniciativa privada na tentativa de viabilizar a realização do interesse público.

Nesse sentido, foram concebidos instrumentos normativos específicos que disciplinam as formas de atuação conjunta da Administração Pública com o setor privado, a exemplo da Lei n.º 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada.

O art. 2º da referida lei assim define parceria público-privada:



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

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

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

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

Acerca do objeto do contrato de parceria público-privada, esclarece a doutrina:

Como o a lei pretende que as parcerias público-privadas (PPPs) sejam consideradas modalidades de concessão de serviço público, *obviamente seu objeto só pode ser a prestação de um serviço público* (ainda que para isto necessite englobar outras atividades); vale dizer: seu objeto será necessariamente a *prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados*. Assim, **toda tentativa de efetuar PPPs tendo como objeto alguma atividade que não seja serviço público seria aberrante, resultando em evidente nulidade do contrato**. (MELLO, 2010, p. 782)

Ocorre que o modelo de negócio em estudo – “locação de ativos precedida de concessão de direito real de uso das áreas” – não contempla a concessão de serviço público, malgrado o preâmbulo do respectivo edital de licitação se refira expressamente à Lei n.º 11.079/2004 (fl. 193, vol. I).

Portanto, fica descartada a hipótese de aplicação da parceria público-privada prevista na Lei n.º 11.079/2004 à modelagem de negócio criada pelo SAAESMA por inexistir concessão de serviço público ao licitante vencedor do certame.

Pelas mesmas razões (ausência de concessão de serviço público), mostra-se incabível o emprego da Lei n.º 8.987/1995 à modelagem proposta pela autarquia mateense, apesar do preâmbulo do edital também fazer menção a esse diploma normativo (fl. 193, vol. I).



A Lei n.º 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal. Seu art. 2º preceitua que:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - **concessão de serviço público**: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública**: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Ainda de acordo com a doutrina, a hipótese de contrato de concessão de obra pública também estaria descartada, porquanto a lei exige que a exploração da mesma seja realizada pelo próprio concessionário:

Contrato de concessão de obra pública – Contrato de concessão de obra pública, ou, simplesmente, concessão de obra pública, é o ajuste administrativo que tem por objeto a delegação a um particular da execução e exploração de uma obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração ao concessionário, por tarifa (Lei 8.987/95)

Essa concessão, que obedece aos mesmos princípios da concessão de serviço público, é comumente usada nos Estados Unidos para a construção de pontes, viadutos, estradas e demais obras necessárias à coletividade, constituindo empreendimento rentável para o construtor, que as explora durante o tempo da concessão, entregando-as ao seu término sem ônus para a Administração. Infelizmente, é de pouco uso entre nós, pois, devidamente regulamentada e realizada com critérios, muito contribuiria para a



execução de obras públicas sem maiores encargos para a Administração. (MEIRELLES, 2007 p. 263)

Registre-se que o modelo de negócio em estudo serve de veículo para um empreendimento cujo custo final supera a quantia de R\$ 590.000.000,00 (quinhentos e noventa milhões de reais), importância essa que, à luz do art. 39 da Lei n.º 8.666/1993⁹, qualifica a licitação como sendo de “imenso vulto”, exigindo-se, por conseguinte, a realização prévia de audiência pública.

Embora a lei não se sirva da nomenclatura utilizada, no art. 39 deu tratamento específico (que, a final, é o relevante) à hipótese de licitação ou conjunto de licitações “sucessivas ou simultâneas” cujo valor estimado do objeto exceda em 100 vezes (e não 25, como na de grande vulto) o limite previsto para a obrigatoriedade de concorrência para obras e serviços de Engenharia. Tal tratamento consiste em que o procedimento licitatório será obrigatoriamente iniciado por uma audiência pública com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital e divulgada pelos mesmos meios previstos para a licitação. Quaisquer interessados terão acesso a ela, podendo se manifestar e obter as informações pertinentes. (MELLO, 2010, p. 706)

Esgotadas as possibilidades de aplicar o regramento próprio das parcerias público-privadas ao modelo de negócio entabulado pelo SAAESMA, restaria a essa autarquia realizar as obras de infraestrutura de saneamento básico por meio da disciplina jurídica prevista na Lei n.º 8.666/1993.

Todavia, conforme se depreende dos termos do contrato, não foi esse o propósito da Administração Pública de São Mateus, conforme se passa a demonstrar.

⁹ **Art. 39.** Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))



3.3.5 DA DISSIMULAÇÃO DO CONTRATO DE REALIZAÇÃO DE OBRA

No âmbito do direito privado, se a intenção das partes contratantes é transferir a propriedade de um bem, o negócio jurídico a ser firmado não pode ser denominado de locação, sob pena de se caracterizar dissimulação do acordo entabulado, a teor do disposto no art. 167 do Código Civil:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Quando originada de negócio firmado entre particulares, a dissimulação – ou simulação relativa – acarreta a conversão do negócio dissimulado, preservando-se o acordo subjacente, conforme se colhe de trecho extraído do Recurso Especial 918643-RS, relatado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Massami Uyeda:

5. O instituto da simulação, entendido em sentido largo, comporta duas espécies: a absoluta e a relativa. Na primeira, a própria essência do negócio jurídico é simulada, de modo que na ação deve-se anulá-lo (conforme o CC/16) ou declará-lo nulo (conforme o CC/02) de maneira integral, com o retorno das partes ao *status quo ante*. Na segunda, também chamada dissimulação, o que ocorre é que as partes declararam praticar um negócio jurídico, mas na verdade tinham a intenção de praticar outro. Nessas situações, não é necessário requerer que seja restabelecido o estado anterior, bastando que o autor da ação requeira a conversão do negócio jurídico, de modo que ele corresponda precisamente à intenção das partes.

Observe-se que mesmo diante da nulidade do negócio jurídico simulado, terceiros de boa-fé têm seus direitos ressaltados em face dos contratantes.



Logo, em ambas as hipóteses – simulação ou dissimulação – o direito de terceiros de boa-fé encontra-se resguardado.

Em relação ao momento em que se conhece o vício contratual, a dissimulação pode ser percebida antes ou depois de se consolidar o acordo de vontades.

Quando a dissimulação é percebida em momento anterior à formação do pacto, natural se faz a sua correção tempestiva para o modelo contratual realmente pretendido pelas partes – mormente quando entre elas figurar a Administração Pública – sob pena de os contratantes responderem dolosamente por eventuais danos causados a terceiros e ao erário, decorrentes do pacto dissimulado.

Por certo, o interesse público não admite a formação ou a continuidade de contratos dissimulados, pois o dever de lealdade dos gestores públicos com a sociedade, aliado à inafastável observância dos princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade e da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado, impede que se firmem negócios disfarçados que não traduzam a realidade jurídica do verdadeiro acordo de vontades desejado.

Ademais, antes de a Administração Pública firmar contrato com a licitante vencedora do certame, não se pode falar em partes contratantes, porquanto apenas servidores públicos participaram até então da elaboração do instrumento contratual. Esse fato faz com que a dissimulação do negócio jurídico constante no instrumento consubstancie vício insanável, passível, inclusive, de aplicação de sanção aos servidores públicos envolvidos.

Tal circunstância já foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) na Apelação Cível n.º 2010.002926-9, cujo acórdão se transcreve em parte, a seguir:

AÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO RESULTANTE NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO, COM OPÇÃO FINAL DE COMPRA,



DE CAMINHÃO-PIPA. DISSIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA FINANCIADA. PRESTAÇÕES EM VALORES RESULTANTES DA INCIDÊNCIA DE TAXAS DE JUROS MUITO SUPERIORES ÀS PRATICADAS NO MERCADO. ILEGALIDADE E LESIVIDADE FLAGRANTES. RECURSO PROVIDO.

[...]

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu: a) por maioria, rejeitar a tese, levantada *ex officio* pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, o qual ficou vencido neste ponto, no sentido de que o processo seja anulado desde a sentença para que se apure na origem a existência ou não do dano; b) à unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento para julgar procedente o pedido inaugural e condenar os réus, solidariamente, a ressarcir o erário público na forma declinada no voto do relator, vencido no tema o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, que votou no sentido da rejeição da pretensão do autor; e c) à unanimidade, condenar os réus a arcar com custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais). Custas legais.

O julgamento, realizado aos 3 de julho de 2012, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubick.

Florianópolis, 10 de julho de 2012.

Jorge Luiz de Borba

RELATOR

[...]

A cláusula 4.2. do "Instrumento Particular de Contrato de Locação de Caminhão com Tanque Pipa" firmado entre o Município de Gaspar e Embrascol – Comércio e Serviços Ltda. prevê o valor do "aluguel" e o número de parcelas, como se vê, *in verbis*:

4.2 - Para todos os efeitos, inclusive de expedição de nota de empenho, a locação terá o valor global de R\$ 251.699,40 (duzentos e cinquenta e um mil, seiscentos e noventa e nove reais e quarenta centavos).

[...]

4.2.2 – O pagamento será efetuado em 27 (vinte e sete) parcelas no valor de R\$ 9.322,20 (nove mil, trezentos e vinte e dois reais e vinte centavos), fixas e reajustáveis, sendo a primeira paga na entrega do bem e as demais a cada 30 (trinta) dias sucessivamente, até o 10º dia do mês subsequente (sublinhou-se, fl. 170).

As cláusulas 4.4. e 4.5, por seu turno, evidenciam que a transferência do veículo se daria automaticamente, sem o pagamento de nenhum valor residual e independentemente de qualquer manifestação de vontade por parte da municipalidade:

4.4 – Após o pagamento integral das parcelas e valores consignados no presente Instrumento, a LOCADORA/CONTRATADA garante desde já à



LOCATÁRIA/CONTRATANTE, a quitação geral, em caráter irrevogável e irretratável do bem descrito e caracterizado na Cláusula Segunda desse contrato, bem como a entrega do CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULO DO DETRAN, com endosso em nome da Prefeitura Municipal de Gaspar- SC, com firma reconhecida, acompanhado da Certidão Negativa do INSS, para referida transferência, integrando assim os mesmos ao patrimônio do Município.

4.5 Assim, sem quaisquer outros ônus ou despesas para a LOCATÁRIA/CONTRATANTE, bastando para tanto a apresentação através de ofício à LOCADORA/CONTRATADA, do comprovante de pagamento da 27ª (vigésima-sétima) parcela pertinente aos valores convencionados para a locação e dos comprovantes de pagamentos de eventuais encargos residuais gerados por inadimplência, solicitando que se proceda a transferência, a LOCADORA/CONTRATADA providenciará todos os documentos necessários para a devida transferência do bem ao Município ora CONTRATANTE, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento do ofício, para a devida regularização legal da propriedade, perante os órgãos competentes, inclusive de trânsito, sob pena de adjudicação automática pelo Município/Contratante (*ad litteram*; fl. 170).

Ora, se a transferência da propriedade do automotor se daria automaticamente após o pagamento da 27ª parcela, é porque não havia verdadeiramente uma opção de compra; a municipalidade, na verdade, já havia optado por comprar o caminhão desde a abertura do certame licitatório, cujo edital já incluía essa aberrante previsão contratual.

Assim, evidencia-se que, longe de se tratar de arrendamento mercantil, a espécie contratual em exame equipara-se a verdadeira compra e venda, embora disfarçada de "locação com opção de compra".

[...] (grifo nosso)

A dissimulação do negócio jurídico acarreta sérios prejuízos para a Administração Pública. Dentre os quais se destacam:

- Violação dos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37, *caput*, CF), bem como do direito fundamental da sociedade a informações públicas primárias, íntegras e principalmente autênticas (art. 7º, IV, da Lei n.º 12.527/2012¹⁰);

¹⁰ **Art. 7º** O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
[...]
IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;



- Restrição do caráter competitivo do certame em razão da divulgação oficial de extratos e resumos com descrição distinta do real objeto da licitação, induzindo ao erro a sociedade e eventuais interessados em participar do certame;
- Possível alteração qualitativa e quantitativa nos tributos incidentes sobre o negócio jurídico dissimulado;
- Eventual burla aos limites da dívida pública;
- Facilitação da ocorrência de fraudes à licitação por meio da possibilidade de formação de conluio entre servidores públicos e particulares interessados na malversação do dinheiro público.

Destaca-se que a fraude à licitação encontra-se prevista no art. 90 da Lei n.º 8.666/1993, que traz a seguinte redação:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Esclareça-se que a invalidação do certame não exclui a configuração do referido crime (JUSTEN FILHO, 2009, p. 870).

Por esses motivos, não se vislumbra a possibilidade jurídica de a Administração Pública firmar ou dar continuidade a contratos dissimulados, sem que haja a devida correção do vício.

Ocorre que, salvo melhor juízo, o modelo de negócio paradigma deste estudo prevê a transferência automática da propriedade das obras agregadas ao imóvel público ao final do contrato de locação.



Nesse sentido, estabelece os itens 2.7 (fl. 228, vol. II) e 24.1 a 24.4 (fl. 258, vol. II) da minuta contratual:

2.7 BENS REVERSÍVEIS – são os bens resultantes das OBRAS que compõem o objeto do contrato e que serão transferidos ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO por ocasião do término do CONTRATO DE LOCAÇÃO.

[...]

24.1 Complementarmente ao já disposto neste instrumento, aplicar-se-ão na ocasião da reversão dos bens, os preceitos e condições desta cláusula.

24.2 Extinta a LOCAÇÃO DE ATIVOS, são transferidos ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO os BENS REVERSÍVEIS.

a) A transferência ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO dos BENS REVERSÍVEIS será gratuita e automática, com os bens livres de quaisquer ônus ou encargos, os quais passarão a integrar o patrimônio do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO.

24.3 Em caso de extinção da LOCAÇÃO, a SPE terá direito na ausência de dolo ou culpa, a indenização correspondente ao número de parcelas de VML remanescentes, trazidas a valor presente pela mesma taxa de desconto equivalente à Taxa Interna de Retorno apresentada na proposta econômica.

24.4 A indenização a que se refere o item anterior ocorrerá em momento anterior à extinção da LOCAÇÃO e constitui condição para esta.

Sem dúvida, o modelo de negócio estudado contempla a transferência do domínio das obras construídas, necessárias à continuidade da prestação do serviço público delegado ao SAAESMA, motivo pelo qual sua reversão à autarquia se faz imprescindível, malgrado não se esteja tratando, *in casu*, de concessão de serviço público à empresa responsável pela construção.

Sobre o instituto da reversão, esclarece a doutrina:

A reversão é passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço público, uma vez extinta a concessão (art. 35, § 2º). Portanto, através da chama reversão, os bens do concessionário, *necessários ao exercício do serviço público*, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar a concessão. Está visto que a reversão também não é, de modo algum – ao contrário do que às vezes se vê afirmado –, uma forma de extinção da concessão. É, isto sim, uma consequência dela; portanto, a pressupõe. Sem a extinção da concessão não há reversão. Esta



procede dela, mas, evidentemente, não se confundem as duas coisas (MELLO, 2010, 760).

Conforme visto anteriormente, a dissimulação no direito privado ocorre quando as partes declararam realizar um negócio jurídico, mas na verdade tinham a intenção de praticar outro distinto.

Aplicado o preceito ao direito público, principalmente por ainda não existirem partes contratantes neste momento do procedimento licitatório, mas apenas um instrumento contratual elaborado por servidores públicos, mostra-se insusceptível de se conferir ares de legalidade ao contrato de locação a ser firmado pela Administração Pública, na qualidade de locatária, que prevê que a propriedade dos bens locados será transferida automaticamente com o advento do termo contratual.

Essa transferência automática caracteriza insofismável pacto dissimulado de realização de obra financiada ou a prestação, como bem colocado pela 8ª Controladoria Técnica por meio da Instrução Técnica Especial ITE-1/2012 (fl. 702, vol. III).

Nesses termos, conclui-se que a locação de ativos trata-se na verdade de um **contrato de realização de obra com terceirização do financiamento**.

No mesmo sentido, colaciona-se Parecer emitido pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG) na Consulta n.º 833.285¹¹, cuja pertinência temática com o objeto deste Estudo de Caso Especial impõe sua integral transcrição:

CONSULTA Nº: 833.285

NÚMERO NOVO: 833285

DATA SESSÃO: 08/08/2012

AUTOR: PREFEITURA MUNICIPAL DE IBIÁ

RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

¹¹ Disponível em: < <http://200.198.41.151:8080/TCJuris/pesquisa/lista.jsp?indice=0>> Acesso em: 13.fev.2013.



INDEXAÇÃO: MUNICÍPIO, IMPOSSIBILIDADE, CONTRATAÇÃO, PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, LOCAÇÃO, MAQUINARIA, AUTOMÓVEL, EQUIPAMENTOS, DETERMINAÇÃO, CLÁUSULA, CONTRATO, LICITAÇÃO, OBRIGATORIEDADE, DOAÇÃO, LOCATÁRIO, POSTERIORIDADE, PAGAMENTO, POSSIBILIDADE, REALIZAÇÃO, CONTRATO, ARRENDAMENTO MERCANTIL, CLASSIFICAÇÃO, OPERAÇÃO, CRÉDITOS, NECESSIDADE, AUTORIZAÇÃO, LEI, OBSERVAÇÃO, LEGISLAÇÃO, OPÇÃO, AQUISIÇÃO, EQUIPAMENTOS, ANTERIORIDADE, VIGÊNCIA, CONTRATO, LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

EMENTA: LOCAÇÃO DE MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS E VEÍCULOS - OPÇÃO DE DOAÇÃO DOS BENS AO FINAL DOS PAGAMENTOS - INCOMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA DOAÇÃO - ÓBICE AO PRINCÍPIO DA COMPETIVIDADE E DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA - CONFUSÃO ENTRE SERVIÇO DE LOCAÇÃO E COMPRA COM PAGAMENTOS EM PARCELA - SUBVERSÃO À LÓGICA DA LICITAÇÃO - OPÇÃO DE COMPRA DOS BENS NO CURSO OU AO FINAL DO CONTRATO - POSSIBILIDADE NA MODALIDADE DE ARRENDAMENTO MERCANTIL/LEASING FINANCEIRO - REQUISITOS - ANTECIPAÇÃO DE PARCELAS - POSSIBILIDADE, APENAS, EM TESE - REQUISITOS - CLASSIFICAÇÃO COMO CRÉDITO ESPECIAL - LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA - PRECEDENTE: CONSULTA N. 748953. 1) O Município não pode contratar serviços de locação de máquinas, equipamentos e veículos estabelecendo, no objeto da licitação, que, ao final do contrato, os equipamentos alugados deverão ser doados ao locatário. 2 e 3) Tendo em vista a impossibilidade de o Município contratar os serviços de locação de equipamentos com cláusula que obrigue a doação ao final dos pagamentos, restaram prejudicadas as respostas aos questionamentos relativos à possibilidade de o Município autorizar, ou não, a empresa contratada a caucionar junto a instituições financeiras os seus direitos creditórios do contrato de locação com doação ao final dos pagamentos e à possibilidade de esse contrato ultrapassar mais de um exercício financeiro. 4) O Município não pode promover licitação e celebrar contrato cujo objeto seja aluguel de bens com opção de compra no curso contratual ou ao final. Pode, entretanto, realizar contrato de arrendamento mercantil/leasing, na modalidade financeiro, desde que a contratação seja precedida de consistente motivação com relação à opção pela modalidade, especialmente quanto à economicidade, de procedimento licitatório e de que se observem os termos da Lei n. 6.099/74 e da Resolução BACEN n. 2.309/96. Necessária, ainda, para adoção de arrendamento mercantil financeiro, a autorização legislativa e do Ministério da Fazenda, por ser operação de crédito. Quanto à possibilidade de a Administração Pública realizar contrato de arrendamento mercantil/leasing financeiro, estabelecendo a possibilidade de opção pela compra do equipamento arrendado antes do término da vigência contratual, ou seja, se antecipadas as parcelas, entende-se viável, em tese, mediante a necessária observância das rigorosas condições do art. 65 da Lei de Licitações, dos prazos previstos na Resolução BACEN n. 2.309/96 e do princípio da economicidade. 5 e 6) Nos casos de arrendamento mercantil/leasing financeiro, a contratação deverá ser



classificada como operação de crédito, nos termos do artigo 3º da Resolução 43/2001 do Senado Federal e também do artigo 29, inciso III, da Lei Complementar Federal n. 101, de 2000. Recomenda-se ao consulente a leitura da Consulta n. 748953, disponível no Portal deste Tribunal na internet.

OBSERVAÇÃO: REPRESENTANTE DO MPJTC: PROCURADORA SARA MEINBERG

PRECEDENTES: CONSULTAS Nº 748.953; 463.736; 434.177

LEGISLAÇÃO: CC, ARTS. 104, 538; LF 4.595/64, ART. 9º; LF 6.099/74, ART. 1º, § único, 5º, 6º; CR/88, ART. 37, XXI; LF 4.320/64, ARTS. 7º, §§ 2º, 3º, 105, § 4º; RE SF 43/01, ARTS. 1º, 3º; RE BACEN 2.309/96, ARTS. 7º, II, III, V, VII, 8º, I, a, b, II, 10; LF 8.666/93, ARTS. 6º, II, III, 40, I, 58, I, §§ 1º, 2º, 62, § 3º, I, 65; LCF 101/00, ARTS. 29, III, 32, § 1º, I, 55, I, d

PUBLICAÇÃO: D.O.C. 27/08/2012. PÁG. 40

TEXTO INTEGRAL:

TRIBUNAL PLENO

Processo nº: **833285**

Sessão do dia: 08/08/12

Relator: Conselheiro Sebastião Helvecio

Natureza: Consulta

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Sessão do dia: 08/08/12

Procuradora presente à Sessão: Sara Meinberg

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Processo: 833285

Natureza: Consulta

Consulente: Ivo Mendes Filho (Prefeito do Município de Ibiá - MG)

Unidade Jurisdicionada: Prefeitura de Ibiá - MG

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada perante este Tribunal de Contas por Ivo Mendes Filho, Prefeito do Município de Ibiá, por meio da qual faz as seguintes indagações:

1. Pode o Município contratar, mediante licitação, serviços de locação com doação ao final dos pagamentos de máquinas, equipamentos e veículos?
2. Se positivo, o contrato pode ultrapassar mais de um exercício financeiro, ou seja, ser de 24, 36, 48 ou 60 meses?
3. Pode o município autorizar a empresa contratada a caucionar os seus direitos creditórios do contrato de locação



com doação ao final dos pagamentos junto a instituições financeiras?

4. Pode o Município contratar serviços de locação com opção de compra ao final, ou durante o contrato se antecipadas todas as parcelas?

5. Se positivas as respostas acima, é necessário autorização legislativa específica para realização do certame, há procedimento específico a ser adotado?

6. A contratação acima é considerada operação de crédito?

Encaminhei os autos, despacho de fl. 03, à Coordenadoria e Comissão de Jurisprudência e Súmula, em cumprimento ao disposto no art. 213, I, do Regimento Interno, com redação dada pela Resolução n. 01/2011, que produziu o relatório de fl. 04/13, o qual conclui pela inexistência de precedentes de consultas nos exatos termos desta, porém, registrando entendimentos deste Tribunal relacionados a algumas das questões apresentadas.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar

O consulente, Prefeito do Município de Ibiá - MG, é legitimado à formulação de consulta a este Tribunal, nos termos do inciso I do art. 210 do Regimento Interno e, ainda, os questionamentos apresentados preenchem os requisitos de admissibilidade do seu art. 212.

Presentes os pressupostos, voto pela admissão da consulta.

CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta Presidência também acompanha o voto do Conselheiro Relator.

EM PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Mérito



Indaga o consulente, em suma, (1) sobre a possibilidade de o Município contratar, mediante licitação, serviços de locação, com doação ao final dos pagamentos, de máquinas, equipamentos e veículos; e se, (2) neste caso, o contrato poderá ultrapassar mais de um exercício financeiro.

Indaga, também, se (3) é possível ao Município autorizar a empresa contratada a caucionar, junto a instituições financeiras, os seus direitos creditórios do contrato de locação com doação ao final dos pagamentos e (4) se o Município pode contratar serviços de locação com opção de compra ao final, ou durante o contrato, se antecipadas todas as parcelas.

Ao final, caso positivas as respostas, indaga o consulente (5) se é necessário autorização legislativa específica para realização do certame, se há procedimento específico a ser adotado e (6) se a contratação supra citada é considerada operação de crédito.

No mérito, respondo, em tese, aos questionamentos formulados pelo consulente nos seguintes termos:

Sobre a questão 1, possibilidade de o Município contratar, mediante licitação, serviços de locação de máquinas, equipamentos e veículos, estabelecendo cláusula de doação desses bens ao final dos pagamentos, proponho resposta baseada em premissa já assentada por este Plenário na Sessão do dia 30/03/2011, quando da apreciação da Consulta n. 748953, de relatoria do eminente Conselheiro Eduardo Carone Costa, divulgada no Informativo de Jurisprudência n. 42 deste Tribunal.

Em síntese, entendeu o eminente Relator, fundado no art. 538 do Código Civil, que a essencial liberalidade do instituto da doação é absolutamente incompatível com a hipótese descrita relativa à promoção de licitação para aluguel de bens na qual se imponha aos licitantes a obrigatoriedade de doação desses bens ao final do contrato.

Alerta que o negócio jurídico descrito evidencia uso falacioso do instituto civil de doação, criando, à luz do Direito Civil, uma teratológica "doação involuntária" que não encontra guarida no ordenamento jurídico e que impacta, negativamente e de forma determinante, o desiderato da ampla competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa para as contratações públicas.

Percebo, na hipótese, ainda, violação também à Lei de Licitações, vez que eventual licitante, sabendo que, ao final do contrato, teria de doar o bem locado ao contratante, obviamente, incluiria o preço integral deste bem em sua proposta do valor mensal a ser pago pelo pretense serviço, convertendo a espécie em verdadeira operação de financiamento direto. Nestes termos, o objeto a ser licitado não teria a natureza de "serviço de locação" - conforme pretende o consulente - e, sim, "de compra" para pagamento em parcelas, mediante financiamento direto, subvertendo a lógica da Lei de Licitações, colocando em choque os incisos II e III do art. 6º e violando o art. 40, I, que exige fixação sucinta e clara do objeto no edital da licitação.



Por essas razões, também considero irregular o procedimento de contratação de serviço de locação de máquinas, equipamentos e veículos com cláusula que estabeleça a doação ao final do contrato.

Com esta resposta negativa, entendo que os questionamentos n. 2 e 3, a ela relacionados, restam prejudicados.

A questão n. 4 trata de hipótese semelhante de locação de bens, que propõe estabelecerem-se, contratualmente, ao invés da cláusula obrigatória de doação, as condições para exercício de opção de compra dos bens locados ao final ou durante o contrato, se antecipadas todas as parcelas.

Na hipótese descrita, percebo, com a devida vênia, certa confusão entre pagamento de aluguel por locação e de prestação por compra, sendo necessária a separação entre as figuras potencialmente aplicáveis ao questionamento. O que o consultante chama de parcela - que seria devida em razão da locação -, a toda evidência, na esteira da resposta dada à questão n. 1 desta consulta, também funde as duas figuras, desnaturando o contrato locatício, o que não pode ser admitido frente ao regime estabelecido para as contratações públicas pela Lei n. 8.666/93, que estabelece distinção clara entre serviço e compra, art. 6º, II e III, os quais devem estar transparentemente descritos na definição do objeto a ser licitado, art. 40, I.

Não vejo com bons olhos a deflagração de uma licitação para locação de bens que traga embutida uma opção de compra futura dissociada do indispensável prélio licitatório específico, merecendo a questão n. 4 ser respondida também de forma negativa.

A inadequação da hipótese aventada se mostra mais evidente quando se analisa a proposição, dentro de um licitado contrato de locação - leia-se: serviço -, do exercício imediato da opção de compra do bem pela Administração, por meio do pagamento de prestações relativas ao seu custo, concomitantemente aos aluguéis. Revela-se, assim, severa confusão entre as figuras da locação e da operação de compra e venda mediante pagamento em prestações e, por consequência, entre pagamento de despesa de aluguel e preço de compra do bem, que atentaria contra o regime de transparência e de publicidade imposto pela Lei de Licitações e violaria diversos de seus dispositivos que protegem seus procedimentos contra a obscuridade.

O Código Civil de 2002, art. 104, estabelece que os negócios jurídicos serão válidos caso seja capaz o agente, se o objeto for lícito, possível, determinado ou determinável e se a forma for a prescrita ou não defesa em lei.

O negócio jurídico descrito somente poderia ser aceitável - ou válido - se formalmente enquadrado na conhecida figura do arrendamento mercantil/leasing, modalidade contratual de financiamento que conta com detalhada e específica regulamentação oficial e com ampla aceitação no mercado, pelo que este parecer responderá aos questionamentos 4, 5 e 6, considerando a hipótese como se leasing o fosse.

Esses contratos de arrendamento mercantil, por natureza, são regidos predominantemente por normas de direito privado, conforme



a disciplina do inciso I do § 3º do art. 62 da Lei n. 8.666/93, na qual o legislador cita casos em que há possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos considerando as normas aplicáveis às relações entre particulares. Esses casos são exemplificativos, o que nos permite concluir que outros, como o contrato de leasing, possam ser incluídos nesta relação.

Em diversas consultas respondidas por este Tribunal, o entendimento que prevalece é o de que a Administração Pública pode realizar contratos de arrendamento mercantil/leasing.

Informa a Comissão de Jurisprudência e Súmula que esta Corte vem se manifestando no sentido de que, nessas hipóteses, poderá ocorrer a compra dos equipamentos locados ao final do contrato. Relacionam-se diversas consultas neste sentido, destacando-se o entendimento proferido na citada Consulta de n. 748953, de relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, apreciada na Sessão de 30/03/2011, que assim se posiciona:

Com efeito, esta Corte já se manifestou sobre a possibilidade de o Município celebrar contrato de arrendamento mercantil para aquisição de maquinário e veículos, dentre outras, nas Consultas nº 463736 e 434177, relatadas pelos Conselheiros Simão Pedro Toledo e Fued Dib, nas Sessões Plenárias de 24/06/1998 e 23/09/1998, respectivamente.

O entendimento do Tribunal sobre a matéria, em linhas gerais, é no sentido de que o Município pode celebrar contrato de arrendamento mercantil ou "leasing", desde que, observados os seguintes pré-requisitos: - autorização legislativa e procedimento licitatório.

O "leasing" é modalidade de contrato comercial caracterizado por um financiamento indireto, que consiste primeiro, em alugar, em vez de vender, com possibilidade de futura aquisição do bem locado.

Antes de adentrarmos nas questões relacionadas às peculiaridades da contratação de leasing, cabe o registro de que a opção administrativa que levar à escolha da modalidade, em detrimento da locação ou da aquisição direta dos bens, deve ser amplamente fundamentada nos autos do procedimento licitatório, notadamente quanto aos aspectos da adequação e da economicidade.

A Resolução n. 2309/96 do Banco Central do Brasil (BACEN) - editada com fundamento no art. 9º da Lei n. 4.595/64, a Lei do Sistema Financeiro, e na Lei 6.099/74, que regulamenta o tratamento tributário do leasing - "disciplina e consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil" e define, no parágrafo único do art. 1º, que essas operações podem ser dos tipos "financeiro e operacional", nos termos caracterizados pelos seus art. 5º e 6º.

O leasing operacional, apreciado no art. 6º, se aproxima da figura jurídica da locação, na medida em que se estabelece, previamente, que o preço para a eventual aquisição do bem arrendado é, necessariamente, o de mercado. Esta modalidade de arrendamento



mercantil, vale registrar, é privativa de bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil. Nessa modalidade de leasing, não há valor residual garantido (VRG) e as despesas com manutenção do bem podem ser assumidas pela arrendadora.

O leasing financeiro, tratado no art. 5º, por sua vez, se amolda claramente ao negócio jurídico descrito no item 4 da consulta, que, como visto, mistura em um mesmo contrato as figuras da locação com a compra de bens, devendo, assim, ser o norte para o tratamento da hipótese. Vale dizer que o leasing financeiro carrega a figura do VRG, que pode ser pago em qualquer momento do contrato. Acresça-se que o art. 13 do citado regulamento do BACEN prevê a hipótese de que a própria empresa vendedora do bem, ou empresas a ela coligadas, promova o leasing diretamente com o arrendatário, desde que este seja pessoa jurídica. Entretanto, essa espécie se admite apenas na forma financeira.

Feita essa distinção, tem-se que os contratos de leasing, segundo a citada norma BACEN, em seu art. 7º, em qualquer das duas modalidades, possuem cláusulas mínimas necessárias à sua formalização, dentre elas as previstas nos incisos II, III, V, VI e VII:

Art. 7º Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, devendo conter, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas:

(...)

II - o prazo do arrendamento;

III - o valor das contraprestações ou a fórmula de cálculo das contraprestações, bem como o critério para seu reajuste;

(...)

V - as condições para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados;

VI - a concessão à arrendatária de opção de compra dos bens arrendados, devendo ser estabelecido o preço para seu exercício ou critério utilizável na sua fixação;

VII - as despesas e os encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes a operacionalidade dos bens arrendados, admitindo-se, ainda, para o arrendamento mercantil financeiro:

a) a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra;

b) o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido;

(...)



O art. 8º dessa resolução, por sua vez, estabelece os prazos mínimos de vigência dos contratos de arrendamento mercantil, tanto financeiro quanto operacional, e o art. 10 estabelece que a operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação, quando a opção de compra for exercida antes de decorrido o prazo mínimo estabelecido no citado art. 8º:

Art. 8º Os contratos devem estabelecer os seguintes prazos mínimos de arrendamento:

I - para o arrendamento mercantil financeiro:

a) 2 (dois) anos, compreendidos entre a data de entrega dos bens a arrendatária, consubstanciada em termo de aceitação e recebimento dos bens, e a data de vencimento da última contraprestação, quando se tratar de arrendamento de bens com vida útil igual ou inferior a 5 (cinco) anos;

b) 3 (três) anos, observada a definição do prazo constante da alínea anterior, para o arrendamento de outros bens;

II - para o arrendamento mercantil operacional, 90 (noventa) dias.

Art. 10. A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º deste Regulamento.

Assim, em tese, respondendo-se à segunda parte da questão n. 4, como se a hipótese fosse de leasing financeiro - na interpretação que dei ao negócio jurídico descrito -, entendo que poderia ser antecipado o pagamento das parcelas faltantes do arrendamento mercantil no curso do contrato, com a consequente abreviação da opção pela aquisição do bem, desde que depois de cumpridos os prazos mínimos discriminados na citada resolução do BACEN, uma vez que o regime nacional das licitações não admitiria a simplista modificação da natureza contratual, de forma imperativa, prevista no art. 10 da citada resolução. Noutras palavras, não se admite o surgimento de contratação de compra para a Administração sem o necessário procedimento específico de natureza licitatória, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Cidadã.

Deve-se reconhecer, entretanto, que a admissão dessa opção de compra antes do término da vigência contratual, mediante a antecipação das parcelas previstas no contrato de leasing financeiro, teria o potencial de afetar determinantemente o equilíbrio econômico-financeiro no que se refere à proposta apresentada pelo vencedor do certame.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo implica manutenção da relação existente entre os encargos impostos ao contratado e a remuneração que ele receberá pelos serviços prestados ou bens adquiridos.



As cláusulas econômico-financeiras dos contratos administrativos, por fixarem as condições de remuneração do contratado, somente poderão ser modificadas se houver acordo entre as partes, o qual deverá ser consistentemente justificado, motivado e fundamentado. É o que se depreende do art. 58, inciso I, §§ 1º e 2º, e dos comandos e hipóteses apresentados pelo art. 65, todos da Lei n. 8.666/93, referente às excepcionais modificações dos contratos administrativos.

Ocorre que, no caso do arrendamento mercantil financeiro, nas contraprestações a serem pagas pela arrendatária, encontram-se embutidos nos custos de arrendamento do bem: a recuperação do investimento pela arrendadora, os custos financeiros, operacionais e o lucro. Eventual reengenharia financeira para reconstrução dos valores das parcelas mostra-se imperativa, de modo que se demonstre a desejada manutenção das condições econômicas contratadas, notadamente a redução, em favor da Administração, do valor das prestações a serem antecipadas.

Assim, entendo ser possível a hipotética redução do prazo contratual para exercício da opção de compra do bem arrendado, em tese, mediante consistente fundamentação de interesse público, em que se justifiquem as razões para a alteração no cronograma planejado e, especialmente, se demonstre a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do ajuste. Impõe-se, ainda, a rigorosa observância do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, dos prazos fixados na Resolução BACEN n. 2.309/96 e do princípio da economicidade.

Quanto aos questionamentos n. 5 e 6, relativos à necessidade de autorização legislativa específica e o possível enquadramento da hipótese de locação com fixação de valores para opção de compra ser considerada como uma operação de crédito, reitero que considero inadmissível essa mistura de locação com compra e venda, exceto se for devidamente formalizada sob a forma de arrendamento mercantil, sob os rigores da Lei do Sistema Financeiro, da Lei n. 6.099/74 e da Resolução BACEN n. 2.309/96.

Desse modo, respondo aos dois questionamentos finais considerando que a hipótese se trata, efetivamente, de arrendamento mercantil/leasing financeiro, sendo oportuna a transcrição do artigo 3º da Resolução n. 43/2001 do Senado Federal e do artigo 29, inciso III, da Lei Complementar 101 de 2000:

Resolução n. 43/ 2001 do Senado Federal:

Art. 1º Subordinam-se às normas estabelecidas nesta Resolução as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios, inclusive a concessão de garantia.

(...)

Art. 3º Constitui operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior, em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores



provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros. (g.n.)

Lei Complementar 101 de 2000:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

(...)

III - Operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão de aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com uso de derivativos financeiros.

Nos termos das normas supracitadas, entendo que, nos casos de leasing, na modalidade financeiro, a contratação deverá ser classificada em "operações de crédito". Reitero que somente assim entendo ser possível o negócio jurídico descrito pelo consulente. Tal classificação está prevista no Manual de Demonstrativos Fiscais aplicado à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, válido para o exercício 2012, 4ª edição, página 457, que indica devam ser essas operações classificadas no Relatório de Gestão Fiscal de responsabilidade dos gestores como operações de crédito sujeitas a limite para fins de contratação, nos termos do art. 55, I, d, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Quanto aos procedimentos a serem adotados ao se contratar arrendamento mercantil/leasing financeiro e quanto à necessidade de autorização legislativa específica para a realização dessa despesa, entendo que - por força das disposições contidas no art. 32, § 1º, I da Lei de Responsabilidade Fiscal, nos §§ 2º e 3º do art. 7º c/c o § 4º do art. 105 da Lei n. 4.320/64 - a contratação deverá ser previamente autorizada pelo Poder Legislativo local no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica de iniciativa do chefe do Executivo, e também pelo Ministério da Fazenda.

LRF

Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

§ 1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:

I - existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

Lei n. 4.320/64



Art. 7º - A Lei de Orçamento poderá conter autorização ao executivo para:

(...)

§ 2º - o produto estimado de operações de crédito e de alienação de bens imóveis somente se incluirá na receita quando umas e outras forem especificamente autorizadas pelo Poder Legislativo em forma que juridicamente possibilite ao Poder Executivo realizá-las no exercício. (g.n.)

§ 3º - A autorização legislativa a que se refere o parágrafo anterior, no tocante a operação de crédito, poderá constar da própria Lei de orçamento.

Art. 105 - O Balanço Patrimonial demonstrará:

(...)

§ 4º - O Passivo Permanente compreenderá as dívidas fundadas e outras que dependam de autorização legislativa para amortização ou resgate.

Desta forma, entendo que não há óbice legal para que a Administração Pública realize contrato de arrendamento mercantil ou leasing financeiro, desde que plenamente justificada a opção e que tal contrato seja precedido de autorização legislativa, de procedimento licitatório, de autorização do Ministério da Fazenda e de que se cumpram todos os dispositivos da Resolução BACEN n. 2.309/96, além do princípio da economicidade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, respondo, objetivamente, aos questionamentos formulados pelo consulente, nos seguintes termos:

1) O Município não pode contratar serviços de locação de máquinas, equipamentos e veículos, estabelecendo, no objeto da licitação, que, ao final do contrato, os equipamentos alugados deverão ser doados ao locatário.

2 e 3) Tendo em vista a impossibilidade de o Município contratar os serviços de locação de equipamentos com cláusula que obrigue a doação ao final dos pagamentos, restaram prejudicadas as respostas aos questionamentos relativos à:

- possibilidade de o Município autorizar, ou não, a empresa contratada a caucionar junto a instituições financeiras os seus direitos creditórios do contrato de locação com doação ao final dos pagamentos; e

- possibilidade de esse contrato ultrapassar mais de um exercício financeiro.

4) O Município não pode promover licitação e celebrar contrato cujo objeto seja aluguel de bens com opção de compra no curso contratual ou ao final.

Pode, entretanto, realizar contrato de arrendamento mercantil/leasing, na modalidade financeiro, desde que a contratação seja precedida de consistente motivação com relação à opção pela modalidade,



especialmente quanto à economicidade, de procedimento licitatório e de que se observem os termos da Lei n. 6.099/74 e da Resolução BACEN n. 2.309/96. Necessária, ainda, para adoção de arrendamento mercantil financeiro, a autorização legislativa e do Ministério da Fazenda, por ser operação de crédito.

Quanto à possibilidade de a Administração Pública realizar contrato de arrendamento mercantil/leasing financeiro, estabelecendo a possibilidade de opção pela compra do equipamento arrendado antes do término da vigência contratual, ou seja, se antecipadas as parcelas, entendo-a viável, em tese, mediante a necessária observância das rigorosas condições do art. 65 da Lei de Licitações, dos prazos previstos na Resolução BACEN n. 2.309/96 e do princípio da economicidade.

5 e 6) Nos casos de arrendamento mercantil/leasing financeiro, a contratação deverá ser classificada como operação de crédito, nos termos do artigo 3º da Resolução 43/2001 do Senado Federal e também do artigo 29, inciso III, da Lei Complementar 101 de 2000.

Recomendo ao consulente a leitura da Consulta n. 748953, disponível no Portal deste Tribunal na internet.

É como respondo.

CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta Presidência também acompanha o voto do Conselheiro Relator.

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

À luz dos fundamentos lançados pelo TCE-MG na resposta à Consulta n.º 833.285, conclui-se que o modelo de negócio arquitetado pelo SAAESMA pode representar burla às exigências de segurança impostas pela legislação pátria.

Assim, como se percebe, a dificuldade em se localizar precedentes jurisprudenciais sobre o tema decorre do novel *nomen iuris* atribuído ao modelo



de realização de obra financiada, dissimulado sob as vestes do que se denominou de locação de ativos.

Conforme demonstrado, a locação de ativos não se constitui em autêntico contrato de locação, mas sim em contrato dissimulado de realização de obra financiada, sendo que a modalidade de financiamento adotada pelo SAAESMA representa, na realidade, a principal característica do modelo de negócio concebido pela autarquia.

Desse modo, impõe-se, agora, volver as atenções para o campo das ciências econômicas com o intuito de tentar desvendar a complexa modalidade de financiamento que se oculta sob as entrelinhas das cláusulas do instrumento contratual em exame.

3.3.6 DO FINANCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DE GRANDE PORTE

Para se viabilizar a realização de obras de alto custo financeiro diante de cenários de escassez de recursos orçamentários, abre-se aos municípios a possibilidade de obtenção de verbas junto a outros entes públicos por meio da assinatura de convênios ou de outros instrumentos congêneres.

Devido às vantagens oferecidas pelo financiamento público, a exemplo dos longos prazos para amortização e das baixas taxas de remuneração do capital, essa hipótese deve sempre ser considerada pelo gestor público e devidamente justificada sua eventual desconsideração quando superada pelos benefícios oferecidos por financiamento de origem privada.

Por seu turno, são muitas as modalidades de financiamento privado disponibilizadas pelo mercado financeiro à Administração Pública, a exemplo do arrendamento mercantil ou *leasing*, do financiamento tradicional, também



chamado de *corporate finance*, e da relativamente nova modalidade de financiamento denominada *project finance*.

O arrendamento mercantil, ou *leasing*, encontra-se disciplinado pela Lei n.º 6.099/1974, sendo admitida a sua contratação por parte da Administração Pública, desde que satisfeitas as exigências legais, conforme já declinado neste parecer em momento anterior.

Tal hipótese também não se adequa ao modelo de negócio proposto pelo SAAESMA, uma vez que os termos do contrato não satisfazem os requisitos legais exigidos para a configuração dessa modalidade de financiamento.

Essa inadequação foi muito bem observada pela área técnica na Instrução Técnica Especial ITE-1/2012 (fls. 702 e 703):

Na hipótese em comento, o Poder Público, ao dispender o VML, está arcando também com o custo da obra, pois a titularidade desta lhe é transferida ao cabo da desoneração de suas obrigações. Trata-se na realidade de um **contrato de realização de obra com a terceirização do financiamento**.

É uma figura muito próxima do chamado contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil, regulado pela Lei n. 7.132/83, que assim dispõe:

Art. 1º [...]

Parágrafo único - Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

A diferença está no fato de que no arrendamento mercantil, a arrendadora adquire o bem e o cede para a arrendatária mediante paga, havendo opção de compra ao término do prazo contratual. Na locação de ativos, a contratada realiza uma obra e a aluga para o Poder Público que, ao término das prestações, **adquire automaticamente a propriedade** da estrutura construída.

Em ambos os casos, resta claro que a necessidade de pessoa interposta na aquisição do bem (ou realização da obra, no caso da locação de ativos) está no poder financeiro que esta tem e que o usuário do bem (ou da estrutura) não tem. O arrendatário ou o Poder Público, conforme o caso, assume um endividamento parcelado, por falta de condições de fazê-lo em um só momento de forma integral.



Nesses termos, conclui-se que a locação de ativos trata-se na verdade de um **contrato de realização de obra com terceirização do financiamento**. Doravante, passa-se à verificação da possibilidade de enquadramento desse ajuste no ordenamento jurídico.

O contrato de realização de obra com terceirização do financiamento, nomenclatura atribuída pela área técnica ao negócio modelado pelo SAAESMA, considerando as peculiaridades constatadas no instrumento contratual que lhe serve de suporte, salvo melhor juízo, constitui uma tentativa *sui generis* de adaptação da modalidade de financiamento denominada *project finance*.

Devido à complexidade dessa modalidade de financiamento, insta abordá-lo em tópico próprio.

3.3.6.1 DA MODALIDADE DE FINANCIAMENTO DENOMINADA *PROJECT FINANCE*

No curso da presente análise, este *Parquet* vislumbrou a possibilidade de o modelo de negócio proposto pelo SAAESMA abrigar uma variação muito peculiar da modalidade de financiamento conhecida como *project finance*.

Conquanto existam traços na minuta do contrato que indicam ser essa a hipótese desejada pela autarquia mateense, a imprecisão terminológica do instrumento contratual, aliada à presença de cláusulas que a princípio descaracterizam e distorcem a essência desse modelo de negócio, dificultam a caracterização precisa do modelo de negócio entabulado pelo SAAESMA.

De igual modo, ponderou-se que o objeto deste estudo foi delimitado no conceito abstrato de “locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso das áreas”, o que gerou, a princípio, fundadas dúvidas quanto ao grau



de afastamento desse vetor metodológico que seria permitido para o caso em tela.

Sem prejuízo do aprofundamento da cognição do tema nos autos do caso concreto que apura supostas irregularidades na Concorrência n.º 002/2011 promovida pelo SAAESMA (Denúncia TC-7639/2011), e na certeza de estar colaborando para o estudo, passa-se a fazer uma breve exposição da modelagem de financiamento intitulada *project finance*.

3.3.6.1.1 INTRODUÇÃO AO PROJECT FINANCE

O mercado financeiro dispõe de uma variedade muito grande de produtos destinados a atender aos diferentes perfis de agentes deficitários, assim considerados aqueles que necessitam de capital financeiro para desenvolver seus projetos de investimento, através da oferta de recursos por parte de agentes superavitários, os quais possuem recursos financeiros em abundância.

Normalmente, esse contato entre agentes deficitários e superavitários é promovido por uma instituição financeira que atua como intermediária na negociação. Essa intermediação pode ocorrer de forma direta ou indireta.

O processo de **intermediação financeira** entre agentes superavitários e deficitários pode ser realizado de duas maneiras distintas. A primeira consiste na atuação tradicional dos bancos comerciais. Nela, o agente superavitário ou poupador deposita seus recursos não consumidos em uma instituição financeira, que os capta sob a forma de depósito em conta-corrente (conhecido como depósito à vista), em CDB/RDB (também conhecido como depósito a prazo), depósito em poupança, ou outras formas de captação, e os repassa para um agente deficitário ou tomador de empréstimos. Nesse processo, não existe contato direto entre o agente superavitário e o deficitário. Note-se que o relacionamento tanto do agente superavitário quanto do agente deficitário sempre ocorre com a instituição financeira. Esta, por sua vez, adquire papel fundamental no processo, pois assume todo o risco de o tomador do empréstimo, a instituição financeira deve honrar o depósito ou o CDB do poupador.

A segunda forma de intermediação consiste na atuação da instituição financeira como mera prestadora de serviço ao exercer a função de



colocar poupadores e tomadores em contato direto. Nesse processo, a instituição financeira apenas presta ao agente deficitário o serviço de estruturar uma operação de captação de recursos, mediante a emissão de um título de dívida que pode ser representado por uma debênture ou nota promissória ou ações, por exemplo. Além da emissão, a instituição financeira assume a função de localizar agentes superavitários dispostos a adquirirem os títulos emitidos. Esse tipo de transação é realizada no âmbito do mercado de capitais. Note-se que, nesse caso, a instituição financeira não assume o risco de crédito do agente deficitário, que é assumido integralmente pelo agente superavitário.

Analisando as duas formas de intermediação financeira, percebe-se que a instituição financeira corre maiores riscos na intermediação direta, motivo pelo qual ela procura uma remuneração maior, a fim de compensar o risco assumido. Essa remuneração maior representa um dos componentes do *spread* bancário, que se verá adiante com mais detalhe. O *spread* torna a remuneração paga pelo agente deficitário, representada pela taxa de juros, maior do que a remuneração recebida pelo agente superavitário. Na intermediação indireta, a instituição financeira apenas cobra uma taxa para realizar o processo de emissão e distribuição do título, não havendo *spread*, ou seja, a remuneração paga pelo agente deficitário é a mesma recebida pelo agente superavitário. (OLIVEIRA; PACHECO, 2011, p. 12/14)

O risco suportado pelos agentes superavitários é diretamente proporcional às garantias oferecidas pelos agentes deficitários, tomadores do financiamento. Em outros termos, quanto maiores os riscos, maiores as garantias exigidas.

Em regra, na modalidade tradicional de financiamento, também conhecida como *corporate finance* ou *corporate lending*, as garantias oferecidas pelo tomador do empréstimo constituem-se em bens e direitos disponíveis em momento presente, isto é, ao tempo da assinatura do contrato, não havendo relação necessária com bens e direitos creditórios futuros.

Por esse motivo, a análise de crédito nessa modalidade de financiamento, cujo objetivo é minorar os riscos dos agentes superavitários, está condicionada à comprovação prévia da existência de patrimônio suficiente para ser dado em garantia, o que representa obstáculo para a parcela dos agentes deficitários que não possui bens disponíveis e suficientes para oferecer em garantia.



Como forma de viabilizar a realização de empréstimos a agentes deficitários desprovidos de garantias patrimoniais, o mercado financeiro desenvolveu a modalidade de financiamento denominada *project finance*.

No *project finance* – termo natural da língua inglesa que mantém sua grafia original como forma de identificação dessa modalidade de financiamento – o tomador do empréstimo oferece como garantia a certeza de um crédito futuro, não disponível no presente. Mais especificamente, a garantia de um fluxo de caixa gerado pela exploração de um empreendimento autossustentável, construído com os recursos tomados em empréstimo, cuja receita se mostre suficiente para amortizar e remunerar os financiadores durante o longo prazo de reversão do capital investido.

Em brilhante trabalho monográfico, Alexandre Pimenta da Rocha Carvalho disserta sobre o conceito de *project finance*:

O já citado Professor João Luiz Coelho da Rocha (2002, n. 118, pág. 96) em sintético, porém contundente texto foi quem, em nossa opinião, melhor definiu *Project Finance*. Para o mestre carioca o termo apresenta o seguinte conceito:

Nesta área, o *Project Finance* aparece como um sistema de financiamento, de obtenção de recursos para certo projeto, de um modo tal que a garantia do financiador esteja contida dentro do próprio projeto, prioritariamente dentro da geração de receitas daquele empreendimento.

Eis aí o conceito sintético que bem define o termo e sua clássica utilização: *Project finance* é modalidade especial de financiamento no qual não a situação patrimonial dos Patrocinadores (sócios da SPE, como se verá) deverá ser levada em consideração, mas sim a capacidade de auto-financiamento do projeto em si é que deve ser considerada. Logo, o aspecto a ser considerado para se aportar numerário num *Project finance* não são as garantias a serem oferecidas, como num financiamento comum, mas, ao revés, a capacidade de gerar caixa do empreendimento em si.

Assim, de acordo com essas estruturas de financiamento, os financiadores olharão, sobretudo, para a estabilidade e consistência do fluxo de caixa da empresa financiada. Em outras palavras, não se estará fundamentado no valor dos ativos incorporados ao projeto em si, mas na capacidade atrelada a esses ativos de gerar receitas decorrentes da operação e manutenção do projeto. Essa modalidade de financiamento altera substancialmente a ótica de análise de risco dos financiadores.



[...]

Distinguindo *Project finance* dos financiamentos tradicionais, o ilustre Diretor da Comissão de Valores Mobiliários – CVM e Prof. Da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro – PUC/RJ, Luiz Leonardo Cantidiano (2001, p. 139), assim se pronunciou:

O *Project finance* deve ser entendido como o mecanismo que permite que o desenvolvimento de um projeto ocorra mediante a obtenção de um financiamento especialmente contratado, que será amortizado com a receita gerada pelo próprio projeto, segregando-se os riscos inerentes à exploração daquela atividade.

Ressalte-se que a operação de *Project Finance* não se confunde com outras modalidades de financiamento ou garantia, na medida em que o que caracteriza dita modalidade de operação é a assunção de risco inerente ao sucesso do empreendimento, o qual é representado pela capacidade de geração de receitas que permitem (a) cobrir o custo operacional do empreendimento, (b) remunerar o serviço da dívida contraída junto aos financiadores e (c) propiciar um retorno aos investidores.

Em verdade parafraseando Luiz Cláudio Correa da Costa Aboin (2001, p. 8) a tarefa de definir, de forma precisa, *Project finance* é bastante complexa. Isto porque, como dito e redito, *Project finance* é apenas um único contrato ou simples financiamento, mas um sistema composto por inúmeros subsistemas jurídicos e financeiros inter-relacionados para atingir determinado objetivo. (CARVALHO, 2005, p. 18/19)

Luiz Ferreira Xavier Borges conceitua essa modalidade de financiamento do seguinte modo:

Project finance é uma forma de engenharia/colaboração financeira sustentada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia à referida colaboração os ativos desse projeto a serem adquiridos e os valores recebíveis ao longo do projeto.

Os contratos de *project finance*, como veremos adiante, são baseados na análise e quantificação dos riscos envolvidos, cujo objetivo básico é o de prever qualquer variação no fluxo de caixa do projeto, minimizando os riscos através de obrigações contratuais.

Trata-se de uma modalidade de apoio mais comum a projetos de grande porte, normalmente para o setor de infra-estrutura, tais como usinas, estradas, projetos de saneamento básico e outros. (BORGES, p. 1 e 2)

Dissertando sobre o mesmo tema, Silvana dos Santos acrescenta:



O *Project Finance* pode ser definido como o levantamento de recursos para o financiamento de um projeto economicamente distinto da empresa empreendedora, no qual os provedores dos recursos se baseiam no fluxo de caixa do projeto como fonte exclusiva de pagamento do empréstimo. É importante salientar, ainda, que o referido fluxo de caixa deve ser capaz de prover o retorno do capital investido no projeto. O *Project Finance* pode, alternativamente, ser definido como uma estrutura de financiamento em que a responsabilidade dos patrocinadores fica limitada aos recursos investidos no projeto, na medida que os credores não tem nenhum recurso, ou, em alguns casos, apenas um acesso limitado ao patrimônio desses patrocinadores.

Project finance tem o seguinte conceito chave:

- Segregação dos ativos do projeto em uma entidade jurídica separada;
- Ausência de acesso ou acesso limitado ao patrimônio dos patrocinadores;
- Riscos do projeto são garantidos pelas receitas e ativos;
- Retornos baseados no fluxo de caixa do projeto.

Embora muitas estruturas de financiamento possam ser enquadradas como *project finance*, a característica comum a todas elas reside no fato de não dependerem do suporte de crédito dos patrocinadores do projeto ou do valor dos ativos dos patrocinadores, mas da expectativa de receitas geradas pelo projeto ao longo do tempo. [...] (SANTOS, 2003, p. 29 e 30)

Essa mesma autora sintetiza na forma de quadro comparativo as características do *corporate finance* e do *project finance* (SANTOS, 2003, p. 52):

Tabela 3.1 forma comparativa entre *corporate finance* e *project finance*

Critério	<i>Corporate finance</i>	<i>Project finance</i>
Organização	- Empresa criada há bastante tempo - Empresa com sólido “ <i>track Record</i> ” no mercado - Os diversos ativos e negócios da empresa formam uma unidade.	- Empresa recém-criada com o propósito específico de viabilizar o projeto. - Empresa sem qualquer “ <i>track Record</i> ” no mercado. - Os ativos e o fluxo de caixas relacionados ao projeto estão segregados dos patrocinadores.
Alocação de risco	- Credores têm total recurso ao patrimônio da empresa. - Risco diluído entre os diversos ativos e negócios da empresa.	- Credores não têm, ou têm de forma limitada, recurso ao patrimônio dos patrocinadores. - Risco concentrado no projeto, seus ativos e fluxo de caixa.
Estrutura do financiamento	- Credores baseiam-se na totalidade do patrimônio da empresa para concessão do financiamento. - Tipicamente financiamento “ <i>clean</i> ” (sem garantia) ou com poucas garantias.	- Credores baseiam-se no fluxo de caixa e nos ativos do projeto para concessão do financiamento. - Financiamento com estruturas complexas de garantias. - Documentação complexa e muito extensa, confeccionada para o caso específico.
Capacidade financeira	- A própria empresa tem capacidade financeira para satisfação do empréstimo.	- O projeto não tem capacidade financeira para satisfação do empréstimo, sendo o crédito suportado por outras fontes (Compradores do produto gerado pelo projeto). - Proporciona, indiretamente, o aumento da capacidade financeira dos patrocinadores.
Agilidade no financiamento	- O financiamento pode normalmente ser estruturado com muita rapidez. - Custos baixos de estruturação financeira e legal.	- Estrutura financeira e legal bastante complexa leva a uma demora muito grande para a obtenção do financiamento. - Custos de estruturação financeiro e legal muito elevado.



Monitoramento	- Empresa diretamente pouco monitorada pelos credores.	- Empresa intensamente monitorada pelos credores, por meio de "covenants" e outras provisões contratuais.
Fluxo de Caixa	- Fluxo de caixa dos diversos ativos e negócios da empresa formam um todo e são aplicados de acordo com a política da empresa. - A administração, respeitada a política da empresa, tem livre arbítrio em relação à alocação do fluxo de caixa gerado pelos diversos ativos e negócios da empresa.	- Fluxo de caixa gerado pelo projeto tem destinação certa de acordo com a documentação do empréstimo (criação de contas reserva, reinvestimento, distribuição aos sócios). - A administração tem pouca liberdade de alocação do fluxo de caixa do projeto.
Falência	- Afete todo o patrimônio da empresa	- Atinge o projeto como um todo, porém limitadamente os patrocinadores no montante do capital investido.

Portanto, no *project finance* a garantia do financiamento é transferida para o próprio empreendimento, necessariamente autossustentável, construído com os recursos tomados em empréstimo. Desse modo, tem-se uma repartição dos riscos entre todos os atores envolvidos nas fases de construção e de operação do empreendimento e na medida de suas participações, de maneira que todas as situações indesejadas sejam minuciosamente previstas antes mesmo de o projeto sair do papel, haja vista que o sucesso do negócio depende da produção de um fluxo de caixa contínuo e suficiente para amortizar o saldo devedor do financiamento durante o longo período de amortização e remunerar adequadamente os investidores do projeto.

Neste sentido, o *project finance* aloca retornos e riscos com maior eficiência do que o financiamento convencional. Permite aos empreendedores mitigar seus riscos e obter recursos (alavancar) sem o comprometimento da estrutura financeira; e aos credores, taxas de remuneração do capital compatíveis com o risco de um projeto e não associadas à capacidade creditícia de uma empresa.

Os arranjos do *project finance* podem ser projetados de forma a alocar os riscos inerentes ao projeto entre as partes mais bem posicionadas para assumi-los, ou seja, ao menor custo.

Assim, empresas de engenharia assumem os riscos da construção, os fornecedores de matérias primas assumem o risco de fornecimento, os compradores da produção podem assumir o risco do preço do produto, e assim por diante. Tais arranjos necessitam de um ambiente onde contratos sejam instrumentos confiáveis e respeitados, pois neles baseiam-se todas as garantias de divisão de riscos e responsabilidades. (SANTOS, 2003, p. 127)

O rigor da análise de um *project finance* exige um minucioso estudo da viabilidade econômica do empreendimento por parte de especialistas em engenharia financeira.



Um *project finance* tem características peculiares e requer uma estruturação complexa envolvendo uma imensa gama de negociações e acordos, não só entre os sócios e *lenders* como também com fornecedores, clientes, empresas seguradoras, entidades governamentais etc.

O resultado dessas negociações, como não poderia deixar de ser, gera uma estrutura de compartilhamento de riscos e garantias, que ficam expressos em diversos de instrumentos jurídicos. (MOREIRA, 1999, p. 3)

Diante do valor elevado do investimento, do longo período de amortização e do grande número de variáveis envolvidas em todas as etapas do projeto, os investidores precisam ter a segurança de que a opção de investir em um *project finance* garantirá rendimentos superiores às alternativas disponíveis no mercado financeiro que ostentem o mesmo grau de risco. Caso contrário, os agentes superavitários aplicarão seu capital excedente nos produtos tradicionais de investimento, alinhados aos seus perfis de risco.

Risco pode ser definido como sendo a incerteza quanto ao resultado futuro de um investimento que pode ser medido matematicamente. Em uma definição mais simples, pode-se dizer que risco é a probabilidade de que ocorra algo não esperado quanto ao retorno do investimento, ou a probabilidade de ocorrer algo diferente do esperado. (OLIVEIRA; PACHECO, 2011, p.250)

Como se percebe, modelar um *project finance* não é algo simples. A concepção do projeto requer uma equipe multidisciplinar de profissionais especializados que produzirão extensos relatórios técnicos com o propósito de prever e apresentar soluções para todos os cenários de contingência possíveis, de modo que os riscos sejam precisamente calculados e, por conseguinte, mitigados.

No *project finance*, os riscos são alocados às partes que demonstrarem melhores condições de assumi-los. Entretanto, os instrumentos de mitigação de risco incorporados aos arranjos financeiros e contratuais do projeto não precisam abranger tudo para fornecer a segurança que os investidores desejam. Os compromissos podem se limitar ao âmbito (restrito ao risco geológico, de trabalho e de produtividade dos equipamentos, de operação e de manutenção, da demanda de mercado ou de força maior), à quantidade (limitado a um percentual do custo do financiamento ou do capital, ao preço do contrato ou à receita de operação) ou à duração (aplicável apenas



durante a construção, o teste de desempenho, o início, a operação ou o período de falhas para se atingir datas pré-estabelecidas ou indicadores operacionais ou financeiros). (JEFF, 1996, tradução livre¹²).

Portanto, a segurança do investimento está, exatamente, no grau de previsibilidade e de certeza de ocorrência dos eventos futuros. Não há como eliminar todos os riscos, mas apenas mitigá-los por meio do uso dos instrumentos adequados a cada espécie de risco.

O cálculo dos riscos – com a precisão exigida pelos investidores – impõe uma análise prospectiva do investimento que, na maioria dos projetos, supera com facilidade o horizonte temporal de uma década. Tal fato requer a realização de complexas análises matemáticas que equacionem riscos tecnológicos, de fornecimento de matéria prima e insumos, de demanda, de construção e operação, legais, ambientais, políticos, dentre outros.

Essencialmente, o *project finance* foi concebido para utilizar apenas um tipo de garantia, denominada de *nonrecourse*¹³.

Na garantia *nonrecourse* apenas o fluxo de caixa decorrente da exploração do empreendimento é utilizado para garantir o retorno do investimento, não havendo necessidade de qualquer aporte adicional por parte dos demais atores envolvidos no projeto.

Isso se deve ao fato de o empreendimento ser autossustentável, isto é, a própria exploração do empreendimento gera os recursos necessários para a

¹² *In project finance, risks are allocated to the parties best able to manage them. However, the risk mitigation instruments incorporated in the project's contractual and financial arrangements need not be all-encompassing to provide the security investors require. Commitments may be limited in scope (restricted to geological risk, labor and equipment productivity, operation and maintenance, market demand, or force majeure), amount (limited to a percentage of project debt or capital costs, contract price, or operating budget), and duration (applicable only during construction, performance testing, start-up, operation, or on failure to achieve certain milestone dates or operational or financial indicators) [...]*

¹³ Em razão da origem etimológica do termo *project finance* e do desenvolvimento terminológico dessa modalidade de financiamento sob o idioma britânico, a maioria das expressões utilizadas para descrever seus institutos e características são grafados em inglês.



amortização do empréstimo e o pagamento da remuneração dos investidores. Essa é uma das características básicas do *project finance*.

Adicionalmente, diante de cenários de risco mais elevado, foi modelado um segundo tipo de garantia para o *project finance*, denominado de *limited-recourse*.

Consoante já apontado, o *project finance* é modelado com o intuito de satisfazer as necessidades de um projeto específico. O pagamento do financiamento é garantida pelo fluxo de caixa e pelos ativos do próprio projeto. Os riscos (e a remuneração) são suportados não apenas pelos patrocinadores, mas por diferentes classes de investidores (proprietários do negócio, financiadores, *quasi-equity investors*¹⁴). Em razão da alocação dos riscos, um critério para a aferição da viabilidade de financiamento do projeto é saber se ele é capaz de autossustentar-se como uma entidade jurídica e econômica autônoma. Os ativos, os contratos e o fluxo de caixa do projeto precisam ser separados daqueles integrantes do patrimônio dos patrocinadores.

Existem dois tipos básicos de *project finance*: *nonrecourse project finance* e *limited-recourse project finance*.

O *Nonrecourse project finance* consiste em um arranjo de negócio no qual investidores e credores que financiam o projeto não possuem qualquer garantia direta por parte dos patrocinadores, como tradicionalmente ocorre (por exemplo, através de garantias patrimoniais). Embora a segurança dos credores repouse também nos ativos financiados, a garantia do pagamento é assegurada pelo fluxo de caixa operacional gerado a partir desses ativos. Portanto, antes de se atrair o financiamento, o projeto deve ser cuidadosamente estruturado e fornecer a segurança para os seus financiadores de que é viável econômica, técnica e ambientalmente, e de que é capaz de pagar a amortização do empréstimo e de gerar retorno financeiro compatível com o seu perfil de risco.

Já o *limited-recourse project finance* oferece aos credores e investidores algum tipo de garantia por parte dos patrocinadores. Isso frequentemente assume a forma de uma garantia durante o período de construção do empreendimento ou outra forma de contribuição que ofereça suporte financeiro para o projeto. Credores e investidores, entretanto, ainda veem o sucesso do projeto como sua fonte primária de remuneração. Na maioria dos projetos realizados nos mercados em desenvolvimento e em outros projetos com risco

¹⁴ *Quase-equity Investor*, ou *quase-equity holder*, "é o agente que, em certos projetos, situa-se entre os *equity holders* e os *lenders*. Ele detém parte da dívida e, em caso de problemas, tem preferência de recebimento sobre os *equity holders*, mas não sobre os *lenders*. Esta preferência é devida especialmente pelo nível de senioridade. Os *lenders* têm senioridade maior, por isso recebem seus pagamentos primeiro que os demais." (SANTOS, 2003, p. 32)



significativo de construção, o *project finance* é geralmente do tipo *limited-recourse*. (WORLD BANK, p. 3, tradução livre¹⁵)

Registre-se, por oportuno, que o modelo tradicional de financiamento (*corporate finance*) é conhecido também como *full-recourse*, haja vista que os patrocinadores garantem integralmente o risco da amortização do financiamento, suportando, com isso, todos os riscos envolvidos no empreendimento:

CORPORATE FINANCE

O apoio financeiro a empreendimentos pelo sistema tradicional, além de garantias reais (hipoteca, caução de ações etc.), envolve, também, o compromisso dos controladores pessoas jurídicas, às vezes, extensivo às pessoas físicas e seus familiares.

Este tipo de abordagem incorpora indiretamente garantia de outros ativos pertencentes ao Grupo Econômico, gerando uma rede interligada de garantias.

O sistema tradicional de garantias, também chamado de *full recourse*, porém, não controla o sistema de governo das empresas (*corporate governance*). O *flash* no momento da análise do crédito sempre vislumbra cenários com baixo risco. Instrumentos para mitigação de riscos não são usualmente utilizados, sendo considerados como riscos inerentes ao negócio.

Porém, o grau de liberdade dos controladores das empresas e a exposição de riscos envolvidos, inúmeras vezes, vem a distorcer estes cenários e o que parecia uma rede confortável de garantias se transformava numa rede de riscos com contaminação entre empresas, comprometendo os créditos concedidos. (MOREIRA, 1999, p. 2)

¹⁵ *As already noted, project finance is tailored to meet the needs of a specific project. Repayment of the financing relies on the cash flow and the assets of the project itself. The risks (and returns) are borne not by the sponsor alone, but by different classes of investors (equity holders, debt providers, quasi-equity investor). Because risks are shared, one criterion of a project's suitability for financing is whether it is able to stand alone as a distinct legal and economic entity. Project assets, project-related contracts, and project cash flows need to be separated from those of the sponsor. There are two basic types of project finance: nonrecourse project finance and limited-recourse project finance.*

Nonrecourse project finance is an arrangement under which investors and creditors financing the project do not have any direct recourse to the sponsors, as might traditionally be expected (for example, through loan guarantees). Although creditor's security will include the assets being financed, lenders rely on the operating cash flow generated from those assets for repayment. Before it can attract financing, then, the project must be carefully structured and provide comfort to its financiers that it is economically, technically, and environmentally feasible, and that it is capable of servicing debt and generating financial returns commensurate with its risks profile.

Limited-recourse project finance permits creditors and investors some recourse to the sponsors. This frequently takes the form of a precompletion guarantee during project's construction period, or other assurances of some form of support for the project. Creditors and investors, however, still look to the success of the project as their primary source of repayment. In most developing market projects and in other projects with significant construction risk, project finance is generally of the limited-recourse type.



Originado no direito estrangeiro e ainda sem disciplina específica no ordenamento jurídico, o *project finance* encontra na ampla liberdade de contratar das partes, inerente ao direito privado, sua base de sustentação legal.

As particularidades intrínsecas a cada modelagem do *project finance* não comporta uma disciplina jurídica única, tornando o processo de concepção dessa modalidade de financiamento caro e demorado.

À luz da ilimitada liberdade de contratar que orienta o engenho humano para a acumulação de riquezas, em cenários de elevado risco – o que implica lucros igualmente elevados –, mormente em países dispostos a promover o crescimento a qualquer custo, o *project finance* recebeu uma questionável terceira versão, denominada de *full recourse*.

Basicamente o *Project finance* pode ser dividido em duas modalidades, conquanto na presente *dissertação* apresentamos 3ª espécie: *non recourse* e *limited recourse*. Interessante anotar que a origem do 1º termo, que conforme adverte Durval de Noronha Goyos Júnior (1994, p. 167), é no sentido de “*sem recurso; sem garantia*”. Já a palavra “*recourse*” segundo o mesmo autor, não quer dizer “recurso”, mas sim, garantias sobre o patrimônio geral e individual dos Patrocinadores, que constitui a 2ª modalidade de *Project finance*.

O princípio geral subjacente às modalidades *non recourse* e *limited recourse* do *Project finance* é o de que a garantia dos financiadores do projeto ao pagamento dos empréstimos e dos juros a que têm direito é restrita a determinados ativos do devedor, conforme preceitua Vinter (1998, p. 46). Este princípio cria limitação ao conceito moderno de patrimônio como garantia geral dos credores.

A forma mais simples dos Patrocinadores do *Project finance* evitarem o acesso dos credores aos seus patrimônios particulares é a constituição de Sociedade de Propósito Específico – SPE (“*Special Purpose Company*” do direito americano), através da qual será feita a captação dos recursos de que o projeto irá necessitar; e a constituição de garantias em favor dos credores sobre todos os ativos da SPE, inclusive títulos representativos da participação no seu capital (ações, quotas etc.). Desta forma, somente o patrimônio da nova pessoa jurídica (que é especial da perspectiva dos Patrocinadores) responderá pelo cumprimento das obrigações assumidas. Este é o chamado *non recourse* de fato, uma vez que não haverá, salvo no caso de desconsideração da personalidade jurídica da SPE, qualquer recurso dos credores ao patrimônio dos Patrocinadores.



Todavia, é possível que as partes envolvidas estipulem que em qualquer ação judicial dos financiadores contra os Patrocinadores, onde a causa de pedir seja o projeto, somente os ativos da SPE responderão pela demanda, tal como ocorre no Patrimônio de Afetação das incorporações imobiliárias, estatuído pela Lei n. 10.931/2004. Esta limitação, não decorre somente da estrutura societária, mas de instrumentos contratuais existentes entre a SPE e os financiadores, e é o que caracteriza a modalidade *non recourse*. Em verdade o pagamento do financiamento baseado unicamente nos recursos gerados no empreendimento, ou seja, tendo o fluxo de caixa do empreendimento como única garantia, caracteriza, no Direito alienígena, como *Project finance non recourse*. Entrementes, há que se ressaltar que são raros os casos, no Brasil, de *Project finance non recourse*. De alguma forma o credor sempre obtém algum tipo de garantia dos acionistas e/ou dos *sponsors* da sociedade devedora.

Além dessa modalidade, há duas outras modalidades do *Project finance*, a saber: *limited recourse* (já mencionada e mais comum no Brasil e no mundo) e *full recourse* (mais rara no estrangeiro e mais comum no Brasil).

No caso do *limited recourse*, os credores contam com um *mix* de garantias, formado pelos recursos gerados pelo empreendimento, e por outras garantias pessoais e reais convencionais, cedidas pelos *sponsors* e acionistas, tais como penhor e fiança, que permanecem válidas por parte do período do financiamento e que, em conjunto, garantem as obrigações do tomador dos recursos.

Os acionistas podem assumir obrigações de fazer determinados atos para garantir o cumprimento das obrigações financeiras, tais como capitalizar a empresa do empreendimento em determinadas circunstâncias.

Já no caso do *full recourse*, os credores contam com garantias convencionais concedidas pelos acionistas e/ou *sponsors* do empreendimento que cobrem a totalidade das obrigações do tomador dos recursos, independentemente de o empreendimento gerar recursos suficientes. **Neste caso, o *Project finance* se aproxima muito dos financiamentos convencionais.** (CAMPOS, 2005, p. 31/34)

O *project finance* tem sido utilizado em grandes projetos de infraestrutura, como destaca Thomas Keiserman Lempke, em trabalho monográfico:

Já nos anos 80 e 90, muitos são os exemplos de empreendimentos estruturados via *project finance*. Entre estes se cita (RODRIGUES JÚNIOR, 1997 apud araújo, 2006, p. 182; FINNERTY, 1998, p. 4; HARRIS; KRUEGER, 1999, p. 1 e 8):

- a) Eurotunnel (França/Inglaterra, US\$ 16 bilhões);
- b) Sistema de satélites globais Iridium (US\$ 5 bilhões);
- c) Refinaria de petróleo e gás SINCOR (Venezuela, US\$ 4 bilhões);
- d) Ferrovia Australian Inland Rail (Austrália, US\$ 5,9 bilhões);
- e) Aeroporto Internacional de Berlim-Brandenburgo (Alemanha);



- f) North-South Expressway (Tailândia);
- g) Sydney Harbour Tunnel (Austrália);
- h) Saijão Power Plant (China);
- i) Euro Disneyland (França).

Desta forma, apesar de ser um instrumento relativamente novo, o uso de *project finances* vem crescendo de forma ampla e rápida (SENNA; MICHEL, 2006, p. 167). De maneira sintética, são setores onde *project finance* vem sendo utilizado os seguintes (FINNERTY, 1998, p. 2; BORGES, 1998, p. 9; SANTIAGO, 2002, p. 34):

- a) oleodutos e gasodutos;
- b) refinarias;
- c) instalações de geração de energia;
- d) instalações portuárias;
- e) minas e instalações de processamento de minérios;
- f) siderurgia;
- g) rodovias;
- h) ferrovias;
- i) plantas de manufatura industrial;
- j) saneamento básico. (LEMPKE, 2008, p. 26 e 27)

Como o *project finance* se destina exclusivamente a financiar negócios autossustentáveis, é comum sua associação a empreendimentos explorados sob regime de concessão. Por esse motivo, os instrumentos contratuais de um *project finance* costumam classificar os projetos de concessão nos seguintes tipos:

Tipos de Projetos de Concessão:

1) BT - *Build and Transfer*: O proponente financia e constrói o empreendimento que, uma vez terminado, é transferido.
Exemplo: conjuntos habitacionais do extinto BNH.

2) BLT - *Build, Lease and Transfer*: O empreendimento, após concluído, é entregue ao Governo em operação de leasing.

Exemplo: Edifícios governamentais.

3) BOT - *Build, Operate and Transfer*: O Empreendedor constrói, opera e, após um prazo previsto, transfere ao poder concedente. Este prazo naturalmente é suficiente para reembolso dos capitais próprios e de terceiros, nas Condições previstas.

É o caso mais usual, porém, quando o poder concedente quer aumentar a atratividade, dando uma condição de quase dono, porém, sem abrir mão da titularidade de poder concedente, dilata-se o prazo de concessão. Exemplo: Água, esgoto, energia e transportes.

4) BOO - *Build, Own and Operate*: O empreendedor financia, constrói e toma posse do empreendimento. Exemplo: Instalações portuárias e armazéns.



5) BTO - Build, Transfer and Operate: O empreendedor financia, constrói e transfere e, após, contrata os serviços de operação.

Exemplo: gasodutos.

6) CAO - *Contract Add and Operate*: O empreendedor é contratado para expansão de uma unidade já existente e explora esta atividade.

Exemplo: Estradas e pontes.

7) MOT/O - *Modernize, Operate, Transfer or Own*: O empreendedor moderniza instalações existentes, opera e transfere ou não.

Exemplo: Aeroportos, pontes e estradas.

8) BOTT - *Build, Operate, Train and Transfer*: Idêntico ao BOT, acrescentando-se o treinamento. Exemplo: Usinas nucleares e empreendimentos com necessidade de transferência de tecnologia.

Observação: percebe-se que cada modalidade tem inúmeras implicações contábeis e fiscais, merecendo acurada análise quanto à conveniência de sua utilização. (MOREIRA, 1999 p. 23/25)

Importante frisar que, em razão da alocação dos riscos do empreendimento entre todos os participantes do *project finance*, deve-se dar a máxima transparência possível às partes envolvidas.

Esclareça-se, finalmente, que não se deve confundir a modalidade de financiamento (*project finance*, *corporate finance* etc.) com o objeto da destinação dos recursos tomados em empréstimo (construção do empreendimento necessário à exploração de serviço público outorgado sob regime de concessão, por exemplo).

3.3.6.1.2 ESTRUTURA BÁSICA DO PROJECT FINANCE

Apesar dessa modalidade de financiamento comportar variações, haja vista ter sido idealizada sob a égide do direito privado – onde a liberdade de contratar é a regra – e moldar-se às situações particulares de cada caso concreto – fato que impede a concepção de um modelo teórico padrão –, sua estrutura é formada por alguns atores que, invariavelmente, aparecem nas diversas modelagens conhecidas.

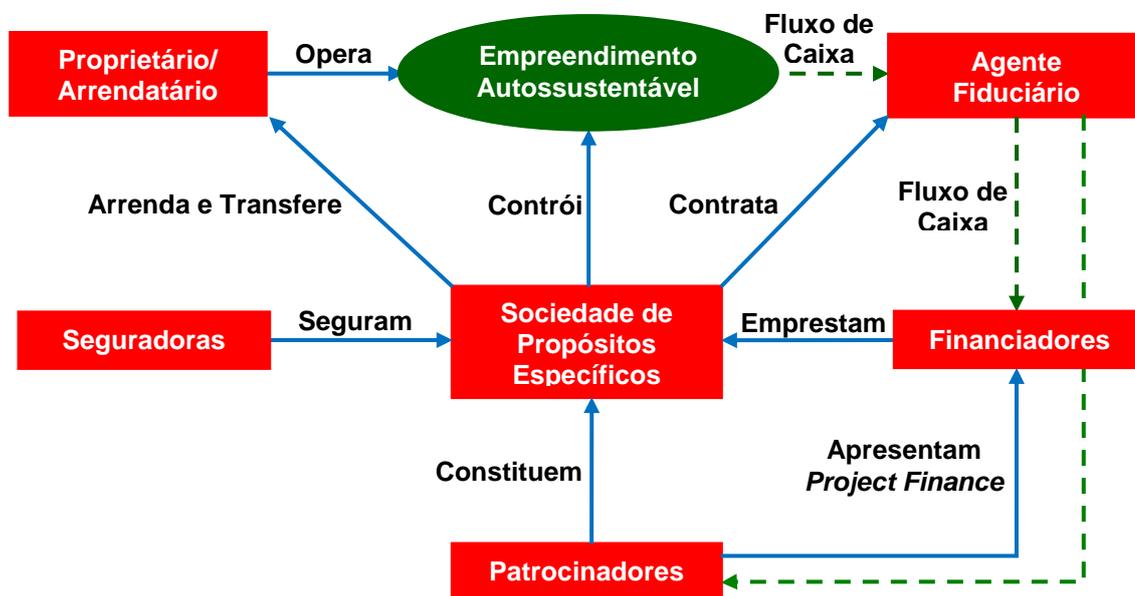


Por se tratar de uma modalidade de financiamento, a estrutura básica de um *project finance* envolve os seguintes atores:

- **PATROCINADORES:** agentes deficitários responsáveis pela constituição de uma Sociedade de Propósitos Específicos (SPE), a qual tomará em empréstimo os recursos necessários à realização do empreendimento;
- **FINANCIADORES:** agentes superavitários responsáveis pelo empréstimo dos recursos;
- **SOCIEDADE DE PROPÓSITOS ESPECÍFICOS (SPE):** pessoa jurídica criada para concentrar (*pass-through*) todos os contratos relacionados à realização do empreendimento (construção, seguros, empréstimo, arrendamento, operação etc.) e isolar os riscos do empreendimento para os patrocinadores e para financiadores (isolamento bidirecional dos riscos).

Adicionalmente, é possível considerar outros atores que, dependendo da modelagem proposta, também participam do projeto, a exemplo do proprietário do empreendimento, do agente fiduciário, das seguradoras, do arrendatário etc..

A figura a seguir sintetiza a relação entre os atores de uma modelagem muito simples de *project finance*:



Feitas essas considerações, passa-se a uma descrição sucinta da participação dos principais atores no *project finance*.

3.3.6.1.2.1 DOS PATROCINADORES

Por se tratar de modalidade de financiamento, o *project finance* é elaborado, em regra, pelos responsáveis pela obtenção do empréstimo, ou seja, pelos patrocinadores, ou *sponsors*.

São os patrocinadores que constituem a Sociedade de Propósitos Específicos (SPE), a qual tomará, sob empréstimo, a vultosa quantia necessária à construção do empreendimento.

Os Patrocinadores do projeto, sócios da Sociedade de Propósitos Específicos – SPE, podem ser o construtores, os fornecedores, os consumidores do produto ou usuários do serviço a ser prestado, os proprietários dos bens de capital necessários ao empreendimento; ou o Poder Público, interessado na realização (ou conclusão) da obra ou na prestação de serviços públicos.

[...]



O construtor ou empreiteiro, enquanto patrocinador vê no *Project finance* especialmente se relacionado a concessões de obras públicas, uma forma de garantir a prestação de seus serviços e o recebimento da respectiva receita por um longo tempo.

Um empreendimento mal sucedido pode causar sérios danos às finanças de uma sociedade, razão pela qual o Patrocinador procura, através do *Project Finance*, dividir os riscos de financiar e executar um projeto. Através do *Project finance* o risco é partilhado entre Financiadores, fornecedores, construtores e até o Poder Público. (CARVALHO, 2005, p. 50 e 51)

Devido à necessidade de concordância prévia por parte de todos os atores envolvidos no projeto (fornecedores, construtores, seguradoras, operador etc.), a modelagem de um *project finance* para apresentação aos possíveis financiadores não prescinde de que todos os detalhes das fases de construção e de operação do empreendimento estejam minuciosamente descritos.

Não há como elaborar um financiamento na modalidade *project finance* unilateralmente, haja vista a necessidade de se firmarem, antecipadamente, acordos multilaterais de alocação dos riscos do empreendimento entre as inúmeras partes envolvidas no projeto (financiadores, patrocinadores, operadores do empreendimento, fornecedores, seguradoras, governo etc.), que, aliás, é uma das principais características desse tipo de financiamento.

A modelagem de *project finance* realizada sem a participação de todos os atores envolvidos constitui financiamento de altíssimo risco para os financiadores. Como no *project finance* os riscos são proporcionalmente assumidos por cada um dos participantes, a ausência de definição prévia e clara sobre esse ponto faz com que os financiadores suportem sozinhos todos os riscos do projeto, descaracterizando as vantagens dessa modalidade de financiamento.

Sem a alocação dos riscos, não se está diante de *project finance*, mas sim de autêntico *corporate finance (full-recourse)*, no qual todos os riscos são



garantidos por meios não relacionados à exploração econômica de empreendimento autossustentável.

Desse modo, os patrocinadores exercem um papel fundamental na elaboração da modelagem do *project finance*, assumindo o papel de articuladores de todos os pré-acordos necessários à formatação do projeto que será apresentado aos financiadores.

O fluxograma a seguir, colhido de artigo publicado pelo engenheiro do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) Hélio Cabral Moreira, detalha as etapas de um *project finance* sob a ótica dos patrocinadores:

FLUXOGRAMA DE *PROJECT FINANCE*

• Pré-condições necessárias à utilização de Project Finance

- Entendimento da engenharia financeira e da estrutura legal de *Project Finance*
- Convencimento; venda da proposta aos parceiros e poder concedente (caso específico)
- Convencimento do uso de *Project Finance*

• Etapas do Project Finance

1. Identificação do negócio
2. Contatos/negociações preliminares
3. Estudo de pré-viabilidade:
 - Análise de negócios similares
 - Análise da concorrência
 - Identificação do mercado
 - Estimativa do investimento
4. Aprovação da Lei de Concessão (edital específico)
5. Busca de parceiros/sócios no empreendimento
 - Contatos com empresas relacionadas ao *core business*
 - Contatos com potenciais consumidores (ex: *off-takers*)
 - Contatos com potenciais fornecedores
 - Contatos com bancos
6. Formação do consórcio para a licitação
 - Negociação entre sócios
 - Formalização jurídica
7. Distribuição de responsabilidades e atribuições, e definição das políticas a serem adotadas
 - Questões jurídicas



- Questões operacionais
- Engenharia financeira
- 8. Elaboração do projeto
 - Estudo de viabilidade técnica, econômica e financeira:
 - *Return on total assets*
 - *Return on long-term capital*
 - *Return on investments*
 - *Return on equity*
 - *Cash-flow*
 - *IRR: Internal Rate of Return*
 - *EBITD: Earnings Before Interest, Tax, and Depreciation*
 - *EVA: Economic Value Added*
 - *WACC: Weighted Average Cost of Capital etc.*
- 9. Licitação
- 10. Vencedores da licitação (*sponsors*) formam a *Special Purpose Company*
- 11. Definição dos players envolvidos no projeto
- 12. Montagem da estrutura financeira
 - *Equity*
 - *Ações preferenciais*
 - *Ações ordinárias*
 - *IPO: Initial Public offering*
 - *SEO: Secondary Equity Offering*
 - *Debt*
 - *Short-term debt*
 - *Senior long-term debt*
 - *Subordinated/junior/mezzanine debt*
- 13. Análise econômico-financeira do projeto pelos lenders e investidores
 - *Road show*
- 14. Negociação de contratos e fontes de financiamento
 - Negociação jurídica: contratos de fornecimento, contratos de compra, performance, garantias, seguros, *escrow accounts, management, etc.*
- 15. Construção/implantação do projeto
- 16. Entrada em operação (ex: *turn-key*)
- 17. Pagamento dos *debts* e dos dividendos
- 18. Transferência de volta ao poder concedente, ao final do período de concessão, se for o caso. (MOREIRA, 1999, p. 18 a 20)

Portanto, é inerente à participação dos patrocinadores no *project finance* a articulação prévia com todas as partes envolvidas no projeto, haja vista serem eles os principais interessados na obtenção do empréstimo necessário à realização do empreendimento.



3.3.6.1.2.2 DOS FINANCIADORES

Conforme já mencionado, os financiadores, ou *lenders*, são responsáveis pelo empréstimo dos recursos necessários à construção do empreendimento. Sobre o papel dos financiadores no *project finance*, esclarece Carvalho:

O financiamento do *Project finance* tem duas fontes básicas de capitais: a) o capital próprio dos Patrocinadores e b) “*capital de terceiros*” originado de empréstimos de Financiadores. Será objeto deste capítulo a identificação e análise dos objetivos dos Financiadores.

São Financiadores dos *Project finance* os bancos ou consórcio de bancos e outras instituições financeiras comerciais e de desenvolvimento, agências multilaterais, fundos de pensão, seguradoras (como investimentos estratégicos, através de seus fundos), nacionais ou estrangeiros, públicos ou privados, que fornecerão o capital financeiro (moeda) necessário às diversas fases do projeto e, ainda, os fornecedores e os consumidores.

Os Financiadores que emprestam capital financeiro à Sociedade de Propósito Específico – SPE terão o direito de receber de volta o capital emprestado, acrescido dos juros cobrados, não podendo ter participado no resultado do empreendimento, uma vez que não são os sócios da Sociedade de Propósito Específico – SPE.

[...]

A maioria dos Financiadores busca o lucro, mas alguns deles, tais como os bancos de fomento e desenvolvimento e as agências multilaterais, que têm como função fomentar o desenvolvimento de países, mercados e setores menos favorecidos, darão suporte financeiro ao *Project finance* a taxas menores que as do mercado para atingir seus objetivos institucionais, sendo o lucro um objetivo secundário. (CARVALHO, 2005, p. 61/63)

Em razão de o *project finance* promover a alocação dos riscos entre os vários atores envolvidos no projeto, o que faz com que o sucesso do empreendimento dependa da boa atuação de cada uma das partes, os financiadores precisam acompanhar de perto todas as fases do projeto. Para tanto, costuma-se permitir sua participação nas decisões tomadas pela SPE:

Os Financiadores também têm interesse político (em termos de direito de voto/veto) na Sociedade de Propósito Específico – SPE, porque seus recursos é que viabilizam financeiramente os projetos e o sucesso destes é a garantia do retorno de seus investimentos. Assim, procuram obter uma forma de intervir e participar das decisões estratégicas do empreendimento, evitando mudanças no seu perfil de

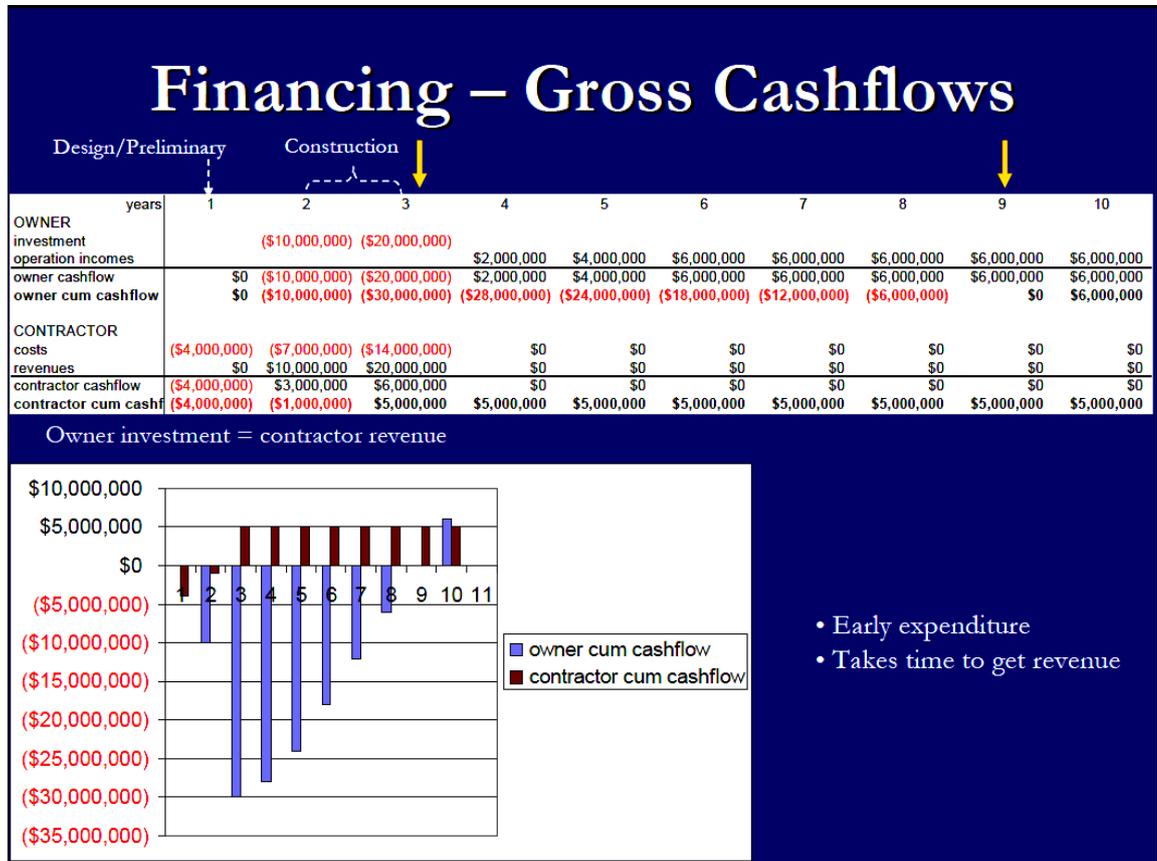


gestão que afetem o fluxo de receitas e constituindo garantias que lhes assegurem o controle da Sociedade de Propósito Específico – SPE no caso de dificuldades. (CARVALHO, 2005, p. 62)

Devido ao grande volume de capital aplicado pelos financiadores no *project finance* e do extenso período de amortização, o retorno do investimento se dá a longo prazo, conforme ilustrado na figura a seguir, extraída de nota técnica de autoria de Fred Moavenzadeh (2009, p. 16), publicada pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts, localizado nos Estado Unidos da América.

O gráfico apresenta um exemplo da relação entre a evolução dos fluxos de caixa do financiador do *project finance* (aqui simplesmente chamado de *OWNER*) e do responsável pela construção do empreendimento (denominado no gráfico como *CONTRACTOR*). As legendas necessárias à compreensão da figura encontram-se inseridas em nota de rodapé¹⁶:

¹⁶ *Financing – Gross Cashflows*: Fluxos de caixa totais do financiamento. *Design/Preliminary*: Período preliminar de elaboração do *project finance*. *Construction*: período de construção do empreendimento. *years*: anos. *OWNER*: Proprietário/financiador do empreendimento. *investment*: Investimento. *operation incomes*: renda resultante da operação do empreendimento. *owner cashflow*: fluxo de caixa obtido pelo proprietário. *owner cum cashflow*: fluxo de caixa cumulativo do proprietário/financiador. *CONTRACTOR*: contratante/patrocinador da realização do empreendimento. *costs*: custos. *revenues*: receitas. *contractor cashflow*: fluxo de caixa do contratante/patrocinador. *contractor cum cashflow*: fluxo de caixa cumulativo do contratante/patrocinador. *Owner investimento = contractor revenue*: investimento do proprietário/financiador = receita do contratante/patrocinador. *Early expenditure*: Despesa no início. *Takes time to get revenue*: Leva tempo para obter receita.



3.3.6.1.2.3 DA SOCIEDADE DE PROPÓSITOS ESPECÍFICOS

Conforme visto, a modalidade de financiamento *project finance* é elaborada de acordo, principalmente, com os interesses dos patrocinadores, tomadores indiretos do empréstimo, porquanto serão eles que constituirão uma Sociedade de Propósitos Específicos (SPE), também conhecida como *Special Purpose Company* (SPC) ou *Special Purpose Vehicle* (SPV), destinada a concentrar todos os contratos relacionados à construção e à operação do empreendimento autossustentável e isolar os riscos do projeto.

A Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) é constituída tendo como objeto social a realização de fins específicos e por tempo determinado.



Suas principais funções no *project finance* são fornecer isolamento bidirecional dos riscos do empreendimento e criar uma entidade autônoma que concentre todos os contratos relacionados ao projeto (*pass-through*), facilitando o controle das operações pelas partes envolvidas.

O isolamento bidirecional dos riscos consiste no mecanismo segundo o qual eventuais problemas financeiros por parte dos patrocinadores – sócios da Sociedade de Propósitos Específicos – não contaminem a saúde financeira do empreendimento, haja vista que a SPE possui personalidade jurídica própria e patrimônio distinto do patrimônio dos seus sócios.

Pelas mesmas razões, eventuais dificuldades financeiras enfrentadas pela Sociedade de Propósitos Específicos não possuem o condão de alcançar o patrimônio dos seus sócios, o que gera segurança de lado a lado para a operação.

Nesse sentido, esclarece Carvalho:

Nada obstante seja titular de um patrimônio geral particular, dentro do sistema de Project finance, a Sociedade de Propósito Específico – SPE representa um patrimônio especial em relação aos patrimônios gerais particulares de cada patrocinador. Para ela são transferidos a parte de cada um desses patrimônios que será aplicada no projeto e todos os demais ativos necessários (contratos, direitos, ações etc.) a operação do sistema.

Tal procedimento visa limitar a responsabilidade patrimonial dos agentes econômicos envolvidos no projeto, na medida em que seus patrimônios gerais particulares ficam a salvo de riscos e modificações que possam dele advir. A responsabilidade fica, então, restrita à participação de cada um deles na Sociedade de Propósito Específico – SPE, preservando assim, nos seus respectivos patrimônios particulares, a parcela dos ativos que não estão diretamente relacionados ao projeto.

Por outro lado, a especialização de parte dos patrimônios gerais dos Patrocinadores na Sociedade de Propósito Específico – SPE também é uma forma de garantir, aos credores desta, que dívidas particulares de seus Patrocinadores não atingirão os ativos envolvidos no projeto.

Em última análise, dentro do sistema de *Project finance* a Sociedade de Propósito Específico – SPE é a célula patrimonial que constitui a garantia geral dos credores do projeto, à qual estão limitadas as responsabilidades dos Patrocinadores e as garantias dos



financiadores, ressalvados os casos de má-fé, culpa ou dolo na modalidade *limited recourse* e desconsideração da personalidade jurídica da Sociedade de Propósito Específico – SPE, quando esta for constituída mediante fraude a lei ou abuso de direito. (CARVALHO, 2005, p. 44/45)

A previsão normativa para a constituição desse tipo de sociedade no direito brasileiro encontra-se em alguns diplomas normativos.

De forma genérica, o art. 982 do Código Civil estatui que:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obriga a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. **A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.**

Por sua vez, o art. 20 da Lei n.º 8.987/1995, Lei das Concessões, disciplina implicitamente a criação de empresa na forma de Sociedade de Propósitos Específicos:

Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que **o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.**

Enfim, o art. 9º da Lei n.º 11.079/2004, Lei das Parcerias Público-Privadas, contemplou de forma expressa a necessidade de constituição de Sociedade de Propósitos Específicos:

Art. 9º. **Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.**

§ 1º. A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º. A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos à negociação no mercado.



§ 3º. A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º. Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

Frise-se que, conforme já salientado, o modelo de contrato elaborado pelo SAAESMA não se molda às regras previstas na Lei n.º 8.987/1995, Lei das Concessões, nem na Lei n.º 11.079/2004, Lei das Parcerias Público-Privadas, malgrado referidas normas figurem no preâmbulo do Edital de Concorrência n.º 002/2011 como suporte legal para o certame.

3.3.6.1.3 DA PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO *PROJECT FINANCE*

Em regra, no âmbito das relações de direito privado, a participação ou consideração do Poder Público na modalidade de financiamento *project finance* limita-se à influência que o Estado detém na manutenção das condições político-econômicas necessárias à viabilização do projeto e ao exercício do poder de polícia sobre a construção e a exploração do empreendimento, a exemplo da concessão de licenças ambientais e da criação de marcos regulatórios para o setor em questão.

Por esse motivo, costuma-se fazer referência ao Poder Público como *host government* (governo anfitrião), haja vista que, pelo vulto dos investimentos realizados por meio de *project finance*, é comum a participação de empresas ou entidades multilaterais ou internacionais de fomento como o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Governo anfitrião

Como sugere o nome, esse é o governo do país que está recebendo o projeto. O papel do governo anfitrião no *project finance* vai variar de projeto para projeto e, no caso de alguns países em desenvolvimento, o governo anfitrião pode ser chamado a firmar acordos de suporte ao empreendimento (ver seção 6.7). No mínimo, é provável que o



governo anfitrião seja envolvido no projeto em razão da emissão de autorizações e permissões, tanto no início como periodicamente, ao longo da sua duração. Em alguns casos, o governo anfitrião (ou uma de suas agências) pode, ainda, ser o comprador ou o promitente comprador de produtos produzidos pelo empreendimento resultante do projeto e, em outros, ser acionista da Sociedade de Propósitos Específicos (embora geralmente não diretamente, mas através de agências governamentais ou empresas controladas pelo governo). É comum se esperar que o governo desempenhe um papel mais importante no *project finance* (seja no fornecimento de apoio, de serviços ou outros) realizado em países menos desenvolvidos e emergentes. Seja qual for o nível real de envolvimento que o governo anfitrião de um determinado país desempenhe no *project finance*, sua atitude geral e abordagem em relação a *project finances* estrangeiros será crucial para atrair investimento externo. Se houver histórico de tratamento desfavorável para investidores estrangeiros ou, no geral, de mudança de regras, isso pode representar um grande obstáculo à implementação de *project finances* naquele país do tipo *limited-recourse*. (DENTON WILDE SAPTE, p. 14, tradução livre¹⁷)

Ademais, o exercício de qualquer atividade privada encontra seus limites nas normas de direito público que lhe servem de moldura, razão pela qual os entes políticos que gozam de autonomia legiferante são considerados governos hospedeiros para os projetos de financiamento que se desenvolvem sob seus domínios.

Destaca-se que, quando devidamente justificado pelo interesse público, podem ser alocados alguns riscos do projeto para o Poder Público, como o risco legal e o regulatório.

Importante não confundir a modalidade de financiamento (*project finance*), que viabiliza a construção do empreendimento, com o próprio empreendimento em

¹⁷ 2.13 *Host government*

As the name suggests this is the government in whose country the project is being undertaken. The role of the host government in any particular project will vary from project to project and in some developing countries the host government may be required to enter into a government support agreement (see section 6.7). At a minimum, the host government is likely to be involved in the issuance of consents and permits both at the outset of the project and on a periodic basis throughout the duration of the project. In other cases, the host government (or an agency of the host government) may actually be the purchaser or offtaker of products produced by the project and in some cases a shareholder in the project company (although not usually directly but through government agencies or government controlled companies). It is usually the case that the host government will be expected to play a greater role in project financing (whether in providing support, services or otherwise) in the lesser developed and emerging countries. Whatever the actual level of involvement the host government of a particular country plays in project financings, its general attitude and approach towards foreign financed projects will be crucial in attracting foreign investment. If there has been any history of less than even-handed treatment of foreign investors or generally of changing the rules, then this may act as a serious block on the ability to finance projects in that country on limited recourse terms.



si e com a finalidade da sua construção. O financiamento constitui apenas um meio que possibilita a construção do empreendimento o qual, por sua vez, destina-se a um fim específico, podendo ser este de interesse público ou privado.

Quando o interesse em questão é apenas de natureza privada, a participação do Poder Público restringe-se à regulação jurídica da atividade financeira pertinente ao financiamento e à regulação da atividade específica relacionada à exploração econômica do empreendimento, quando aplicável.

Por seu turno, quando a construção do empreendimento constitui meio para a satisfação do interesse público, a participação do Poder Público na realização do empreendimento, inclusive na obtenção do financiamento necessário, passa a ser objeto de tutela jurídica específica, pautada nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, amalgamados na Constituição da República por meio do princípio da legalidade administrativa.

Desse modo, consoante já afirmado anteriormente, todo contrato firmado pelo Poder Público está sujeito em alguma medida aos limites impostos pelo direito público.

No que tange à modalidade de financiamento denominada *project finance*, o Poder Público pode assumir quaisquer papéis no negócio jurídico, seja como proprietário, patrocinador ou mesmo como financiador do empreendimento, desde que o exercício de cada papel desempenhado encontre-se devidamente autorizado por norma integrante do direito positivo vigente.

Ao gestor público não é dada a liberdade de contratar, ou de conceber novas espécies contratuais, como ocorre no âmbito do direito privado, haja vista que a presunção da legalidade dos atos administrativos, atributo que confere presunção relativa de legalidade às ações do gestor, decorre exatamente da



pressuposição de que o administrador público tenha seguido fielmente as normas que especificam sua conduta.

A Administração Pública não pode dar interpretação extensiva ao princípio da legalidade administrativa sem anular o princípio da reserva legal conferida com exclusividade ao Parlamento.

Portanto, a participação do Poder Público na modalidade de financiamento denominada *project finance*, conquanto possível, deve observar o princípio da legalidade administrativa, restringindo-se à assunção de papéis cuja disciplina jurídica encontre-se expressamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.6.1.4 DO FINANCIAMENTO DISPONIBILIZADO PARA O PROGRAMA SANEAMENTO PARA TODOS

No âmbito do Programa Saneamento Para Todos, criado pelo Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (CCFGTS), a Caixa Econômica Federal (CEF) disponibiliza linha de financiamento com recursos vinculados ao FGTS sob modalidade que representa uma variação de *project finance*. A CEF denomina essa modalidade de financiamento de “Operação Estruturada”.

O Programa Saneamento Para Todos foi aprovado pelo CCFGTS por meio da Resolução n.º 476, de 31 de maio de 2005¹⁸:

¹⁸ Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BFE56DE496617/r_20050531_476.pdf. Acesso em: 6.mar.2013.



RESOLUÇÃO Nº 476, DE 31 DE MAIO DE 2005

Aprova o Programa Saneamento para Todos.

O CONSELHO CURADOR DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (CCFGTS), na forma do art. 5º, inciso I, da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e do art. 64, inciso I, do Regulamento Consolidado do FGTS, aprovado pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990,

RESOLVE:

1. Aprovar o Programa Saneamento para Todos, que passa a vigorar na forma do Anexo desta Resolução.
2. Determinar que o Gestor da Aplicação e o Agente Operador baixem, no prazo de 30 (trinta) dias, em conformidade com suas competências, as normas complementares necessárias ao cumprimento desta Resolução.
3. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
4. Ficam revogadas a Resolução nº 250, de 10 de novembro de 1996, a Resolução nº 267, de 21 de outubro de 1997, a Resolução nº 326, de 21 de setembro de 1999, a Resolução nº 396, de 24 de junho de 2002, a Resolução nº 445, de 22 de junho de 2004, a Resolução nº 446, de 22 de junho de 2004.

RICARDO BERZOINI
Ministro do Trabalho e Emprego
Presidente do Conselho

ANEXO

PROGRAMA SANEAMENTO PARA TODOS

As operações do Programa Saneamento para Todos estão subordinadas aos critérios constantes deste Anexo, às normas gerais que regem as operações do FGTS e às normas complementares do Gestor da Aplicação e do Agente Operador.

1. Objetivo

O Programa Saneamento para Todos tem por objetivo promover a melhoria das condições de saúde e da qualidade de vida da população urbana por meio de ações de saneamento, integradas e articuladas com ações de outras políticas setoriais, por meio de empreendimentos destinados ao aumento da cobertura e ao desenvolvimento institucional dos serviços públicos de saneamento básico, compreendendo abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de águas pluviais e manejo de resíduos sólidos, ao adequado manejo de resíduos da construção e demolição e a preservação e recuperação de mananciais.

2. Modalidades

O Programa Saneamento para Todos abrange as modalidades abaixo relacionadas:

2.1 Abastecimento de Água

Destina-se ao aumento da cobertura ou da capacidade de produção de sistemas de abastecimento de água.

2.2 Esgotamento Sanitário

Destina-se ao aumento da cobertura de sistemas de esgotamento sanitário ou da capacidade de tratamento e destinação final adequados de efluentes.

2.3 Saneamento Integrado

Destina-se ao saneamento integrado de áreas ocupadas por população de baixa renda, onde esteja caracterizada a precariedade ou a inexistência de condições sanitárias e ambientais mínimas, por meio de soluções técnicas adequadas, com participação comunitária e educação sanitária.



2.4 Desenvolvimento Institucional

Destina-se ao aumento da eficiência dos agentes prestadores de serviços públicos de saneamento básico, por meio da promoção de melhorias operacionais, incluindo a reabilitação e a recuperação de sistemas existentes, e de outras ações de redução de custos e de perdas.

2.5 Manejo de Águas Pluviais

Destina-se à melhoria das condições de salubridade ambiental associada ao manejo das águas pluviais, em particular, por meio de promoção de ações de prevenção e de controle de inundações e de seus danos nas áreas urbanas e de melhoria da qualidade das águas dos corpos que recebem lançamentos de águas pluviais.

2.6 Manejo de Resíduos Sólidos

Destina-se ao aumento da cobertura dos serviços de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos domiciliares e assemelhados, dos oriundos das atividades de limpeza pública e dos serviços de saúde, por meio da implantação da infraestrutura necessária ao desenvolvimento desses serviços públicos e à promoção da coleta seletiva, da triagem e da reciclagem, bem como das ações complementares de suporte à implantação dos empreendimentos, relativas à educação ambiental, ao desenvolvimento da participação comunitária, ao apoio à inclusão social de catadores e ao aproveitamento econômico do material reciclável.

2.7 Manejo de Resíduos da Construção e Demolição (RCD)

Destina-se à implementação de ações relativas ao acondicionamento, à coleta e transporte, ao transbordo, à triagem, à reciclagem e à destinação final dos resíduos oriundos das atividades de construção e demolição, por meio de implantação e ampliação de instalações físicas, inclusive de aterros, de aquisição de equipamentos e do desenvolvimento de ações complementares de suporte à implantação dos empreendimentos, relativas à educação ambiental e à participação comunitária, ao apoio à inclusão social de transportadores informais desses resíduos.

2.8 Preservação e Recuperação de Mananciais

Destina-se à implementação de ações relativas à preservação e recuperação de mananciais para o abastecimento público de água.

2.9 Estudos e Projetos

Destina-se à elaboração de planos, estudos de concepção e de projetos para empreendimentos nas modalidades de abastecimento de água, esgotamento sanitário, desenvolvimento institucional, manejo de águas pluviais, manejo de resíduos sólidos, manejo de resíduos da construção e demolição e de preservação e recuperação de mananciais, desde que esses empreendimentos possam ser enquadrados em uma das modalidades anteriores do Programa Saneamento para Todos, ou disponham de recursos para a sua execução oriundos de financiamentos com Organismos Nacionais ou Internacionais ou em programas com recursos do Orçamento Geral da União, dos estados ou municípios.

Desempenho dos Prestadores de Serviços de Abastecimento de Água, de Esgotamento Sanitário e de Manejo de Resíduos Sólidos

3.1 O Programa Saneamento para Todos, enquanto instrumento de política nacional de saneamento, deverá ser implementado de forma a:

- a) propiciar o aumento da eficiência dos prestadores de serviços públicos de saneamento básico;
- b) incentivar a economia, a eficiência e o desempenho adequado dos empreendimentos financiados;



- c) garantir o retorno dos empréstimos concedidos; e
 - d) conferir maior alcance social às aplicações do FGTS.
- 3.2 Os prestadores dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário ou de manejo de resíduos sólidos que contratarem diretamente, ou por meio do governo do estado ou município, operações de crédito com recursos do FGTS deverão assinar Acordo de Melhoria de Desempenho (AMD) com o Gestor da Aplicação, contendo metas de desempenho visando aumentar a eficiência na prestação dos serviços.
4. Enquadramento, Hierarquização e Seleção de Propostas de Operações de Crédito
O processo de enquadramento, hierarquização e seleção das propostas de operação de crédito no âmbito do Programa Saneamento Para Todos será realizado pelo Gestor da Aplicação, observando critérios e procedimentos definidos em Instrução Normativa específica.
5. Origem de Recursos
Os recursos para contratação no âmbito do Programa Saneamento para Todos são os provenientes da área de Saneamento Básico, constante do Plano de Contratações e Metas Físicas.
6. Participantes do Programa
Participarão do Programa, além do Gestor da Aplicação, do Agente Operador e dos Agentes Financeiros habilitados na forma da regulamentação em vigor, os intervenientes de que trata este item.
- 6.1. Mutuários
Estados, Municípios, Distrito Federal e suas entidades da administração indireta, inclusive as empresas públicas e sociedades de economia mista; as empresas concessionárias e outros tipos de delegatários de serviços públicos de saneamento básico; e empresas privadas constituídas com o propósito específico de atuar no desenvolvimento das modalidades constantes no item 2 deste Anexo.
- 6.2 Agentes Promotores
Estados, Municípios, Distrito Federal e suas entidades da administração indireta, inclusive as empresas públicas e sociedades de economia mista; as empresas concessionárias e outros tipos de delegatários de serviços públicos de saneamento básico; e empresas privadas constituídas com o propósito específico de atuar no desenvolvimento das modalidades constantes no item 2 deste Anexo.
- 6.3 Garantidores
Estados, Municípios, Distrito Federal ou suas empresas públicas e sociedades de economia mista; as empresas concessionárias e outros tipos de delegatários de serviços públicos de saneamento básico; e empresas privadas constituídas com o propósito específico de atuar no desenvolvimento das modalidades constantes no item 2 deste Anexo.
7. Beneficiários Finais
População urbana.
8. Condições Operacionais
- 8.1 As condições operacionais para aplicação dos recursos serão definidas pelo Agente Operador, respeitadas a natureza dos tomadores, o porte e a complexidade das operações, e observarão as condições estabelecidas na Resolução nº 460, de 14 de dezembro de 2004, bem como as demais diretrizes estabelecidas pelo Gestor da Aplicação.
- 8.2 O primeiro desembolso deverá ser efetuado em até 12 (doze) meses, contados a partir da data de assinatura do contrato. O Agente Operador, com a concordância prévia do Gestor da Aplicação, poderá autorizar uma única prorrogação, por no máximo igual período.
9. Disposições Gerais
- 9.1 Nos termos de Instrução Normativa do Gestor da Aplicação, caberá ao Agente Operador apresentar ao Gestor da Aplicação relatórios gerenciais periódicos contendo informação e dados relevantes sobre os empreendimentos selecionados para contratação, contratados aguardando início da execução, em execução, paralisados, concluídos e em outras situações, de forma a permitir a avaliação do Programa Saneamento para Todos.



- 9.2 A análise e a autorização das alterações de metas físicas relativas aos empreendimentos contratados no âmbito do Programa Saneamento para Todos serão de responsabilidade do Agente Operador, preservado o objeto do contrato e obtida a concordância prévia do Gestor da Aplicação.
- 9.3 Ao final de cada exercício, o Gestor da Aplicação elaborará e apresentará ao Conselho Curador do FGTS relatório de avaliação das contratações dos empreendimentos em saneamento e, em particular, da implementação do Sistema de Incentivo à Eficiência, que será regulamentada por Instrução Normativa do Gestor da Aplicação, de modo a propor, se necessários, ajustes de forma a assegurar:
- a) a taxa média do conjunto das operações financiadas no âmbito do Programa Saneamento para Todos oferecerá a rentabilidade requerida pelo FGTS, conforme o disposto no subitem 6.2.2 do Anexo II da Resolução nº 460, de 14 de dezembro de 2004, com a redação dada pela Resolução nº 477, de 31 de maio de 2005, ambas do Conselho Curador do FGTS; e
 - b) as condições para cumprimento dos objetivos sociais do Programa Saneamento para Todos e do Sistema de Incentivo à Eficiência.

Em atenção à Resolução n.º 476 do CCFGTS, o Ministério das Cidades, na qualidade de Gestor da Aplicação, regulamentou o Programa Saneamento Para Todos por meio da Instrução Normativa n.º 23, de 20 de julho de 2005¹⁹:

MINISTÉRIO DAS CIDADES

Gabinete do Ministro

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 23, DE 20 DE JULHO DE 2005.

Regulamenta o Programa SANEAMENTO PARA TODOS.

O MINISTRO DE ESTADO DAS CIDADES, usando das atribuições que lhe conferem o art. 6º, Inciso II, da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, o art. 66, inciso I, do Regulamento Consolidado do FGTS, aprovado pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990, com a redação dada pelo Decreto nº 1.522, de 13 de junho de 1995, e,

CONSIDERANDO o disposto na Resolução nº 460, de 14 de dezembro de 2004, do Conselho Curador do FGTS, na Instrução Normativa nº 02, de 31 de janeiro de 2005, do Ministério das Cidades e na Resolução nº 476, de 31 de maio de 2005, do Conselho Curador do FGTS que criou o Programa SANEAMENTO PARA TODOS, resolve:

Art. 1º Regular a Resolução nº 411, de 26 de novembro de 2002, por intermédio do Anexo III desta Instrução Normativa.

Art. 2º Regular a Resolução nº 460, de 14 de dezembro de 2004, por intermédio do Anexo IV desta Instrução Normativa.

Art. 3º Regular a Resolução nº 476, de 31 de maio de 2005, por intermédio dos Anexos I, II e IV desta Instrução Normativa.

Art. 4º Revogar as Instruções Normativas nº 04, de 09 de janeiro de 1997, nº 06, de 11 de abril de 1997; nº 09, de 21 de julho de 1997, nº 05, de 23 de novembro de 1999, nº 05, de 28 de agosto de 2002, nº 18, de 27 de dezembro de 2002, nº 04, de 28 de outubro de 2003, nº 06, de 28 de novembro de 2003, nº 03, de 06 de fevereiro de 2004, nº 04, de 12 de fevereiro de 2004, nº 07, de 15 de abril de 2004, nº 08, de 23 de abril de 2004, nº 09, de 29 de abril de 2004, nº 17, de 17 de agosto de 2004; nº 07, de 30 de março de 2005 e nº 10, de 10 de maio de 2005;

Art. 5º Os casos omissos serão resolvidos pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental/MCIDADES e os anexos I, II, III, IV e V e respectivos apêndices estarão disponíveis no site www.cidades.gov.br.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

¹⁹ A íntegra do documento esta disponível em:
http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/encontros_tematicos/coleta_seletiva/coleta_seletiva_legislacao.pdf. Acesso em: 6.mar.2013.



OLÍVIO DE OLIVEIRA DUTRA

Ministro de Estado das Cidades

No que tange à participação de Sociedades de Propósitos Específicos (SPE) em projetos de saneamento básico financiados com recursos provenientes do FTGS, o Conselho Curador do FGTS já havia disciplinado o tema por meio da Resolução n.º 411, de 26 de novembro de 2002²⁰:

RESOLUÇÃO Nº 411, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2002

Aprova nova estrutura de financiamento e consolida as estruturas financeiras por meio de Sociedades de Propósito Específico (SPE), para implementar investimentos em projetos de Saneamento Básico.

O CONSELHO CURADOR DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (CCFGTS), na forma do art. 5º, Inciso I, da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e do art. 64, Inciso I, do Regulamento Consolidado do FGTS, aprovado pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990,

considerando a necessidade de reduzir o déficit nos serviços de abastecimento de água e esgoto sanitário;

considerando o contingenciamento de crédito ao setor público, ora em vigor;

considerando a necessidade de excepcionalização das diretrizes de aplicação, ora vigentes,

RESOLVE:

1. Aprovar estruturas de financiamento às Sociedades de Propósito Específico (SPE), de caráter privado, para investimentos em obras de saneamento básico destinadas ao aumento de cobertura e/ou melhoria no atendimento dos serviços ou para a viabilização de investimentos pelos prestadores públicos desses serviços.
 - 1.1 A SPE será constituída para viabilizar esses investimentos, por meio de projetos estruturados, com a finalidade de:
 - a) Construir e locar ao concessionário dos serviços de saneamento básico, empreendimentos de saneamento a serem produzidos com recursos do FGTS;
 - b) Adquirir dos construtores de empreendimentos de saneamento básico seus direitos creditórios junto ao concessionário dos serviços de saneamento, decorrentes de obras em produção ou a serem produzidas com recursos do FGTS;
 - c) Adquirir dos construtores de empreendimentos de saneamento básico os recebíveis referentes às faturas mensais de consumidores dados pelo concessionário dos serviços de saneamento em pagamento das obras em produção ou a serem produzidas com recursos do FGTS.
 2. Determinar que as operações de que trata o item 1 serão contratadas no âmbito dos programas de financiamento da área de Saneamento Básico.
 - 2.1 As operações de que trata esta Resolução não se aplicam às disposições contidas no subitem 8.3 da Resolução nº 289, de 30 de junho de 1998, admitindo financiamento de até 100% do valor do investimento novo ou do saldo do investimento a realizar.
3. Estabelecer que o Gestor da Aplicação e o Agente Operador expedirão, no âmbito das respectivas competências, os atos complementares necessários à operacionalização das disposições desta Resolução, no prazo de 30 dias, contado da data de publicação desta resolução.

²⁰ Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BF442EEF21EDF/r_20021126_411.pdf. Acesso em: 6.mar.2013.



4. Determinar que o Gestor da Aplicação e o Agente Operador apresentem, para discussão técnica, no Grupo de Apoio Permanente (GAP), a regulamentação e os instrumentos envolvidos na formalização da operação.
5. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando a Resolução nº 397, de 24 de junho de 2002.

PAULO JOBIM FILHO
Ministro do Trabalho e Emprego
Presidente do Conselho

De sua parte, a Caixa Econômica Federal, na qualidade de Agente Operador, expediu a Circular n.º 280, de 22 de janeiro de 2003²¹:

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
VICE-PRESIDÊNCIA DE TRANSFERÊNCIAS DE BENEFÍCIOS
DIRETORIA DO FUNDO DE GARANTIA
GERÊNCIA NACIONAL DO ATIVO DO FGTS

CIRCULAR Nº 280, DE 22 DE JANEIRO DE 2003

Define as condições e procedimentos operacionais básicos para análise e contratação de operações de crédito estruturadas por intermédio das Sociedades de Propósito Específico – SPE de caráter privado.

A Caixa Econômica Federal, no uso das atribuições que lhe conferem o artigo 7º, inciso II da Lei 8.036, de 11.05.90, artigo 67, inciso II do Decreto n.º 99.684, de 08.11.90, com a redação dada pelo Decreto n.º 1.522, de 23 de junho de 1995, e em cumprimento às disposições da Resolução do Conselho Curador do FGTS – RCCFGTS nº 411, de 26.11.02, regulamentada pela Instrução Normativa da Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República - SEDU/PR nº 18, de 27.12.02, publicada no Diário Oficial da União – D.O.U., de 01.01.03, baixa a presente Circular.

1 OBJETIVO

1.1 A estruturação de financiamento às Sociedades de Propósito Específico - SPE, de caráter privado, visa à implementação de investimentos em obras de saneamento básico destinadas ao aumento de cobertura e/ou melhoria no atendimento dos serviços pelos prestadores públicos desses serviços.

2 DIRETRIZES GERAIS

2.1 A SPE será constituída para viabilizar os investimentos por intermédio de projetos estruturados sob a forma de "project Finance", com a finalidade de:

²¹ Disponível em: <http://downloads.caixa.gov.br/arquivos/circularescaixa/infraestrutura/280.pdf>. Acesso em: 6.mar.2013.



a) construir e locar ao concessionário dos serviços de saneamento básico, empreendimentos de saneamento a serem produzidos com recursos do FGTS;

b) adquirir dos construtores de empreendimentos de saneamento básico seus direitos creditórios junto ao concessionário dos serviços de saneamento, decorrentes de obras em produção ou a serem produzidas com recursos do FGTS;

c) adquirir dos construtores de empreendimentos de saneamento básico os recebíveis referentes às faturas mensais de consumidores dados pelo concessionário dos serviços de saneamento em pagamento das obras em produção ou a serem produzidas com recursos do FGTS.

2.2 As operações de financiamento à SPE, para implementação de operação estruturada para execução de empreendimentos de saneamento básico, deverão atender às seguintes premissas:

a) compatibilidade com as diretrizes das políticas nacional e estadual de desenvolvimento urbano e de saneamento, objetivando a universalização do atendimento com modernização dos Prestadores de Serviços;

b) aumento da eficiência e da eficácia dos agentes prestadores de serviços;

c) compatibilidade com o plano diretor municipal ou equivalente, bem assim com os planos de Regiões Metropolitanas ou agregados de municípios, quando houver; e

d) estimular ações integradas de saneamento em áreas ocupadas por população de baixa renda.

2.3 O enquadramento das propostas no programa é realizado pelo Agente Financeiro e a hierarquização e seleção pelo Gestor da Aplicação, que observarão as diretrizes gerais e os pré-requisitos estabelecidos na RCCFGTS no 411/02 e nos itens 4, 5 e 8 da IN/SEDU/PR/18/02.

2.3.1 Previamente à seleção da proposta deverá ser formalizado Acordo de Melhoria de Desempenho, conforme definido no item 6 do Anexo da Instrução Normativa da então SEDU/PR no 18/02.

2.4 A SPE deverá, mediante anuência do agente financeiro, contratar agente fiduciário para desenvolver as atividades de controle e acompanhamento dos recebíveis do contrato de locação, do cumprimento das obrigações financeiras previstas no contrato de financiamento e de monitoramento das garantias.

2.5 Os projetos vinculados às operações estruturadas devem possuir licenciamento ambiental e autorização do ente federativo competente ou a sua dispensa, se for o caso, devendo este documento ser apresentado previamente à contratação da operação de financiamento e repasse.

2.6 Para atuar nas operações de que trata esta Circular, os agentes financeiros e os agentes fiduciários devem ser devidamente credenciados, cadastrados e habilitados junto ao Agente Operador do FGTS, na forma do Manual de Cadastramento, Credenciamento e Habilitação de Agentes, divulgado por intermédio da Circular CAIXA no 254, de 01.08.02.

3 MODALIDADES OPERACIONAIS

3.1 As propostas de operação estruturada deverão ser formuladas de acordo com as seguintes modalidades operacionais:

3.1.1 Abastecimento de Água - modalidade cujos empreendimentos destinam-se ao aumento da cobertura e/ou da capacidade de produção e melhorias de sistemas de abastecimento de água, a qual será composta dos seguintes tipos de intervenções:

a) estudos e projetos;

b) implantação de sistema;

c) ampliação de sistemas;



- d) otimização e/ou reabilitação de sistemas;
- e) expansão de redes e/ou de ligações prediais.

3.1.2 Esgotamento Sanitário - modalidade cujos empreendimentos destinam-se ao aumento da cobertura e/ou tratamento e destinação final adequados dos efluentes, a qual será composta dos seguintes tipos de intervenções:

- a) estudos e projetos;
- b) implantação de sistema;
- c) ampliação de sistemas;
- d) otimização e/ou reabilitação de sistemas;
- e) expansão de redes e/ou de ligações prediais.

4 CONDIÇÕES OPERACIONAIS

4.1 VALOR DO INVESTIMENTO

4.1.1 O valor do investimento será composto pelos seguintes componentes de custos, por modalidade:

- a) estudos e projetos;
- b) obras e serviços;
- c) aquisição de materiais e equipamentos;
- c) itens complementares indispensáveis à consecução do projeto financiado;
- d) trabalho social, quando necessário;
- f) terreno, desde que se refira à planta industrial do projeto.

4.1.1.1 Admite-se, ainda, como parte do investimento os seguintes componentes de custos:

- a) parcelas mensais relativas a encargos financeiros incidentes na fase de carência como custo indireto;
- b) despesas relativas à estruturação da operação e da SPE;
- c) despesas de manutenção e funcionamento da SPE, durante a fase de carência do contrato de financiamento;
- d) reserva de contingência, equivalente a 10% (dez por cento) do somatório dos custos diretos relativos às obras e serviços a serem executados.

4.2 EMPRÉSTIMO DO AGENTE OPERADOR AO AGENTE FINANCEIRO

4.2.1 A proposta estruturada sob a forma de "project Finance" deverá ser apresentada pelo agente financeiro ao Agente Operador contendo, resumidamente, os elementos e informações abaixo:

- a) descrição dos sistemas de saneamento Básico a serem construídos, inclusive estágio atual das obras nos projetos já iniciados;
- b) valor total do projeto;
- c) fluxo de caixa do projeto e cronograma físico e financeiro das obras;
- d) taxa de juros nominal e efetiva;
- e) minuta dos editais de licitação das obras;



- f) minuta dos atos de constituição da SPE (Sociedade de Propósito Específico);
- g) "rating" atribuído pelo agente financeiro para cada projeto;
- h) compromisso de contratação de seguro de término de obra;
- i) estudo de viabilidade do projeto;
- j) relatório de análise técnica dos aspectos econômicos, financeiros, jurídicos e de engenharia;
- k) indicação do agente fiduciário.

4.2.1.1A constituição da SPE de que trata a alínea "f" deste subitem deverá atender, no mínimo, os seguintes requisitos:

- a) constituir-se sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada;
- b) ter como único objetivo viabilizar os investimentos objeto do financiamento, possuindo atuação restrita às contratações necessárias à funcionalidade das obras previstas;
- c) possuir caráter privado;
- d) atribuir, após a efetiva entrega da obra e/ou serviço, mediante assinatura de Termo que ateste a conclusão e o recebimento dos mesmos, a gestão operacional ao concessionário de serviços de saneamento, devendo constar em item específico do Edital de Licitação e respectivo contrato;
- e) manter em seu quadro, mediante contratação, apenas o gestor administrativo/financeiro, na forma prevista na CLT;
- f) contratar Agente Fiduciário plenamente habilitado pelo Agente Operador para prestar seus serviços no controle de recebíveis, monitoramento de contas vinculadas, controle de valores financeiros destinado a pagamento do valor das prestações mensais devidas ao Agente Operador, monitoramento diário do valor de garantias, assim como em operações de crédito com garantia de Penhor Mercantil/caução e cessão de recebíveis, e, ainda, para fiscalizar a SPE e seu gestor administrativo/financeiro;
- g) manter seus registros e livros contábeis, completamente separados da(s) empresa(s) originadora(s);
- h) observar as formalidades jurídico-legais para sua constituição;
- i) conter disposições estatutárias que vedem:
 - i.1) manutenção de quadro funcional próprio, exceção feita ao gestor administrativo/financeiro;
 - i.2) contrair qualquer dívida adicional além daquela que seja imprescindível ao objetivo para o qual foi criada;
 - i.3) participar de qualquer incorporação, fusão ou situação técnico-jurídica análoga, durante o prazo em que suas obrigações estejam pendentes;
 - i.4) assumir ou garantir débito de acionista ou não, e/ou sócio, mediante aval, fiança, ou, por qualquer outra forma de prestação de garantia, exceto aquela objeto do financiamento destinado à execução da obra e/ou serviço com recursos do FGTS.

4.2.2 Desembolsos



4.2.2.1O desembolso dos recursos será realizado pelo Agente Operador ao agente financeiro, entre o dia 10(dez) e o último dia cada mês, em parcelas, em conta bancária de sua titularidade, em Agência da Caixa Econômica Federal, vinculada ao empreendimento, de acordo com o cronograma de desembolso e as etapas previstas no fluxo de caixa do empreendimento, incluído neste, o cronograma físico-financeiro, devidamente atestadas pelo agente financeiro e aceitas pelo Agente Operador, mediante o atendimento dos requisitos a seguir:

a) ofício do agente financeiro solicitando o desembolso, acompanhado dos seguintes documentos:

a.1) Ficha de Análise e Processamento de Desembolso – FPD, conforme modelo definido pelo Agente Operador;

a.2) Boletim de Desembolso, conforme modelo definido pelo Agente Operador;

a.3) Relatório de Engenharia sobre a etapa física da obra executada, elaborado por engenheiro do agente financeiro ou por ele contratado;

a.4) Relatório do Trabalho Social elaborado por técnico social, quando necessário;

a.5) Comprovação das despesas que compõe o fluxo de caixa do projeto, quando não se tratar de itens relativos a obras, formalizada por intermédio de relatório ou parecer elaborado por auditoria independente contratada pelo agente financeiro;

b) existência de conta bancária na Caixa Econômica Federal vinculada ao empreendimento em nome do agente financeiro;

c) adimplência do agente financeiro e demais entidades envolvidas no empreendimento junto ao FGTS;

d) existência de placa de obra, conforme modelo definido pela Caixa Econômica Federal, a ser afixada em local visível, preferencialmente na entrada do local onde estiver sendo executado o empreendimento;

e) cumprimento das demais exigências contratuais e das cláusulas especiais contidas no contrato de financiamento e repasse;

f) comprovação da quitação do desembolso anterior, a partir do segundo desembolso.

4.2.2.2Para desembolso da primeira parcela, além dos requisitos mencionados no subitem 4.2.2.1 anterior, o agente financeiro deve apresentar ao Agente Operador, os seguintes documentos:

a) 01 (uma) via do contrato firmado entre a SPE e o Gestor Administrativo;

b) 01 (uma) via do contrato firmado entre a SPE e o agente fiduciário;

c) 01 (uma) via do contrato firmado entre a SPE e o concessionário de serviços de saneamento básico;

d) cópia dos atos de constitutivos da SPE;

e) cópia do despacho adjudicatório e de homologação das licitações realizadas para escolha da empresa privada para execução do empreendimento ou justificativa para sua dispensa ou inexigibilidade, fundamentada sob o ponto de vista legal;

f) comprovante de contratação do seguro de término de obra.

4.2.2.3O desembolso de recursos relativos à reserva de contingência de que trata alínea "d" do subitem 4.1.1.1 desta Circular será realizado mediante a comprovação da execução da etapa física das obras e serviços.



4.2.2.4 As obras e serviços executados previamente à data da seleção da proposta poderão ser aceitos como parte do investimento financiável, para fins de reembolso ou de composição da contrapartida, desde que sua execução tenha sido devidamente atestada pelo Agente Financeiro e aceita pelo Agente Operador.

4.2.2.4.1 Para tanto, o Agente Financeiro, mediante solicitação formal do proponente, deverá providenciar laudo de vistoria em que seja atestado o estágio físico de todas as obras e serviços executados até a data da seleção da proposta.

4.2.2.5 Os desembolsos do Agente Operador ao agente financeiro serão destinados ao pagamento, exclusivamente, de itens do investimento financiado, sendo vedado o desembolso de recursos para quitação de faturas relativas a reajustamentos de preços e atrasos de pagamento.

4.2.2.6 Até 02(dois) dias úteis (d+2) após o recebimento dos recursos do Agente Operador, o agente financeiro, deduzidos os encargos pertinentes, deverá creditá-los na conta do mutuário/agente promotor vinculada ao empreendimento.

4.2.3 Prazo de carência

4.2.3.1 O prazo de carência corresponderá ao previsto para a execução das obras, acrescido de até 02(dois) meses, contado a partir do mês previsto contratualmente para o primeiro desembolso e limitado aos prazos constantes no subitem 4.2.6, desta Circular.

4.2.3.2 Na hipótese de não conclusão do empreendimento no prazo contratualmente estabelecido, o Agente Operador, após justificativa fundamentada do mutuário/agente promotor e aprovada pelo agente financeiro, poderá conceder prorrogação do prazo de carência e, conseqüentemente, do prazo de desembolso.

4.2.3.2.1 O somatório do prazo de carência original (prazo de construção mais até 02(dois) meses) com o da prorrogação eventualmente concedida não poderá ultrapassar os limites máximos, por modalidade e/ou tipo de intervenção, estabelecidos nesta Circular.

4.2.3.2.2 No caso de prorrogação do prazo de carência, haverá redução concomitante do prazo de amortização do contrato de empréstimo/financiamento em igual número de meses da prorrogação concedida.

4.2.4 Prazo de amortização

4.2.4.1 Os prazos máximos de amortização são os definidos no quadro constante do subitem 4.2.6 desta Circular, contados a partir do mês subsequente ao do término do prazo de carência.

4.2.5 Participação com recursos do FGTS no empreendimento

4.2.5.1 É admitido o financiamento de até 100% (cem por cento) do valor do investimento novo ou do saldo do investimento a realizar.

4.2.6 Limites máximos dos prazos de carência e de amortização do empréstimo.

MODALIDADE OPERACIONAL	CARÊNCIA A (meses)	AMORTIZAÇÃO (meses)
ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO		
- implantação de sistemas	24	180
- ampliação de sistemas	24	180
- otimização e/ou reabilitação de sistemas	24	120
- expansão de redes e/ou ligações prediais	24	120

4.2.7 Juros



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

3ª Procuradoria Especial de Contas
Gabinete do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira

TC-5617/2012
Fl. 985

4.2.7.1 Os juros serão pagos mensalmente, na data estabelecida no contrato, nas fases de carência e de amortização, de acordo com as taxas estabelecidas na tabela abaixo:

MODALIDADE OPERACIONAL	TAXA DE JUROS (% ao ano)
- Abastecimento de água	8,0
- Esgotamento Sanitário	6,5

4.2.8 Garantias

a) cessão de direitos emergenciais de contas de água e esgoto de consumidores selecionados do concessionário dos serviços de saneamento básico, com estrutura de segregação da arrecadação das faturas, em valor equivalente ao da prestação, com margem adicional a ser definida a critério do agente financeiro e aceita pelo Agente Operador;

b) outras garantias previstas na legislação vigente, a critério do agente financeiro.

4.2.9 Taxa de Risco de Crédito do Agente Operador

4.2.9.1 O agente financeiro pagará mensalmente ao Agente Operador, Taxa de Risco de Crédito, em percentual variável de 0,2% (dois décimos por cento) a 0,8% (oito décimos por cento) ao ano, incidente sobre o saldo devedor, que é calculada em conformidade com o "rating" atribuído a cada tomador (agente financeiro) por operação de crédito.

4.2.9.1.1A Taxa de Risco de Crédito será cobrada, mensalmente, após o primeiro desembolso, juntamente com as prestações do agente financeiro, na sua respectiva data eleita.

4.2.9.2 O Agente Operador providenciará a avaliação do tomador, por ocasião da análise de cada operação de crédito ou da reavaliação do agente financeiro, e em função do "rating" apurado, é cobrada a Taxa de Risco de Crédito, de acordo com o quadro abaixo:

CONCEITO DO RATING	TAXA NOMINAL DE RISCO DE CRÉDITO (%a.a.)
"AA"	0,2
"A"	0,4
"B"	0,6
"C"	0,8
"D"	1,7
"E"	4,8
"F", "G" e "H"	14,4

4.2.9.3 Não será concedido empréstimo/financiamento a agentes com "rating" inferior a "C".

4.2.9.4 O Agente Operador realizará avaliações anuais do "rating", com base na evolução da conjuntura do risco coletivo dos negócios do FGTS, para definição das novas taxas de risco de crédito, se for o caso.

4.2.9.5 Os agentes financeiros devem encaminhar ao Agente Operador, por intermédio da Representação Regional do Agente Operador de sua vinculação, até 31 (trinta e um) de maio de cada ano, a documentação necessária para realização da referida avaliação.

4.2.9.5.1 Ocorrendo variação no percentual da Taxa de Risco de Crédito, o novo percentual terá reflexo nas novas operações de crédito contratadas com o agente financeiro durante a vigência do novo "rating".

4.2.10 Prestações de Amortização e Juros



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

3ª Procuradoria Especial de Contas
Gabinete do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira

TC-5617/2012
Fl. 986

4.2.10.1 Pagas mensalmente, com vencimento na data estabelecida contratualmente, calculadas de acordo com o Sistema Francês de Amortização - Tabela Price e reajustadas pelo mesmo índice e com a mesma periodicidade de atualização dos saldos das contas vinculadas do FGTS.

4.2.10.1.1 Ocorrendo impontualidade no pagamento dessas prestações, o valor a ser pago corresponderá ao valor da obrigação em moeda corrente nacional, atualizada de forma proporcional, com base no critério de ajuste pro rata do coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para a remuneração das contas vinculadas do FGTS, vigentes à época do evento, ou na falta deste, de outro índice de remuneração definido em legislação específica, acrescida dos juros remuneratórios, calculados a taxa prevista no contrato de empréstimo, desde a data de vencimento, inclusive, até a data do efetivo pagamento, exclusive.

4.2.10.1.2 Sobre esse valor apurado incidirão juros moratórios à razão de 0,033% (trinta e três milésimos por cento), por dia de atraso.

4.2.11 Reajuste do Saldo Devedor

4.2.11.1 O saldo devedor será reajustado pelo mesmo índice e na mesma periodicidade da atualização dos saldos das contas vinculadas do FGTS.

4.2.12 Tarifa Operacional

4.2.12.1 Com vistas à cobertura de custos operacionais das etapas de análise do pedido de financiamento, bem como das análises das alterações contratuais que venham a ocorrer no contrato de abertura de crédito e no contrato de financiamento, o agente financeiro deve recolher previamente, ao Agente Operador, tarifa operacional por etapa efetivada, de acordo com o valor estabelecido na tabela de tarifas da CAIXA.

4.3 FINANCIAMENTO DO AGENTE FINANCEIRO AO MUTUÁRIO

4.3.1 As condições do financiamento do agente financeiro ao mutuário são as mesmas estabelecidas nos subitens 4.2.2 a 4.2.11 desta Circular, exceto no que se refere aos subitens que se seguem:.

4.3.1.1 REMUNERAÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO

4.3.1.1.1 Diferencial de Juros nas fases de carência e amortização de 2% (dois por cento) ao ano, pago mensalmente junto com os juros contratuais, incidente sobre o saldo devedor da operação de crédito.

4.3.1.2 TAXA DE RISCO DE CRÉDITO DO AGENTE FINANCEIRO

4.3.1.2.1 A taxa de risco de crédito, quando cobrada do mutuário, deve ser acessório do encargo mensal devido durante o prazo do contrato, incidente sobre o saldo devedor, e deve levar em consideração a classificação da operação e o nível de risco, segundo a forma e condições estabelecidas na Resolução no 2.682, de 21.12.99, do Conselho Monetário Nacional, suas alterações e aditamentos.

4.3.1.3 TARIFA OPERACIONAL

4.3.1.3.1 O agente financeiro, pode, a seu critério, cobrar do mutuário/agente promotor a tarifa operacional prevista no subitem 4.2.12 desta Circular.

5 Os casos omissos serão dirimidos pelo Agente Operador, no que lhe couber.

6 Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação.

JOAQUIM LIMA DE OLIVEIRA
Diretor

(DOU N.º18, 24/01/2003, SEÇÃO I, PÁG. 21)



Registre-se que a modelagem de *project finance* concebida pela Caixa Econômica Federal, levou à confecção do Manual de Fomento do Programa Saneamento Para Todos (CEF, 2005, p. 48 a 57), cuja parte pertinente à atuação da Sociedade Propósitos Específicos no modelo de financiamento denominado SPE (LOCAÇÃO DE ATIVOS), transcreve-se a seguir:

CAPÍTULO IV – PROGRAMA SANEAMENTO PARA TODOS – SPE (LOCAÇÃO DE ATIVOS)

1 OBJETIVO DO PROGRAMA

- 1.1 Apoiar, financeiramente, empreendimentos destinados ao aumento da cobertura dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e manejo de resíduos sólidos enquadrados no âmbito do Programa SANEAMENTO PARA TODOS, sob a forma de operações estruturadas de financiamento a tomadores privados, constituídos sob a forma de Sociedade de Propósito Específico (SPE).
- 1.2 A SPE, constituída para viabilizar esses investimentos, terá como finalidades:
- a) construir e locar ao prestador público ou estatal de serviços de saneamento básico, (Patrocinadora), empreendimentos de saneamento a serem produzidos com recursos do FGTS;
 - b) adquirir dos construtores de empreendimentos de saneamento básico, seus direitos creditórios junto ao prestador público ou estatal dos serviços de saneamento, decorrentes de obras em execução ou a serem executadas com recursos do FGTS;
 - c) adquirir dos construtores de empreendimentos de saneamento básico os recebíveis referentes às faturas mensais de consumidores, dados pelo prestador público ou estatal de serviços de saneamento em pagamento das obras em execução ou a serem executadas com recursos do FGTS.

2 PARTICIPANTES DO PROGRAMA

- a) CCFGTS – Conselho Curador do FGTS – Órgão Deliberativo constituído por Representantes da Sociedade Civil e do Governo;
- b) **MINISTÉRIO DAS CIDADES** – Órgão responsável pela Gestão da Aplicação dos recursos do FGTS;
- c) **AGENTE OPERADOR DO FGTS** – Caixa Econômica Federal – CAIXA;
- d) **AGENTE FINANCEIRO** – Instituição financeira ou não financeira, pública ou privada, responsável pela operação de crédito perante o Agente Operador;
- e) **MUTUÁRIO/TOMADOR DOS RECURSOS (SPE)** – Pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade anônima ou limitada, criada pela empresa licitante vencedora do certame licitatório promovido pela Patrocinadora, para realizar empreendimento específico, financiado pro operação estruturada, e tendo sua atuação restrita ao objeto da contratação com vistas a isolar o empreendimento a ser financiado dos demais ativos do titular (ou titulares) da SPE;
- f) **AGENTE TÉCNICO-OPERACIONAL** – Instituição Financeira/Entidade contratada pelos agentes financeiros para desempenhar, em seu nome, diversas atribuições relativos aos empreendimentos a ser implementados e junto ao Agente Operador;
- g) **PATROCINADORA** – Autarquias, Fundações Públicas e Empresas públicas ou Sociedade de Economia Mista, constituídas com a finalidade de prestar serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e tratamento e disposição final de resíduos sólidos, integrantes da administração descentralizada dos Estados, dos Municípios, ou do Distrito Federal;
- h) **AGENTE FIDUCIÁRIO** – Entidade contratada pela SPE, com anuência do agente financeiro, devidamente habilitada pelo Agente Operador, responsável pelo controle e acompanhamento dos recebíveis (conjunto de faturas de consumidores) e das contas-garantia, se for o caso, além da fiscalização da própria SPE e de seu Gestor Administrativo/financeiro;
- i) **GESTOR ADMINISTRATIVO** – Entidade contratada pela SPE para gerir, de acordo com as orientações do Agente Fiduciário, as garantias e observar o cumprimento das cláusulas contratuais, atuando durante toda vigência do contrato de financiamento.

MODALIDADES



3.1 ABASTECIMENTO DE AGUA

Destina-se à promoção de ações com vistas ao aumento da cobertura ou da capacidade de produção de sistemas de abastecimento de água.

3.1.1 Itens de Investimento

- a) aquisição de materiais e equipamentos;
- b) execução de obras e serviços;
- c) execução de pesquisas de mananciais;
- d) execução de outros itens necessários ao adequado desempenho do empreendimento, incluindo, entre outros, eletrificação, estradas de acesso e de serviço, travessias e subestações rebaixadoras de tensão;
- e) execução de obras complementares vinculadas à segurança do empreendimento;
- f) execução de ações de preservação ambiental necessárias à implantação do empreendimento;
- g) reassentamento de moradias cuja remoção se faz indispensável para a implantação do empreendimento;
- h) execução de trabalho sócio-ambiental que vise a sustentabilidade sócio-econômica e ambiental do empreendimento, incluindo ações de educação ambiental e promoção da participação comunitária; e
- i) aquisição de terreno, limitado ao valor pago atualizado ou ao valor de avaliação, o que for menor.

3.1.2 Em razão das peculiaridades da estruturação da operação de crédito, a proposta de financiamento pode ainda contar com os seguintes itens de investimento financeiros:

- a) parcelas mensais relativas aos encargos financeiros incidentes na fase de carência como custo indireto;
- b) despesas referentes à estruturação da operação de crédito e da SPE;
- c) despesas de manutenção e funcionamento da SPE, durante a fase de carência do contrato de financiamento e repasse; e
- d) reserva de contingência, equivalente a 10% (dez por cento) do somatório dos custos diretos relativos às obras e serviços a serem executados, cujo desembolso somente será realizado mediante a comprovação da execução física das obras e serviços.

3.1.3 O indicador de perdas de água da Patrocinadora prestadora dos serviços de abastecimento de água estabelece restrições para o financiamento dos seguintes tipos de empreendimentos:

Empreendimento	Indicador de perdas acima de 50%	Indicador de perdas entre 30% e 50%
Aumento da capacidade de produção de água	Não financiável	Financiável apenas quando acompanhadas de execução de programa de desenvolvimento institucional da Patrocinadora
Outros na modalidade abastecimento de água	Financiável apenas quando acompanhadas de execução de programa de desenvolvimento institucional da Patrocinadora destinado à redução de perdas de água	destinado à redução de perdas de água

3.1.3.1 O indicador de perdas aqui referido será o maior dos valores percentuais obtidos por meio das seguintes fórmulas, considerando as informações relativas ao último exercício anual ou a conjunto contínuo de doze meses mais recentes:

3.1.3.1.1 Índice de Perdas na Distribuição:

$$\frac{\text{Volume de Água (Produzido + Tratado Importado - de Serviço)} - \text{Volume de Água Consumido}}{\text{Volume de Água (Produzido + Tratado Importado - de Serviço)}}$$

3.1.3.1.2 Índice de Perdas de Faturamento:

$$\frac{\text{Volume de Água (Produzido + Tratado Importado - de Serviço)} - \text{Volume de Água Faturado}}{\text{Volume de Água (Produzido + Tratado Importado - de Serviço)}}$$

3.1.4 Pressupostos para Apresentação de Projetos

Os empreendimentos nesta modalidade devem ainda:

- a) observar as diretrizes e recomendações previstas no plano de saneamento básico ou em plano de abastecimento de água;



- b) quando da inexistência de plano de saneamento básico ou de plano de abastecimento de água, se apoiar em justificativa técnica para o empreendimento, e no compromisso do Executivo Municipal de elaboração do plano de saneamento básico em prazo não superior a 24 meses da assinatura do contrato de financiamento;
- c) ter definido o manancial abastecedor e a alternativa de tratamento deve atender o disposto na Portaria nº 518, de 25 de março de 2004, do Ministério da Saúde, em particular na exigência de tratamento adequado, no mínimo, com filtração quando o manancial for de superfície e, no mínimo, com desinfecção quando o manancial for subterrâneo;
- d) apresentar outorga emitida pela autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal e informações que comprovem capacidade para atender as demandas projetadas, quando incluírem captação de água subterrânea;
- e) incluir as ligações domiciliares e os hidrômetros quando se tratar de implantação ou ampliação de rede de distribuição;
- f) assegurar compatibilidade com a capacidade de produção de água instalada quando se tratar de ampliação da rede de distribuição; e
- g) prever o assentamento enterrado das redes de distribuição de água, observando as normas técnicas aplicáveis, exceto nos empreendimentos em áreas de favelas adensadas, instaladas em terrenos íngremes ou solo que não permita a abertura manual de valas, quando serão, excepcionalmente, admitidas apoiadas sobre o terreno ou através de outra solução tecnicamente viável, desde que assegurada a adequada proteção das instalações e a integridade física e patrimonial de terceiros.

3.2 ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Destina-se à promoção de ações com vistas ao aumento da cobertura de sistemas de esgotamento sanitário ou da capacidade de tratamento e destinação final adequados de efluentes.

3.2.1 Itens de Investimento

- a) aquisição de materiais e equipamentos;
- b) execução de obras e serviços;
- c) execução de outros itens necessários ao adequado desempenho do empreendimento, incluindo, entre outros, eletrificação, estradas de acesso e de serviço, travessias e subestações rebaixadoras de tensão;
- d) execução de obras complementares vinculadas à segurança do empreendimento;
- e) execução de ações de preservação ambiental necessárias à implantação do empreendimento;
- f) reassentamento de moradias cuja remoção se faz indispensável para a implantação do empreendimento;
- g) execução de trabalho sócio-ambiental que vise a sustentabilidade sócio-econômica e ambiental do empreendimento, incluindo ações de educação ambiental e promoção da participação comunitária; e
- h) aquisição de terreno, limitado ao valor pago atualizado ou ao valor de avaliação, o que for menor.

3.2.2 Em razão das peculiaridades da estruturação da operação de crédito, a proposta de financiamento pode ainda contar com os seguintes itens de investimento financiáveis:

- a) parcelas mensais relativas aos encargos financeiros incidentes na fase de carência como custo indireto;
- b) despesas referentes à estruturação da operação de crédito e da SPE;
- c) despesas de manutenção e funcionamento da SPE, durante a fase de carência do contrato de financiamento e repasse; e
- d) reserva de contingência, equivalente a 10% do somatório dos custos diretos relativos às obras e serviços a serem executados, cujo desembolso somente será realizado mediante a comprovação da execução física das obras e serviços.

3.2.3 Quando a Patrocinadora for a Prestadora dos Serviços de abastecimento de água no território atendido pelo empreendimento e o seu indicador de perdas for acima de 30% (trinta por cento), os empreendimentos na modalidade esgotamento sanitário só poderão ser financiados quando acompanhados de execução pela Patrocinadora de programa de desenvolvimento institucional destinado à redução de perdas de água.

3.2.3.1 A restrição de que trata este subitem será excepcionalizada quando o Prestador dos Serviços de abastecimento de água estiver executando programa de desenvolvimento institucional destinado à redução de perdas de água ou apresentar Carta Consulta na modalidade Desenvolvimento Institucional destinada a esta finalidade. Neste último caso, a habilitação da Carta Consulta na modalidade Esgotamento Sanitário fica condicionada à habilitação da Carta Consulta na modalidade Desenvolvimento Institucional.

3.2.4 Pressupostos para Apresentação de Projetos

Os empreendimentos nesta modalidade devem ainda:



- a) observar as diretrizes e recomendações previstas no plano de saneamento básico ou em plano diretor de esgotamento sanitário;
- b) quando da inexistência de plano de saneamento básico ou de plano de esgotamento sanitário, se apoiar em justificativa técnica para o empreendimento, e no compromisso do Executivo Municipal de elaboração do plano de saneamento básico em prazo não superior a 24 meses da assinatura do contrato de financiamento;
- c) quando tratarem de implantação ou ampliação de rede coletora de esgoto sanitário:
 - c.1) adotar preferencialmente o sistema condominial, cuja implementação deverá necessariamente ser articulada com o trabalho sócio-ambiental, sendo exigida justificativa técnica em caso contrário;
 - c.2) incluir a execução simultânea dos ramais condominiais ou das ligações domiciliares (quando não tiver sido adotado o sistema condominial) dos imóveis em uso;
- d) dispor de estudo de concepção que avalie e justifique o nível adequado de descentralização do tratamento no caso de implantação ou ampliação de sistema de tratamento de esgotos sanitários;
- e) ter as redes coletoras de esgoto sanitário projetadas com vistas à implantação de sistemas tipo separador absoluto, admitindo-se soluções evolutivas, a critério do gestor da aplicação;
- f) ter a implantação ou ampliação de rede coletora de esgotos sanitários condicionadas à existência, ou implantação em prazo compatível com a funcionalidade do empreendimento, de instalação de tratamento adequado; e
- g) incorporar, quando aplicável, ações de eliminação de lançamento de esgotos nos sistemas de manejo de águas pluviais ou em cursos ou espelhos d'água de modo a assegurar os benefícios ambientais esperados.

3.3 MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS (TRANSBORDO, TRATAMENTO E DISPOSIÇÃO FINAL)

Destina-se à promoção de ações com vistas ao aumento da cobertura dos serviços por intermédio da implantação de infra-estrutura necessária para o transbordo, o tratamento e a destinação final de resíduos sólidos urbanos domiciliares e assemelhados e de resíduos de serviços de saúde, além da infra-estrutura necessária à implementação de ações de redução de emissão de gases de efeito estufa em projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), no âmbito do Tratado de Quioto. Destina-se também ao desenvolvimento de ações complementares de suporte à implantação dos empreendimentos, relativas à educação ambiental, participação comunitária e, quando for o caso, o trabalho Sócio-Ambiental destinado à inclusão social de catadores e o aproveitamento econômico de material reciclável.

3.3.1 Itens de Investimento

- a) aquisição de materiais e equipamentos e execução de obras e serviços, com vistas à implantação, ampliação, melhoria ou recuperação de:
 - b.1) sistemas de tratamento e disposição final;
 - b.2) unidades de transbordo e suas instalações complementares;
 - b.3) urbanização do entorno de instalações de tratamento, destinação ou transbordo, quando incluída como medida mitigadora de impacto;
 - b.4) sistemas de captura, coleta e incineração de gás do aterro sanitário;
 - b.5) sistemas de geração e distribuição de energia a partir de gases de aterro sanitário;
- b) reassentamento de moradias cuja remoção se faz indispensável para a implantação do empreendimento;
- c) execução de ações complementares de preservação ambiental;
- d) execução de trabalho sócio-ambiental de suporte à implantação e a sustentabilidade do empreendimento, incluindo ações de educação sanitária e ambiental, de mobilização para a participação comunitária e de apoio à inclusão social de catadores e ao aproveitamento econômico do material reciclável e ao desenvolvimento de outras ações de geração de trabalho e renda;
- e) aquisição de terreno, limitado ao valor pago atualizado ou ao valor de avaliação, o que for menor;
- f) elaboração de estudos de viabilidade e Documento de Concepção de Projeto (DCP) para projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, no âmbito do Tratado de Quioto; e
- g) execução de ações relativas à validação, registro, monitoramento, verificação e certificação do projeto MDL.

3.3.2 Pressupostos para Apresentação de Projetos

Os empreendimentos nesta modalidade devem ainda:



- a) observar as diretrizes e recomendações previstas no plano de saneamento básico, ou em plano de manejo de resíduos sólidos;
- b) quando da inexistência de plano de saneamento básico ou de plano de manejo de resíduos sólidos, se apoiar em justificativa técnica para o empreendimento, e no compromisso do Executivo Municipal de elaboração do plano de saneamento básico em prazo não superior a 24 meses da assinatura do contrato de financiamento;
- c) quando a cobertura do serviço de coleta for inferior a 80% (oitenta por cento) dos domicílios da zona urbana, dispor de compromisso do Mutuário para elevar a cobertura até pelo menos este limite dentro do prazo de conclusão do empreendimento para o financiamento de instalações de transbordo ou destinação final adequada de resíduos sólidos urbanos;
- d) incluir a recuperação ambiental da área de lixão que esteja sendo encerrado e substituído por aterro sanitário objeto de financiamento, incluídas as medidas de mitigação dos impactos ambientais estabelecidas pelo órgão ambiental;
- e) incluir proposta de inclusão social de catadores de materiais recicláveis quando o empreendimento tiver impacto sobre a atividade destes, apoiando sua organização em cooperativas ou associações, e em outras alternativas de geração de emprego e renda; e
- f) apresentar justificativa apoiada em plano de coleta e transporte dos resíduos sólidos e no plano operacional da unidade quando do financiamento de empreendimentos que incluam instalações de apoio à coleta, unidades de transbordo, de tratamento e de disposição final; de modo a comprovar a sustentabilidade operacional.

4 REQUISITOS INSTITUCIONAIS

As propostas apresentadas no âmbito do Programa Saneamento Para Todos - SPE (LOCAÇÃO DE ATIVOS), deverão observar os requisitos institucionais previstos na Instrução Normativa do Ministério das Cidades nº 33/07, 01.08.07, suas alterações e aditamentos.

5 REQUISITOS DE VIABILIDADE

Será requerida a comprovação de que a Patrocinadora, prestadora do serviço público de abastecimento de água, de esgotamento sanitário ou de tratamento e disposição final de resíduos sólidos, tem capacidade de cobrir seus custos e os de locação do ativo resultante da operação de financiamento da SPE, por intermédio de política de recuperação dos custos dos serviços baseada no efetivo estabelecimento de tarifas ou taxas legalmente instituídas e de outras receitas que disponha.

6 INSCRIÇÃO, ENQUADRAMENTO E VALIDAÇÃO DA CARTA CONSULTA/PROPOSTA DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO VINCULADAS AO SETOR PÚBLICO E PRIVADO

O processo de Inscrição, enquadramento e validade da Carta Consulta/Proposta das operações de crédito vinculadas ao Setor Público e Privado, observarão os requisitos previstos na Instrução Normativa do Ministério das Cidades nº 33/07, 01.08.07, suas alterações e aditamentos.

7 CONDIÇÕES OPERACIONAIS DE EMPRÉSTIMO DO AGENTE OPERADOR AO AGENTE FINANCEIRO

As condições operacionais do empréstimo do Agente Operador ao Agente Financeiro são as definidas nos subitens 2.2 a 2.5 e de 2.7 a 2.14 do Capítulo II deste Manual e nos subitens 7.1 a 7.4 a seguir.

7.1 LIMITE DE EMPRÉSTIMO

O empréstimo está limitado ao valor da operação selecionada pelo Gestor da Aplicação, da dotação orçamentária dos recursos do FGTS e da capacidade de pagamento e endividamento do proponente.

7.2 TAXAS DE JUROS, PRAZOS MÁXIMOS DE AMORTIZAÇÃO E DE CARÊNCIA



- 7.2.1 As Taxas de Juros, os prazos máximos de amortização e o de carência são os definidos no quadro abaixo, sendo que o prazo de amortização é contado a partir do mês subsequente ao do término do prazo de carência, devendo ser reduzido caso haja prorrogação do prazo de carência:

Modalidades	Taxa de juros	Prazo de Amortização	Prazo de carência
	% aa	Anos (até)	Meses (até)
Abastecimento de Água, Esgotamento Sanitário	6,0	20	48
Manejo de Resíduos Sólidos (Transbordo, Tratamento e Disposição Final)	6,0	15	48

- 7.2.2 As operações de crédito observarão os prazos máximos de amortização próprios de cada modalidade.
- 7.2.3 Os prazos de amortização não serão, em nenhuma hipótese, maiores que a vida útil prevista para o empreendimento financiado.
- 7.2.4 Os juros na fase de carência serão capitalizados, limitados ao valor definido na composição de investimento do contrato.
- 7.2.5 A taxa de juros final da operação é composta pela taxa nominal de juros constante do quadro anterior, acrescida da Taxa de Risco de Crédito e do Diferencial de Juros de que tratam os subitens 2.5 e 2.12, respectivamente, do Capítulo II deste Manual.
- 7.2.6 Na contratação de mais uma modalidade com o mesmo tomador, o agente financeiro poderá contratar as operações de crédito utilizando a taxa média ponderada entre as taxas definidas no quadro anterior e o valor do financiamento.

7.3 GARANTIAS

- 7.3.1 Cessão de direitos emergenciais de contas de água e esgoto de consumidores selecionados do concessionário dos serviços de saneamento básico, com estrutura de segregação da arrecadação das faturas, em valor equivalente ao da prestação, com margem adicional a ser definida a critério do agente financeiro e aceita pelo Agente Operador.
- 7.3.2 Outras garantias previstas na legislação vigente, a critério do agente financeiro.

8 CONDIÇÕES OPERACIONAIS DO FINANCIAMENTO DO AGENTE FINANCEIRO AO MUTUÁRIO

- 8.1 As condições operacionais do empréstimo do Agente Operador ao Agente Financeiro são as definidas nos subitens 2.2 e 2.4 e de 2.6 a 2.14 do Capítulo II deste Manual e nos subitens 8.1 a 8.4 e 11.2 a seguir, deste Capítulo.

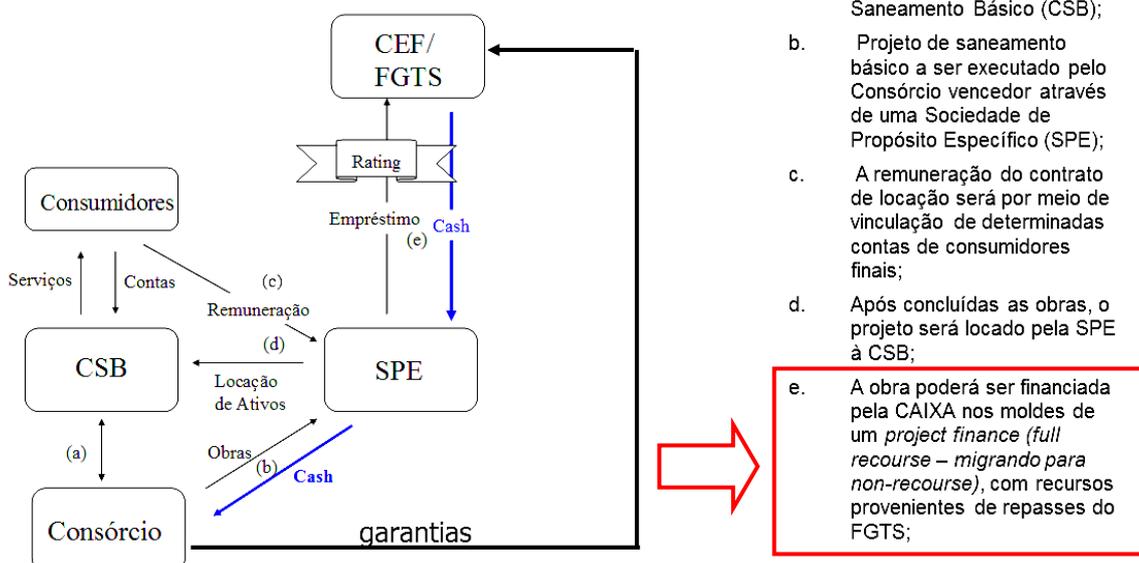
8.2 PRAZO DE CARÊNCIA DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO VINCULADAS

- 8.2.1 O prazo de carência das operações de créditos vinculadas corresponderá ao prazo previsto para a execução de todas as etapas previstas para cumprimento do objeto, acrescido de até 04 (quatro) meses, contado a partir da data de assinatura do contrato de financiamento firmado entre o Agente Financeiro e o Tomador Final, limitado aos prazos constantes do quadro do subitem 7.2.1 deste Capítulo, observada a data eleita do mutuário, podendo ser prorrogado, conforme estabelecido no subitem 6.2.2 do Capítulo V deste Manual.
- 8.2.1.1 Prazo de execução é o prazo compreendido entre a data de assinatura do contrato de financiamento e repasse e a data prevista para o término das obras e serviços, consignada no cronograma anexo ao referido contrato firmado entre o agente financeiro e o tomador dos recursos.



A Operação Estruturada, concebida pela Caixa Econômica Federal, foi apresentada na forma de esquema pelo Superintendente Nacional dessa instituição financeira (TAVARES, 2005):

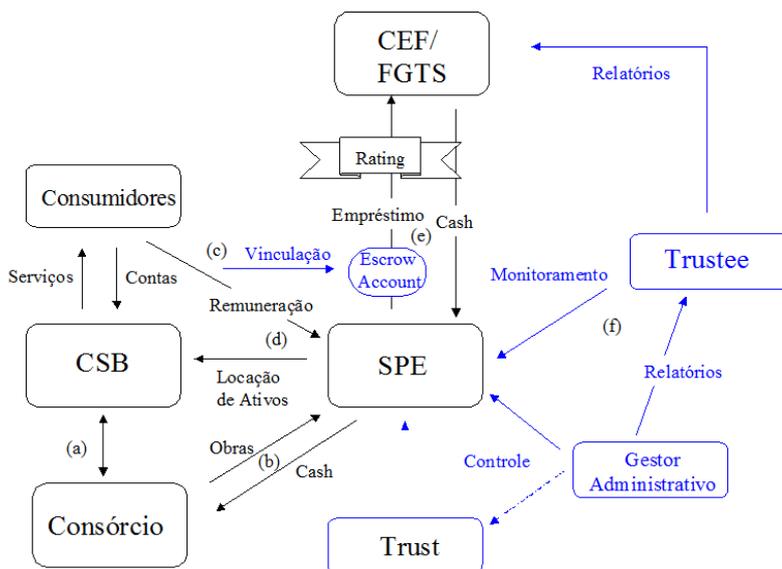
Estrutura Proposta – Locação de Ativos – Fase: financiamento 



- Licitação de Ativos Futuros pela Companhia de Saneamento Básico (CSB);
- Projeto de saneamento básico a ser executado pelo Consórcio vencedor através de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE);
- A remuneração do contrato de locação será por meio de vinculação de determinadas contas de consumidores finais;
- Após concluídas as obras, o projeto será locado pela SPE à CSB;
- A obra poderá ser financiada pela CAIXA nos moldes de um *project finance (full recourse – migrando para non-recourse)*, com recursos provenientes de repasses do FGTS;



Estrutura Proposta – Locação de Ativos



- a. Licitação de Ativos Futuros pela Companhia de Saneamento Básico (CSB);
- b. Projeto de saneamento básico a ser executado pelo Consórcio vencedor através de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE);
- c. A remuneração do contrato de locação será por meio de vinculação de determinadas contas de consumidores finais;
- d. Após concluídas as obras, o projeto será locado pela SPE à CSB;
- e. A obra poderá ser financiada pela CAIXA nos moldes de um *project finance (full recourse – migrando para non-recourse)*, com recursos provenientes de repasses do FGTS;
- f. Um *trustee* será contratado para controlar e fiscalizar os atos da SPE e do Gestor Administrativo;

Financiamento de SPE

Participantes:

1. Agente Operador – CAIXA
2. Agente Financeiro - Instituições financeiras credenciadas e habilitadas
3. Patrocinadora: Concessionária Publica de Serviços de Saneamento
4. Tomador de Recursos: SPE
5. Agente Fiduciário: entidade contratada pela SPE, com anuência do Agente Financeiro, controle e acompanhamento dos recebíveis e das contas garantia, entre outras atividades
6. Gestor Administrativo: entidade contratada pela SPE para gerir as garantias, o contrato, entre outras atividades.



CONTRATO DE LOCAÇÃO

CAIXA

- Contrato entre a SPE e a CSB, sob a forma de *take-or-pay* (pagamento de aluguel independentemente de seu uso total ou parcial). Todas as despesas de operação e manutenção dos Ativos locados serão de responsabilidade da locatária.
- A remuneração será feita mediante cessão de receitas de contas de água e esgoto (Recebíveis), presentes e futuros da CSB, com uma margem adicional, a ser definida, para cobrir riscos de inadimplência, redução de consumo dos usuários e *mismatch* no reajuste da tarifa em relação ao reajuste do contrato de locação.
- Os municípios abrangidos pelos Recebíveis cedidos deverão comparecer como intervenientes-anuentes no contrato de locação, bem como, repassar à SPE parcela da indenização equivalente às parcelas vincendas do contrato de locação, caso haja a rescisão na concessão dos direitos de exploração dos serviços de saneamento básico.
- A CSB deverá se responsabilizar pelas despesas correntes presentes e futuras incorridas pela SPE para a construção e manutenção da titularidade dos Ativos.

A modelagem da CEF se diferencia da modelagem tradicional do *project finance* no que se refere ao Patrocinador do projeto. No *project finance* típico, quem constitui a Sociedade de Propósitos Específicos são os Patrocinadores. Por sua vez, na modalidade elaborada pela CEF, não é o Patrocinador quem constitui a SPE, mas sim a licitante vencedora do certame.

Colhe da exposição de Tavares que uma peculiaridade do *project finance* proposto pela CEF é a migração da modalidade *full recourse* para a modalidade *non-recourse*. Conforme visto, a modalidade *full recourse* corresponde, na realidade, à forma tradicional de financiamento, também chamada de *corporate finance*, haja vista que se não alocam os riscos do empreendimento entre os participantes.



Considerando que a modelagem proposta pelo SAAESMA – e que serve de objeto para o presente estudo – não se identifica com aquela concebida pela CEF, exceto em parte pela terminologia empregada, a exemplo do uso do instituto da locação – questão já enfrentada neste parecer –, deixa-se de analisar em profundidade a legalidade da modalidade de financiamento oferecida pelo banco estatal com recursos vinculados ao FGTS, bem como das normas administrativas que lhe servem de suporte.

Consoante já declinado em momento anterior neste parecer, em consonância com o posicionamento da área técnica desta Corte, este *Parquet* entende que a locação de ativos, não representa meio idôneo para a Administração Pública adquirir a propriedade dos bens locados, constituindo verdadeira aquisição financiada de bens, sem amparo em ato normativo primário. A edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Poder Legislativo (MENDES, 2001, p. 901)

Salienta-se, por fim, ser possível que a modalidade de *project finance* utilizada pela CEF tenha servido de parâmetro para a elaboração da modelagem proposta pelo SAAESMA. Contudo, as dessemelhanças existentes entre ambas impossibilitam a inclusão, neste estudo, da análise da viabilidade jurídica da primeira.

3.3.6.2 DA MODALIDADE DE FINANCIAMENTO CONCEBIDA PELO SAAESMA

Apresentada a modalidade de financiamento conhecida como *project finance*, bem como da modelagem utilizada pela CEF no Programa Saneamento Para Todos, passa-se à análise das cláusulas do contrato elaborado pelo SAAESMA (fls. 227 a 270, vol. II) com o intuito de tentar compreender o modelo de negócio proposto pela autarquia.



3.3.6.2.1 DA UTILIZAÇÃO DE *CORPORATE FINANCE*

Após compulsar o instrumento contratual, percebe-se que alguns aspectos sinalizam para a caracterização do financiamento contido no contrato do SAAESMA como sendo da modalidade *project finance*:

- Existência de empreendimento formado por sistema de captação de água, estação de tratamento e bombeamento, adutoras, reservatórios e reforma estação de tratamento de água (ETA) e de sistema de esgoto, a serem construídos com os recursos tomados em empréstimo (item 1.1, fl. 227, vol. II);
- Existência de Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) constituída para centralizar a administração do projeto (*pass-through*) e isolar os riscos do empreendimento – itens 1.2.a e 2.41 (fls. 227 e 232, vol. II);
- Existência de financiamento tomado em nome da SPE, destinado à construção do empreendimento – item 1.2 (fl. 227, vol. II);
- Existência de agente financiador, responsável pelo empréstimo dos recursos necessários à construção do empreendimento – item 2.3 (fl. 228, vol. II);
- Existência de fluxo de caixa formado a partir da arrecadação tarifária resultante da operação do empreendimento, destinado à amortização do empréstimo na forma sob a rubrica de Valor Mensal de Locação (VML) – itens 2.4, 2.5, 2.46 e 6.1 (fls. 228, 233 e 236, vol. II);
- Existência de agente fiduciário, na figura do banco designado, o qual reterá os valores destinados à cobertura do VML – item 2.6 (fl. 228, vol. II);



- Existência de projeto realizado em duas etapas: uma para construção do empreendimento e outra para a operação – itens 2.21, 2.22 e 5.1 (fls. 230, 234 e 235, vol. II);
- Presença da Administração Pública na qualidade de locatária, atuando como proprietária/arrendatária do empreendimento – item 2.29 (fl. 230, vol. II);

Todavia, os seguintes aspectos comprovam que o financiamento contido no contrato **NÃO** caracteriza um *project finance*:

- Ausência de comprovação da autossustentabilidade do empreendimento, principalmente em razão da existência, ao longo de todo o contrato, de garantia adicional integral para o empréstimo, totalmente desvinculada do fluxo de caixa do empreendimento (*full recourse*);
- Inexistência de projeto prévio e com o grau de detalhamento exigido para essa modalidade de financiamento;
- Inexistência de múltiplas partes entre as quais os riscos deveriam ter sido alocados, porquanto só existem duas partes com assunção de riscos no contrato: SAAESMA e SPE;
- Responsabilização solidária e integral do Município de São Mateus, com aportes previstos já para o início da vigência do contrato – que descaracteriza a autossustentabilidade do empreendimento –, conforme informações colhidas da Ata de Julgamento das Propostas Referentes à Concorrência n.º 002/2011 (fl. 537, vol. III):

[...] Foi também encaminhada à PCF Engenharia S/S Ltda., empresa autora do Estudo, cópias das planilhas detalhadas de custos de serviços e materiais para análise dos preços apresentados em referência aos praticados no mercado. A secretaria Municipal de



Finanças concluiu o estudo e apresentou um demonstrativo de fluxo de caixa opinando pela viabilidade econômica e financeira do Município e do SAAE, da seguinte forma: **A Prefeitura de São Mateus participará com aporte de recursos proveniente dos Royalties com início no ano de 2014 a 2021, conforme a seguir: ano 2014 no valor total de de R\$ 11.036.000,00; ano de 2015 R\$ 13.656.000,00; ano de 2016 R\$ 13.148.000,00; ano de 2017 R\$ 12.630.000,00; ano de 2018 R\$ 12.103.000,00; ano de 2019 R\$ 11.564.000,00; ano de 2020 R\$ 11.016.000,00 e ano de 2021 R\$ 10.457.000,00.** A autarquia arcará com as despesas relativas ao pagamento total do VML após o ano de 2021, pois receberá um incremento de receitas com a entrega e operação do novo sistema tendo em vista os seguintes fatores: crescimento vegetativo no percentual de 1,90% ao ano, a partir de 2015 até o final do contrato no valor de R\$ 167.513.000,00; aumento de consumo e de economias; crescimento de expansão Urbana; aumento de receita proveniente do tratamento de esgoto e reestruturação tarifária prevista para o primeiro e segundo ano, quando da entrega e operação do novo sistema de água e esgoto. (grifo nosso)

Logo, chega-se à conclusão de que o modelo de negócio concebido pelo SAAESMA, muito embora ostente caracteres da modalidade de financiamento *project finance*, encobre, na realidade, a modalidade tradicional de empréstimo, também conhecida como *corporate finance*.

3.3.6.2.2 DA INCLUSÃO DA OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO NO OBJETO DA LICITAÇÃO

Os itens 1.2 e 13.1, alínea “f”, 18.1 e 18.2 do contrato (fls. 227, 240 e 247, vol. II) estabelece que:

1.2 Ficarão a cargo da SPE as seguintes atividades:

a) **Viabilizar os RECURSOS FINANCEIROS necessários à realização da OBRA;**

[...]

13.1 A SPE estará sempre vinculada ao disposto neste CONTRATO e nos instrumentos convocatórios da LICITAÇÃO, à documentação apresentada e à legislação e regulamentação brasileira aplicável. Para tanto, deverá:

[...]

f) **Captar, aplicar e gerir os RECURSOS FINANCEIROS necessários à realização das OBRAS** e contratar um agente



financeiro, dentre os cinco maiores bancos comerciais do país, segundo a classificação do Banco Central de Brasil, para gerir o Fundo Garantidor de Pagamentos do VML, cuja indicação deverá ser precedida de anuência da CONTRATANTE;

[...]

18.1 É de responsabilidade exclusiva da SPE a execução das OBRAS segundo este CONTRATO, cabendo-lhe disponibilizar os RECURSOS FINANCEIROS necessários à sua realização.

18.2 Em consequência, a SPE é responsável pela obtenção dos financiamentos, segundo seu PLANO DE NEGÓCIO, de exclusiva responsabilidade da SPE, deverá ocorrer em até 6 (seis) meses consecutivos e ininterruptos contados da DATA DE VIGÊNCIA do CONTRATO, Excepcionalmente, esse prazo poderá ser prorrogado, nos termo do edital e do contrato.

[...]

Verifica-se, portanto, que a Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) ficará responsável pela obtenção, junto a terceiros, dos recursos financeiros necessários à realização da obra.

Assim, o SAAESMA está delegando ao contratado a tarefa de obter os recursos financeiros necessários à construção das obras, como já observado pela área técnica e registrado na Instrução Técnica Especial ITE-01/2012 (fls. 711 e 712, vol. III):

III.4 DOS ASPECTOS ATINENTES À LEI N. 8.666/93

Considerando-se que a locação de ativos se trata de um contrato de obra com financiamento embutido, abrangido pela Lei n. 8.666/93, como cabalmente demonstrado anteriormente, verifica-se no art. 7º o seu regramento:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

- I - projeto básico;
- II - projeto executivo;
- III - execução das obras e serviços.

[...]

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.[grifo nosso]

[...]



Nesse ponto encontra-se o deslinde da questão relativa à legalidade desse tipo de contratação. Na locação de ativos, o Poder Público delega ao particular a obtenção de recursos financeiros para a execução da obra, o que é expressamente vedado pelo art. 7º, § 3º, do referido diploma legal. Sobre o assunto, assim destaca Marçal Justen Filho⁶:

A previsão de recursos orçamentários para execução da obra ou do serviço é pressuposto da instauração da licitação. Logo, até se tornaria desnecessária a regra do § 3º. **No entanto e para eliminar práticas reprováveis, a Lei expressamente reprime a intermediação para obtenção de recursos. Essa regra visa evitar que os particulares percebam uma “comissão” sobre os valores liberados.** A proibição refere-se a recursos de quaisquer origens.[grifo nosso]

Assim, ressalvados os casos de concessão, regidos pela Lei n. 8.987/95, não é possível que o Poder Público terceirize o financiamento da obra. O motivo é óbvio: a Administração pagará ao contratado, além do custo da obra e do lucro correspondente, o valor do financiamento e a comissão do particular.

Tal hipótese poderá tornar contratação excessivamente onerosa para a sociedade se for considerado, ainda, que haverá a incidência na taxa de prestação de serviço dos custos operacionais da entidade pública.

Nesses termos, reconhecendo que a Administração Pública encontra-se adstrita ao princípio da legalidade, **não é possível falar-se na locação de ativos como solução para a prestação de serviços de saneamento.** Sobre tal princípio, assim destaca José dos Santos Carvalho Filho⁷:

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que **só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legislante.** Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: **só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.**

Se por meio de tal princípio, entende-se que o administrador está proibido de praticar condutas não previstas em lei, com muito maior razão deverá se abster de praticar aquelas expressamente vedadas.

Por um ou por outro caminho, então, a locação de ativos **não deve ser autorizada**, seja porque não há previsão legal expressa sobre essa modalidade contratual seja porque há vedação clara de terceirização de financiamento pela Lei de Licitações, algo que está na base desse tipo de ajuste.

Assim, a terceirização do financiamento de projetos levados a cabo pela Administração Pública, fora das hipóteses expressamente autorizadas por lei, em sentido formal, editada pelo Parlamento, inviabiliza a realização do modelo de negócio proposto pelo SAAESMA.



3.3.6.2.3 DA UTILIZAÇÃO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO COMO GARANTIA

O sistema de garantias *full recourse* do projeto engloba a utilização dos royalties provenientes da exploração de petróleo e gás natural como garantia do pagamento do Valor Mensal de Locação (VML), conforme consta nos itens 26.2 e 26.3 do contrato:

26.2 O Serviço Autônomo de Água e Esgoto e a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS – ES obrigam-se a constituir o fundo garantidor do contrato em até 60 (sessenta dias) da data de vigência do contrato e a alimentá-lo mensalmente desde a sua instituição, à razão de uma vez e um terço do VML, mediante o depósito da ARRECADAÇÃO VINCULADA e de SUBVENÇÃO, no caso de insuficiência destes, complementada com mecanismo que garanta aporte financeiro suficiente.. (fl. 260, vol. II)

26.3 O fundo, a ser criado e regulamentado por lei municipal, ora referido observará as seguintes metas:

- (i) Deverá ter, quando da conclusão da ETAPA 1, montante equivalente a, pelo menos, 06 (seis) meses de pagamento do VML que poderá ser representado pelo penhor de crédito incidente sobre o recebimento futuro de **ROYALTIES** de petróleo. (fl. 260, fol. II)

26.2 [sic] Concluída a ETAPA 1, o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO depositará no fundo referido nesta cláusula, na mesma data de pagamento VML, e no mesmo valor, as parcelas necessárias ao pagamento da SPE, independentemente da provisão mínima de 06 (seis) vezes o VML devido representado pelo penhor de crédito de **ROYALTIES** a que se refere o item 26.3, inciso (i). (fl. 260, vol. II)

Entender-se-á como:

a) **GARANTIA DE PAGAMENTO DO VML:**

- (i) a vinculação, pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, através de garantia real pignoratícia, em favor da SPE, de parcela da ARRECADAÇÃO VINCULADA e da complementação por **SUBVENÇÃO oriundos de ROYALTIES de petróleo**, através do BANCO DEPOSITÁRIO;

[...]

- c2) **No caso da ARRECADAÇÃO VINCULADA não se mostrar suficiente para cobrir a garantia ora exigida, o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO e a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS – ES obrigam-se a complementar o montante faltante, seja mediante o aporte de recursos próprios originários de ROYALTIES de petróleo, seja por outra modalidade de garantia. Nesta hipótese, o complemento prestado pelos SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO e pela PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO**



MATEUS – ES estarão, igualmente, afetados ao cumprimento do CONTRATO, sujeitando-se ao regime dedicado à ARRECADAÇÃO VINCULADA. (fls. 260/261, vol. II)

Entretanto, neste momento, cumpre destacar que a Lei federal nº 7.990/1989²² revela normatização expressa ao disciplinar o tema, vedando a prática de aplicação dos recursos dos Royalties em pagamento de dívidas²³, nos seguintes termos:

Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, **vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida** e no quadro permanente de pessoal. (Redação dada pela Lei nº 8.001, de 13.3.1990)

§ 1º Não se aplica a vedação constante do caput no pagamento de dívidas para com a União e suas entidades. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.195, de 14.2.2001)

§ 2º Os recursos originários das compensações financeiras a que se refere este artigo poderão ser utilizados também para capitalização de fundos de previdência. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.195, de 14.2.2001)

Adensando a normatização da temática do endividamento público, a Resolução n.º 43/2001²⁴, do Senado Federal (a qual dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização), em seu art. 5º, inciso VI, alínea “b”, veda o oferecimento de royalties como garantia para

²² Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF).
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7990.htm. Acesso em: 11.mar.2013.

²³ Como se revela, conquanto a modelagem de contratação concebida intente descaracterizar-se como um modelo ordinário de contratação, os elementos ocultos, mas de fácil apreensão no instrumento contratual apontam, inelutavelmente, para um contrato de realização de obra pública com financiamento incluído e dotado de plena garantia, que resultará em um endividamento..

²⁴ Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/Resolucao/010000_resol_43.pdf. Acesso em: 11.mar.2013.



dívidas que ultrapassem o lapso temporal de um mandato, ou seja, quatro anos, do chefe do Poder Executivo:

Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - em relação aos créditos decorrentes do direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, **de participação governamental obrigatória, nas modalidades de royalties**, participações especiais e compensações financeiras, no resultado da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental ou zona econômica exclusiva:

[...]

b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação, cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do chefe do Poder Executivo.

§ 1º Constatando-se infração ao disposto no caput, e enquanto não promovido o cancelamento ou amortização total do débito, as dívidas serão consideradas vencidas para efeito do cômputo dos limites dos arts. 6º e 7º e a entidade mutuária ficará impedida de realizar operação sujeita a esta Resolução.

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de royalties será exclusiva para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.

Quadra sublinhar que a contratação em tela prevê o lapso temporal de **32 (trinta e dois) anos**, contados a partir da data de sua assinatura, consoante item 5.1, cláusula 5ª, folha nº 234, vol. II. O referido intervalo de tempo corresponderá a **8 (oito) mandatos** de chefes do Poder Executivo do Município de São Mateus.

CAPÍTULO II – PRAZO E VALOR

CLÁUSULA 5ª – Prazo do contrato

5.1. O prazo deste CONTRATO é de 32 (trinta e dois) anos, contados a partir da DATA DE VIGÊNCIA DO CONTRATO²⁵, subdividido e de acordo com a seguinte ordem:

[...]

Neste sentido, acerca da temática, colaciona-se Consulta enfrentada pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina²⁶, a qual, de forma concisa e contundente aliada à excelência e didatismo da linha argumentativa a tornam digna de distinção e integral transcrição:

²⁵ 2.18 DATA DE VIGÊNCIA DO CONTRATO – data de assinatura do CONTRATO.(Fl. 229, vol. II).

²⁶ Disponível em: http://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/Decisao/600023010_2800126.htm. Acesso em: 11.mar.2013.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

3ª Procuradoria Especial de Contas
Gabinete do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira

TC-5617/2012
Fl. 1005

	ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA Conselheiro José Carlos Pacheco
--	--

PROCESSO Nº	CON 06/00023010
UG/CLIENTE	PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO SUL
INTERESSADO	ODILON FERREIRA DE OLIVEIRA
ASSUNTO	CONSULTA - MUNICÍPIO. UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DE ROYALTIES

RELATÓRIO

Tratam os autos de consulta formulada pelo Prefeito Municipal de São Francisco do Sul - Sr. Odilon Ferreira de Oliveira, solicitando Parecer deste Tribunal de Contas, acerca do que segue:

1º) *Está correto o entendimento de que os recursos provenientes de royalties possam servir como concessão de garantia, em contratos de operação de crédito.*

2º) *Caso contrário, qual será o entendimento correto?*

3º) *Está correto o entendimento que os serviços de mão-de-obra terceirizados, possam ser pagos com recursos provenientes de royalties.*

4º) *Caso contrário, qual será o entendimento correto?*

5º) *Está correto o entendimento de que os recursos provenientes de royalties possam servir para o pagamento de despesas de pessoal de caráter indenizatório, empenhadas como outras despesas correntes.*

6º) *Caso contrário, qual será o entendimento correto?*

7º) *Está correto o entendimento de que os recursos provenientes de royalties possam ser utilizados para o pagamento de "restos a pagar".*

8º) *Caso contrário, qual será o entendimento correto?*



A Consultoria Geral deste Tribunal, em análise ao mencionado expediente, elaborou o Parecer COG nº 0402/2006, de fls. 04 a 20, da lavra da Dra. Eliane Guettky, salientando, preliminarmente, que a parte é legítima para propor consulta e que a indagação feita versa sobre matéria sujeita a exame e fiscalização desta Corte de Contas.

No mérito, a COG conclui que este Tribunal pode conhecer da consulta, respondendo ao Consulente, em suma, que a os recursos provenientes de Royalties de Petróleo e Derivados podem servir como concessão de garantia, em contratos de operação de crédito, desde que as obrigações contratuais respectivas não ultrapassem o mandato do Chefe do Poder Executivo, sendo que as despesas com serviços de mão-de-obra terceirizados e aquelas classificadas como "restos a Pagar" não podem ser pagas com recursos provenientes dos referidos Royalties de Petróleo e Derivados.

Levados os autos à consideração do Ministério Público junto ao Tribunal, este entendeu por acompanhar a manifestação da Consultoria Geral (Parecer MPTC 6256/2006 - fls. 21 e 22).

VOTO

Ao compulsar os autos, este Relator compartilha do entendimento apresentado pela Consultoria Geral desta Casa (Parecer COG nº 402/2006), ratificado pela Procuradoria Geral junto ao Tribunal de Contas (Parecer MPTC nº 6256/2006).

Acerca da questão posta à juízo, tem-se que laborou com precisão a consultora desta Casa, Dra. Eliane Guettky, ao dispor em seu Parecer de nº 402/2006 (junto às fls. 04 a 20):

O primeiro questionamento refere-se a possibilidade dos recursos provenientes de Royalties ser dado em garantia nos contratos de operação de crédito.

(...)

Pode o Município conceder garantia em operações de crédito desde que observadas as normas do art. 32 da LRF e os limites para o endividamento estabelecidos pelo Senado Federal e as exigências do art. 40 da LRF.

A competência para realizar operações de crédito é exclusiva do Chefe do Executivo, sujeitas à aprovação do Senado Federal, conforme art. 21 da Resolução nº 43 (21/12/2001), com as alterações decorrentes das Resoluções n. 3 (09/04/2002), 19/2003 e 67/2005.

A Resolução do Senado de n.43 (21/12/2001), dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, em atendimento ao disposto no art. 52, VII, da Constituição Federal.

*O art. 5º VI, da Resolução n. 43/2001, dispõe que é **VEDADO** aos Municípios:*

VI - em relação aos créditos decorrentes do direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de participação governamental obrigatória, nas modalidades de Royalties, participações especiais e compensações financeiras, no resultados da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental ou zona econômica exclusiva:

a) ceder direitos relativos ao período posterior ao do mandato do Chefe do Poder Executivo, exceto para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União;

b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação, cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do Chefe do Poder Executivo.

§ 1º Constatando-se infração ao disposto no caput, e enquanto não promovido o cancelamento ou amortização total do débito, as dívidas serão consideradas vencidas para efeito do cômputo dos limites dos arts. 6º e 7º e a entidade mutuária ficará impedida de realizar operações sujeita a esta Resolução.

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de Royalties será exclusiva para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.

§ 3º Nas operações a que se refere o inciso VI, serão observadas as normas e competências da Previdência Social relativas à formação de Fundos de Previdência Social.



Portanto, fazendo uma leitura inversa do artigo descrito, conclui-se que é permitido aos Municípios dar em garantia os recursos advindos de Royalties nas operações de crédito, desde que as obrigações contratuais não ultrapassem o mandato do Chefe do Poder Executivo e que sejam cumpridas as normas do art. 32 da LRF e os limites para o endividamento estabelecidos pelo Senado Federal e as exigências do art. 40 da LRF.

Com efeito, quando a operação de crédito foi por antecipação da receita, deve ser observado que qualquer receita proveniente da antecipação de Royalties será exclusivamente para a capitalização de Fundos de Previdência e para amortização de dívidas com a União.

(...)

O segundo questionamento, interligado ao primeiro, questiona qual o entendimento correto quanto a prestação de garantia através de recursos dos Royalties. Com efeito, resta prejudicado pela resposta acima.

A terceira pergunta refere-se a possibilidade da utilização dos recursos provenientes de Royalties para pagamento de serviços de mão-de-obra terceirizados.

(...) a receita proveniente de Royalties tem proibição expressa quanto a sua aplicação em despesas com pessoal permanente.

Assim, quando a mão de obra terceirizada caracterizar substituição de servidor, entende-se que não poderão ser utilizados os recursos dos Royalties; caso contrário, estaria caracterizada aplicação indireta dos recursos dos Royalties em despesas com pessoal permanente, o que é vedado pela lei. Em consequência, quando as despesas com contratação de serviços terceirizados não caracterizar substituição de servidores, poderão ser utilizados os recursos dos Royalties, ou seja, nesse caso não teríamos despesas, mesmo que indiretamente, com pessoal permanente.

(...)

O sexto questionamento interligado ao quinto, pergunta qual o entendimento correto quanto ao pagamento de despesas com pessoal de caráter indenizatório. Assim, podem ser pagos com outros recursos que não os provenientes dos Royalties de Petróleo e Derivados, observados os princípios de direito financeiro e da administração pública em geral.

A sétima questão pergunta se está correto o entendimento de que os recursos provenientes de Royalties possam ser utilizados para o pagamento de "restos a pagar".

Nos termos do art. 36 da Lei Federal 4.320/64, são considerados "restos a pagar as despesas empenhadas e não pagas até o final do exercício financeiro, constituindo-se na chamada **dívida** de curto prazo (**dívida** flutuante), registrada no Passivo Financeiro.

A existência de "restos a pagar" revela desequilíbrio entre receitas e despesas; tratam-se de despesas que não completaram o ciclo, faltando a liquidação e pagamento ou apenas o pagamento; ademais, o pagamento de "restos a pagar" é feito no exercício seguinte como despesas extra-orçamentárias.

(...)

Portanto, considerando que a natureza dos "restos a pagar" é de dívida e, levando em consideração que os recursos de Royalties não podem ser aplicados para pagamento dessas, exceto as da União e de suas entidades, entende-se estar vedada a aplicação dos recursos dos Royalties para pagamento de "Restos a Pagar".

(...)

O oitavo questionamento, em razão da resposta anterior, interroga qual o entendimento correto.

Com efeito, os "restos a pagar", por caracterizar dívida, podem ser pagos com recursos de outras fontes, que não os Royalties, e desde que observadas as normas de direito financeiro e os princípios gerais da administração pública.

Assim, **considerando** que o consulente é parte legítima para subscrever consultas a este Tribunal - vide art. 103, II e art. 104, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas (Resolução TC nº 06/2001);

considerando que a matéria enfocada na peça indagativa versa sobre matéria sujeita a exame e fiscalização desta Corte de Contas, nos termos do inciso XII da Constituição Estadual, invoco o art. 224 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, ratificando a percuente apreciação feita pela Consultoria Geral às fls. 04 a 20, pelo que submeto ao egrégio Plenário o seguinte **VOTO**:

6.1. Conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos e formalidades preconizados no Regimento Interno deste Tribunal;

6.2 Responder à Consulta nos seguintes termos:

6.2.1 Os recursos provenientes de Royalties de Petróleo e Derivados podem servir como concessão de garantia, em contratos de operação de crédito, desde que as obrigações contratuais respectivas não ultrapassem o mandato do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 5º, VI, "b", da Resolução do Senado Federal n. 43/2001;



6.2.2. As despesas com serviços de mão-de-obra terceirizados (quando caracterizada substituição de servidor) e aquelas classificadas como "restos a Pagar" não podem ser pagas com recursos provenientes dos Royalties de Petróleo e Derivados.

6.3 Remeter ao Consulente, nos termos do § 3º do art. 105 do Regimento Interno desta Corte de Contas, cópia do Parecer COG n. 599/02 e do Prejulgado n. 1246 (originário do Processo n. CON 02/07101272), relativo a despesas com pessoal de caráter indenizatório.

6.4 Dar ciência desta Decisão, do Relatório e Voto do Relator que a fundamentam, bem como do Parecer COG nº 402/06 ao Prefeito Municipal de São Francisco do Sul - **Sr. Odilon Ferreira de Oliveira**.

6.5 Determinar o arquivamento dos autos.

GCJCP, em 28 de Novembro de 2006.

JOSÉ CARLOS PACHECO

Conselheiro Relator

Por certo, a utilização da receita de royalties (recursos sujeitos a enorme gama de variáveis e, finitos, haja vista derivarem, no caso, de recursos naturais não renováveis) para cobrir gastos correntes (em regra, com pouca flexibilidade de manejo pelo administrador público), no caso, garantia do custeio de programas de duração continuada, vislumbra-se inadequada, pouco prudente e ilegal.

Estreme de dúvida, a modelagem de negócio proposta pelo SAAESMA encontra nos limites e condições de endividamento previstos pela Lei nº 7.990/1989 e Resolução n.º 43/2001, do Senado Federal, óbice intransponível em relação à utilização dos royalties do petróleo como garantia para a modalidade de financiamento adotada pela autarquia.

3.3.6.2.4 DO MODELO DE NEGÓCIO

O presente item se propõe a buscar descrever, sob a ótica singular deste Órgão Ministerial, o funcionamento do modelo de negócio criado pelo SAAESMA.

Conforme já demonstrado, no *project finance* a SPE não possui patrimônio próprio e suficiente para arcar com a realização do empreendimento. Por isso, serve-se de empréstimos junto a agentes superavitários que viabilizam a operação mediante retribuição consistente no pagamento de juros em



percentuais superiores aos oferecidos pelos investimentos tradicionais disponibilizados no mercado financeiro com o mesmo grau de risco.

No caso em tela, conquanto não se trate de *project finance*, o item 8.1 do contrato prevê que a SPE terá capital equivalente a apenas 1% do valor dos investimentos previstos na proposta econômica do licitante vencedor (fl. 236, vol. II):

8.1 O capital social da SPE a ser integralizado é de 1% do valor dos investimentos previstos na proposta econômica e sua distribuição está indicada no Anexo I deste Contrato, integralmente subscrito pela SPE [sic] quando de sua constituição.

O total dos ativos necessários à realização do empreendimento é composto pelo capital social da SPE – no percentual de 1% dos investimentos e integralizado pelo licitante vencedor da concorrência – acrescido dos recursos financeiros tomados em empréstimo pela SPE para a construção das obras.

Assim, verifica-se que 99% dos ativos do projeto provêm do financiamento obtido pela SPE, custeado com as tarifas de água e esgoto por meio do Valor Mensal de Locação (VML). O VML remunera diretamente o licitante e indiretamente os financiadores, haja vista que todo o valor é transferido para a SPE, consoante previsão dos itens 15.4 e 15.5 do contrato (fl. 245, vol. II):

15.5 O VALOR MENSAL DE LOCAÇÃO a ser pago será a integral remuneração da SPE pelos encargos assumidos.

15.5 O VML será pago automaticamente à SPE mediante transferência direta no Fundo garantidor a que se refere este contrato, ao final de cada período mensal da locação.

Isso evidencia que praticamente todas as despesas suportadas pela Sociedade de Propósitos Específicos serão custeadas, na realidade, com os recursos tomados em empréstimo, tendo em vista que o capital social a ser integralizado pelos sócios da SPE representa tão-somente 1% do valor do financiamento.



Assim, em última instância, o SAAESMA não estará financiando apenas a construção das obras, mas também todos os custos e responsabilidades patrimoniais assumidas pela Sociedade de Propósitos Específicos, nos quais se incluem a remuneração dos sócios da SPE e a remuneração do capital emprestado dos financiadores.

Em outros termos, o SAAESMA estará custeando toda a infraestrutura de um lucrativo negócio para o licitante vencedor e para os financiadores do empreendimento e assumindo sozinho, indiretamente, todos os riscos do projeto.

Exemplificativamente, o quadro a seguir sintetiza o extenso rol das responsabilidades patrimoniais atribuídas pelo contrato à Sociedade de Propósitos Específicos, mas que, por certo, serão custeadas pelo SAAESMA:

Item	Descrição	Fl.
13.1.a	Assumir integral responsabilidade pelos riscos inerentes à execução objeto do CONTRATO;	239
13.1.c	Responsabilizar-se integralmente e diretamente pelos trabalhos mencionados em quaisquer documentos que integram o presente CONTRATO e cumprir e fazer cumprir as normas e as cláusulas contratuais, respondendo por todos os prejuízos causados ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO ou a terceiros;	240
13.1.d	Responsabilizar-se integral e diretamente pelas OBRAS e/ou serviços contratados pela SPE para consecução das OBRAS, nos termos dos documentos que integram o presente termo de contrato, nos termos da legislação vigente;	240
13.1.h	Responsabilizar-se pela solidez e segurança das OBRAS durante todo o período contratual, tal como estabelecido no PROJETO EXECUTIVO aprovado pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO e demais documentos que integram esse termo;	240
13.1.i	Responsabilizar-se pelo desempenho do SISTEMA, integralmente na ETAPA1; e, na ETAPA 2, com ressalva dos atos de responsabilidade da Contratante, ou do titular da operação durante desta Etapa;	240
13.1.n	Sem quaisquer ônus para o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, desfazer as OBRAS que forem executadas em desacordo com o projeto aprovado e reconstruí-las, segundo os mesmos projetos;	241
13.1.o	Responsabilizar-se pelos danos que causar ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO ou a terceiros por si, seus prepostos, isentando o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO de quaisquer ônus, inclusive de qualquer infração quanto ao direito de uso de materiais ou processos de construção, protegidos por marcas e patentes;	241
13.1.v	Responsabilizar-se integralmente, pelos danos causados ao meio	241



	ambiente e a terceiros em decorrência das OBRAS;	
13.1.w	Arcar com todos os custos relacionados a estudos e licenciamento sob a sua responsabilidade, bem como com os custos relacionados com a implementação das providências e investimentos necessários para atender às exigências dos órgãos e entidades públicas e privadas competentes, tais como: pagamento pela análise de projetos para liberação da execução das obras, pagamento de taxas à concessionárias ou Prefeituras para acompanhamento da execução das obras, pagamento de cauções exigidas pelas Prefeituras/Concessionárias, pagamento de aluguel pela utilização de faixas de domínio de concessionárias;	242
13.21	A SPE, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária deverá proceder às anotações e registros pertinentes a todos os empregados que atuarem nas obras/serviços nos moldes estabelecidos nesta cláusula 13, assumindo exclusivamente todas as obrigações advindas de eventuais demandas judiciais ajuizadas em qualquer juízo que versarem sobre pleitos trabalhistas e/ou previdenciários propostos por empregados ou terceiros que alegarem vínculo com a SPE.	244
13.21.a	A SPE obriga-se a reembolsar o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO de todas as despesas incorridas, advindas de eventual reconhecimento judicial de solidariedade ou subsidiariedade dos SERVIÇOS AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, no cumprimento das obrigações trabalhistas e/ou previdenciárias da SPE, de suas eventuais contratadas ou terceirizadas, na forma do Enunciado 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho.	244
20.1	A fiscalização das OBRAS será exercida pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, o que não exonera nem diminui a completa responsabilidade da SPE, por qualquer inobservância ou omissão às Cláusulas contratuais.	248
20.5.c	A SPE tomará todas as medidas necessárias, sob sua responsabilidade e às suas expensas, para garantir a proteção, preservação e manutenção das estruturas e instalações existentes; a SPE será responsável pelo fornecimento e manutenção também às suas expensas, de todo o equipamento de iluminação, proteção, vedação e segurança que se revele necessário para a correta execução das OBRAS ou que possa ser razoavelmente exigido pela FISCALIZAÇÃO;	249
20.7.a	A SPE tomará, à sua responsabilidade e à sua custa, todas as precauções exigidas pela boa prática de construção e, atendendo às circunstâncias predominantes, fará o necessário para salvaguardar as propriedades adjacentes e evitar causar nas mesmas prejuízos de qualquer natureza.	250
20.7.b	A SPE deverá suportar e realizar quaisquer medidas que sejam exigidas para proteção ou reforço de estradas, pistas ou pontes, a reparação de qualquer dano causado em estradas, pistas ou pontes pelo transporte de materiais, elementos de construção ou equipamentos.	250
20.12.a	A SPE executará sob sua responsabilidade todas as obras provisórias necessárias à execução do SISTEMA.	251
21.4	A FISCALIZAÇÃO dos SERVIÇOS não exime nem diminui a completa responsabilidade da SPE, por qualquer inobservância ou omissão às cláusulas contratuais inclusive quanto à adequação das suas OBRAS e das instalações, à correção e legalidade de seus registros contábeis e de suas operações.	255
22.2.ii.c	Os custos decorrentes da PRÉ-OPERAÇÃO serão inteiramente	256



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

3ª Procuradoria Especial de Contas
Gabinete do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira

TC-5617/2012
Fl. 1012

	suportados pela SPE.	
22.3.a	A SPE será responsável pela reparação de qualquer defeito ou dano em qualquer parte das OBRAS, equipamentos e instalações que possa surgir ou ocorrer durante a PRÉ-OPERAÇÃO, devendo por sua conta e tão rapidamente quanto possível, proceder a reparação do referido defeito ou dano.	256
26.4	Todo o conjunto de desenvolvimento, formulação, instrumentação, implantação, custas e despesas da estrutura da GARANTIA DE PAGAMENTO DO VML correrá a expensas da SPE, incluídas (mas não se limitando) a contratação de banca de advogados especializados na matéria.	465
27.2.d	A SPE reconhece por este instrumento que é a única e exclusiva responsável por danos ou prejuízos que vier a causar ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, coisa, propriedade ou pessoa de terceiros, em decorrência de execução das OBRAS e serviços, ou danos advindos de qualquer comportamento de seus empregados em serviços, objeto deste contrato, correndo às suas expensas, sem quaisquer ônus para ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, ressarcimento ou indenizações que tais danos ou prejuízos possam causar.	262
27.9	Os custos do seguro, bem como as eventuais franquias constantes da respectiva apólice correrão por conta da SPE	263
27.13	Todas as despesas com sinistros correrão por conta da SPE, inclusive a guarda dos IMÓVEIS e/ou dos bens móveis, até que seja providenciado o reparo dos IMÓVEIS e/ou dos bens móveis.	264
27.14	Na ocorrência de sinistro em que os prejuízos apurados forem superiores aos limites de importância segurada estipulada na apólice (já deduzida a franquia), a diferença entre o total desses prejuízos (inclusive os custos de regulação desses processos) e o limite de indenização apurado pela seguradora, será debitada integralmente à SPE, por meio de Nota de Lançamento contábil.	264
28.1	A SPE reconhece por este instrumento que é a única e exclusiva responsável por danos ou prejuízos que vier a causar ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, coisa, propriedade ou pessoa de terceiros, em decorrência de execução das OBRAS ou danos advindos de qualquer comportamento de seus empregados em serviço quando da execução das OBRAS correndo às suas expensas, sem quaisquer ônus para o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, ressarcimento ou indenizações que tais danos ou prejuízos possam causar.	264
28.2	A SPE responderá, nos termos da legislação aplicável, por quaisquer prejuízos causados a terceiros, por si ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pelo CONTRATO, sem prejuízo de eventuais direitos que possa exercer perante terceiros, não sendo assumida pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO qualquer espécie de responsabilidade dessa natureza.	264
28.3	A SPE responderá também pela reparação ou indenização de todos e quaisquer danos causados em redes de água, esgotos, eletricidade, gás, telecomunicações e respectivos equipamentos e em quaisquer outros bens de terceiros, em resultado da execução das OBRAS de sua responsabilidade nos termos do CONTRATO, sem prejuízo de eventuais direitos que possa exercer perante terceiros.	264



Todas essas responsabilidades atribuídas pelo contrato à SPE serão, em última instância, custeadas pelo SAAESMA através do pagamento do Valor Mensal de Locação (VML), inclusive a eventual contratação de banca de advogados especializados na matéria, constituída para defender os interesses da SPE em face da própria autarquia.

Portanto, o SAAESMA arcará, em realidade, sozinho com todos os riscos e responsabilidades do projeto, servindo apenas de fonte de remuneração para os financiadores e para os sócios da SPE, paga por meio do Valor Mensal de Locação (VML) e garantida por um completo sistema de garantias (*full recourse*) que inclui, dentre outros, os *royalties* resultantes da exploração de petróleo e gás natural e a participação solidária do Município de São Mateus.

A seguir, destacam-se alguns instrumentos da garantia *full recourse* relacionados ao pagamento do VML, previstos no contrato:

Item	Descrição	Fl.
2.5	ARRECADAÇÃO TARIFÁRIA VINCULADA: parcela da ARRECADAÇÃO TARIFÁRIA mensal destinadas à garantia do cumprimento de obrigações do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO no contrato, a ser depositada no BANCO DESIGNADO.	228
2.23	GARANTIA DE PAGAMENTO DO VML: conjunto de instrumentos jurídicos a ser formalizado entre o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, a Contratada e o BANCO DEPOSITÁRIO, com o intuito de garantir à Contratada o pagamento do VALOR MENSAL DE LOCAÇÃO que lhe for devido durante a vigência do CONTRATO.	230
2.41	SUBVENÇÃO: é um fomento sob a forma de apoio monetário, concedida pela Prefeitura Municipal ao SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO para uma destinação determinada e com previsão em lei municipal.	232
11.1	O [ÓRGÃO LICITANTE], sem prejuízo de outras obrigações estabelecidas neste CONTRATO e seus anexos ou na legislação aplicável, obriga-se a: a) Efetuar, nos prazos e formas estabelecidos neste CONTRATO, os aportes no fundo garantidor do pagamento da remuneração da SPE, de modo a manter, ao longo do período contratual, a integralidade da garantia estipulada em favor da SPE, conforme cláusula 26;	238
12.1.g	O município de São Mateus, através do Serviço Autônomo de Água e Esgoto, a fim de garantir a eficácia do presente instrumento, obriga-se a: g) responsabilizar-se pelo pagamento dos impostos que incidam sobre os imóveis que constituem o SISTEMA, se for o caso, e ser	239



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

3ª Procuradoria Especial de Contas
Gabinete do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira

TC-5617/2012
Fl. 1014

	participante na capitalização do Fundo Garantidor de Pagamentos do VML através da concessão de subsídios.	
15.5	O VML será pago automaticamente à SPE mediante transferência direta no Fundo garantidor a que se refere este contrato, ao final de cada período mensal da locação.	245
15.7	Os pagamentos devidos pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO à SPE serão garantidos nos termos da Cláusula 26 deste CONTRATO.	245
15.8	Havendo extrapolação no prazo de pagamento, o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO responderá pelo pagamento da devida correção monetária, calculada com base no IPC-A/FIPE <i>pro rata die</i> .	245
15.9	Além da correção monetária a que se refere o item anterior, o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO sujeitar-se-á ao pagamento de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, calculados <i>pro rata die</i> , e ainda, à aplicação de multa contratual de 2% (dois por cento) do valor em atraso, que corresponderá ao montante corrigido e acrescido dos juros de mora.	245
16.2	O VML terá seu reajuste calculado, pelo menor índice inflacionário, calculado pelo IBGE, ou outro órgão que venha a substituí-lo, tendo por base o mês da apresentação da proposta de preço, levando em conta os percentuais mensais de variação de índice de preços, nos 12 meses anteriores.	246
17.2	O reajustamento do VML será anual por apostilamento, e terá como base o disposto na Cláusula 16.	246
24.3	Em caso de extinção da LOCAÇÃO, a SPE terá direito na ausência de dolo ou culpa, a indenização correspondente ao número de parcelas de VML remanescentes, trazidas a valor presente pela mesma taxa de desconto equivalente à Taxa Interna de Retorno apresentada na proposta econômica.	258
24.4	A indenização a que se refere o item anterior ocorrerá em momento anterior à extinção da LOCAÇÃO e constitui condição para esta.	258
26.1	Como garantia do pagamento do Valor Mensal de Locação devido pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto para a SPE, o Serviço Autônomo de Água e Esgoto vinculará e cederá a ARREDACAÇÃO VINCULADA através de INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ARRECADADORA, a qual, obrigatoriamente, será eleita entre os bancos considerados de primeira linha no mercado, constituindo-se um fundo garantidor da LOCAÇÃO DE ATIVOS contratada.	259
26.2	O Serviço Autônomo de Água e Esgoto e a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS – ES obrigam-se a constituir o fundo garantidor do contrato em até 60 (sessenta dias) da data de vigência do contrato e a alimentá-lo mensalmente desde a sua instituição, à razão de uma vez e um terço do VML, mediante o depósito da ARRECADADAÇÃO VINCULADA e de SUBVENÇÃO, no caso de insuficiência destes, complementada com mecanismo que garanta aporte financeiro suficiente.	260
26.3	O fundo, a ser criado e regulamentado por lei municipal, ora referido observará as seguintes metas: (i) Deverá ter, quando da conclusão da ETAPA 1, montante equivalente a, pelo menos, 06 (seis) meses de pagamento do VML que poderá ser representado pelo penhor de crédito incidente sobre o recebimento futuro de ROYALTIES de	260



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

3ª Procuradoria Especial de Contas
Gabinete do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira

TC-5617/2012
Fl. 1015

	petróleo.	
26.2 [sic]	Concluída a ETAPA 1, o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO depositará no fundo referido nesta cláusula, na mesma data de pagamento VML, e no mesmo valor, as parcelas necessárias ao pagamento da SPE, independentemente da provisão mínima de 06 (seis) vezes o VML devido representado pelo penhor de crédito de ROYALTIES a que se refere o item 26.3, inciso (i).	260
26.3	Entender-se-á como: b) GARANTIA DE PAGAMENTO DO VML: (ii) a vinculação, pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, através de garantia real pignoratícia, em favor da SPE, de parcela da ARRECADAÇÃO VINCULADA e da complementação por SUBVENÇÃO oriundos de ROYALTIES de petróleo, através do BANCO DEPOSITÁRIO; (iii) a transferência, em favor da SPE, do pagamento do VML, através do BANCO DEPOSITÁRIO; c) BANCO DEPOSITÁRIO: INSTITUIÇÃO FINANCEIRA que efetuará os pagamentos e assumirá o dever de administrar a GARANTIA DE PAGAMENTO DO VML; d) ARRECADAÇÃO VINCULADA: parcela da ARRECADAÇÃO mensal oriunda dos recursos de recebimentos de CONTAS DE ÁGUA, através do BANCO DEPOSITÁRIO, apta a garantir os pagamentos em favor da SPE, conforme estabelecido no contrato. c1) a ARRECADAÇÃO VINCUALDA está afetada ao cumprimento do CONTRATO, não se sujeitando aos demais compromissos do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, qualquer que seja, vedado à esta dar-lhe outra destinação ou mesmo sacar o valor depositado em garantia, sob pena de rescisão do contrato e vencimento antecipado de todas as parcelas do VML. c2) No caso da ARREDACAÇÃO VINCULADA não se mostrar suficiente para cobrir a garantia ora exigida, o SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO e a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS – ES obrigam-se a complementar o montante faltante, seja mediante o aporte de recursos próprios originários de ROYALTIES de petróleo, seja por outra modalidade de garantia. Nesta hipótese, o complemento prestado pelos SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO e pela PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS – ES estarão, igualmente, afetados ao cumprimento do CONTRATO, sujeitando-se ao regime dedicado à ARRECADAÇÃO VINCULADA.	260/261
26.6	O conjunto de instrumentos jurídicos necessários à formalização da GARANTIA DE PAGAMENTO DO VML será desenvolvido após a formalização do CONTRATO. a) Estes instrumentos devem contemplar, pelo menos, as seguintes diretrizes: (i) o pagamento do VML à SPE será realizado mediante operação bancária realizada diretamente do fundo garantidor para a SPE do VML devido, sem a necessidade de autorização ou manifestação de qualquer natureza do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA	261



	<p>E ESGOTO;</p> <p>(ii) fornecimento de extrato mensal à SPE, informando o depósito da garantia e a posição do montante existente ao fim de cada mês;</p> <p>(iii) vencimento antecipado de todas as parcelas contratuais, com a conseqüente possibilidade de saque/transferência direta do fundo para a SPE, no caso de inadimplemento de 03 (três) parcelas VML consecutivos ou 05 (cinco) alternadas pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO;</p> <p>(iv) impossibilidade de saque do valor depositado em garantia pelo SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, em qualquer hipótese, salvo findo o contrato ou com a anuência da SPE;</p> <p>(iv)[sic] dever de informação imediata às PARTES acerca de eventual constrição da garantia</p>	
33.1	<p>O SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO dará causa à rescisão deste ajuste nas hipóteses da legislação de regência, pelo descumprimento das cláusulas deste contrato e nas seguintes situações:</p> <p>(i) descumprimento do dever de instituição da garantia;</p> <p>(ii) descumprimento das metas atribuídas à garantia, na forma da cláusula 26.3.</p>	266
33.2	<p>Caso o inadimplemento das obrigações contratuais por parte do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO ocorra ao longo da ETAPA 1, este arcará com:</p> <p>(i) ressarcimento integral, a valores atualizados, de todo o investimento realizado pela SPE até a data da mora, inclusive das despesas financeiras já realizadas e penalidades eventualmente impostas pelos contratos bancários firmados em confiança na execução deste contrato;</p> <p>(ii) lucros cessantes, desde já considerados como a metade do valor presente do VML de todo o período da locação, descontada a taxa anualizada equivalente ao índice utilizado para o reajustamento de que trata a cláusula 16 deste instrumento.</p> <p>(iii) perdas e danos suplementares, se comprovados.</p>	266/267

Considerando o isolamento bidirecional dos riscos promovido pela Sociedade de Propósitos Específicos, seus sócios não serão alcançados por eventuais insuficiências financeiras da SPE.

O esquema a seguir sequencia o *modus operandi* do modelo de negócio:

- 1) O SAAESMA promove licitação tendo por objeto a locação de ativos, incluindo a obtenção, por parte do licitante vencedor, do financiamento necessário à construção das obras;



- 2) Com o intuito de justificar a terceirização do financiamento, o negócio é modelado para aparentemente se tratar de *project finance*, conquanto se faça uso, na realidade, de modalidade tradicional de financiamento, também chamada de *corporate finance*, tendo em vista que contempla garantia adicional ao fluxo de caixa e integral em relação ao empréstimo;
- 3) O SAAESMA apresenta um instrumento contratual repleto de vícios redacionais e semânticos que dificultam sua exata compreensão, com traços característicos de contrato de adesão elaborado por terceiros, contendo cláusulas que privilegiam os interesses do licitante vencedor e que se mostram extremamente danosas ao erário municipal, nas quais se destacam os seguintes pontos:
- a) Excesso de instrumentos de garantia do adimplemento do pagamento do Valor Mensal de Locação (VML) para um negócio que deveria ser autossustentável, que incluem a responsabilidade integral do Município de São Mateus em aportar recursos provenientes dos *royalties* do petróleo já no primeiro ano de operação (2014), em que contribuirá com subvenção de aproximadamente 40% do VML anual (itens 26.1 a 26.4, Ata de Julgamento das Propostas, fls. 260, 261, vol. II e fl. 537, vol. III);
- b) Previsão de que, em benefício do licitante vencedor, o **silêncio** por parte do SAAESMA substitui a expedição de ato administrativo formal, no caso, o termo aceitação provisória das obras (itens 2.43, fl.232 e 5.8.1, fl. 235);
- c) Previsão de que o inadimplemento por parte da Administração Pública de três parcelas consecutivas ou cinco alternadas do VML acarretará o vencimento antecipado de **todas** as parcelas contratuais;



- d) Deslocamento do local destinado à solução de controvérsias do Município de São Mateus para o Município de São Paulo, por meio da utilização compulsória do juízo arbitral a ser instaurado, necessariamente, na Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (CIESP).
- 4) O licitante vencedor do certame constitui uma Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) com capital equivalente a apenas 1% do valor do valor necessário à construção do empreendimento;
- 5) Constituída, a SPE obtém com terceiros o empréstimo do valor restante necessário à construção do empreendimento (100 vezes maior que o capital social da SPE);
- 6) O SAAESMA se compromete a quitar, em 30 anos, mediante pagamento do VML, o empréstimo tomado pela SPE, no qual está incluída a remuneração dos sócios da SPE e dos financiadores;
- 7) As obrigações patrimoniais contratuais são repartidas entre o SAAESMA e a SPE;
- 8) Todas as obrigações patrimoniais da SPE são suportadas pelos seus ativos, os quais são formados pelo capital social integralizado pelos seus sócios (1%) e pelo empréstimo tomado com financiadores (99%), a ser pago com juros remuneratórios pelo SAAESMA;
- 9) O licitante vencedor, sócio da SPE, e os financiadores do projeto recebem suas remunerações mensais por meio do VML praticamente sem risco de inadimplência em razão da garantia *full recourse* vigente durante todo o tempo de duração do contrato, mesmo caso ele se torne autossustentável.



10) O SAAESMA e Município de São Mateus respondem diretamente pelas responsabilidades patrimoniais que lhes dizem respeito e, ainda, indiretamente pelas responsabilidades patrimoniais da SPE.

Desse modo, conclui-se que o SAAESMA elaborou um modelo de negócio no qual suporta em conjunto com o Município de São Mateus praticamente todas as responsabilidades patrimoniais existentes. Mesmo sem considerar as prerrogativas indisponíveis da Administração Pública aplicáveis aos contratos por ela celebrados, esse fato rompe uma característica basilar dos contratos: o caráter comutativo do pacto, já que as obrigações não são distribuídas igualmente entre as partes,

Enquanto em um contrato de realização de obra, regido pela Lei n.º 8.666/1993, a empresa construtora, vencedora da licitação, retira recursos do seu patrimônio para oferecer as garantias necessárias à cobertura dos riscos do empreendimento que naturalmente suportará, o mesmo não ocorre na locação de ativos, uma vez que a SPE se utiliza das garantias fornecidas pela própria Administração Pública para realizar a obra. Há uma transferência total dos riscos patrimoniais do construtor para o Poder Público, descaracterizando não só o *project finance*, mas inclusive o modelo tradicional de financiamento (*corporate finance*).

Se por algum motivo o empreendimento não for bem sucedido, a Sociedade de Propósitos Específicos será dissolvida sem que o patrimônio dos seus sócios seja afetado, ficando a Administração Pública responsável por todas as obrigações remanescentes do empreendimento perante os credores da SPE.

Nesse modelo de contrato, os sócios da SPE auferem apenas os bônus do empreendimento, enquanto a Administração Pública arca de forma diferida (financiada) com todos os ônus do projeto.

Desse modo, a falência da SPE pode acarretar a ruína do erário municipal.



3.3.6.3 DA CONCLUSÃO QUANTO À ANÁLISE DA LEGALIDADE DO MODELO DE NEGÓCIO

Pelas razões apresentadas, o modelo de negócio denominado “locação de ativos precedida da concessão de direito real de uso”, na forma como modelado pelo SAAESMA no instrumento contratual que integra a Concorrência n.º 002/2011, e que serviu de objeto para este Estudo de Caso Especial, **não encontra amparo legal nos princípios e regras do direito público brasileiro que disciplinam a participação da Administração Pública em negócios regidos predominante por normas de direito privado**, haja vista tratar-se de:

- I. Contrato atípico, assim considerado aquele formado predominantemente por normas de direito privado, que não possui previsão legal expressa no ordenamento pátrio, violando os princípios da legalidade administrativa, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência insculpidos na cabeça do art. 37 da Constituição Federal²⁷, por oferecer restrições desproporcionais aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público em benefício de interesses privados, além de importar a realização de despesa antieconômica²⁸;
- II. Contrato de locação que dissimula a realização de obra, uma vez que estabelece a transferência gratuita e automática da propriedade dos bens “locados” por ocasião do advento do termo contratual, desvirtuando, assim, os institutos da locação e da doação, por representar verdadeira obrigação e não liberalidade,

²⁷ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

²⁸ **Art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.



além de impor à Administração Pública a aquisição de bens desgastados por 30 anos de uso – caso ainda existentes, em face da natural obsolescência –, ferindo o princípio da eficiência retromencionado;

- III. Contrato que inclui no objeto a obtenção do financiamento por parte do licitante vencedor, em nítida afronta ao preceito contido no § 3º do art. 7º da Lei n.º 8.666/1993²⁹, que veda essa prática;
- IV. Contrato que representa burla às regras que estabelecem limites de endividamento para a Administração Pública, notadamente aos objetivos delineados pelo § 1º do art. 1º, art. 32 e art. 40 da Lei Complementar n.º 101/2000³⁰, bem como ao inciso II do art. 3º

²⁹ **Art. 7º.** As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

[...]

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

³⁰ **Art. 1º** Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

[...]

Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

§ 1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:

I - existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

II - inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

III - observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal;

IV - autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

V - atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição;

VI - observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

§ 2º As operações relativas à dívida mobiliária federal autorizadas, no texto da lei orçamentária ou de créditos adicionais, serão objeto de processo simplificado que atenda às suas especificidades.

§ 3º Para fins do disposto no inciso V do § 1º, considerar-se-á, em cada exercício financeiro, o total dos recursos de operações de crédito nele ingressados e o das despesas de capital executadas, observado o seguinte:

I - não serão computadas nas despesas de capital as realizadas sob a forma de empréstimo ou financiamento a contribuinte, com o intuito de promover incentivo fiscal, tendo por base tributo de competência do ente da Federação, se resultar a diminuição, direta ou indireta, do ônus deste;

II - se o empréstimo ou financiamento a que se refere o inciso I for concedido por instituição financeira controlada pelo ente da Federação, o valor da operação será deduzido das despesas de capital;

III - (VETADO)



da Resolução n.º 40/2001 do Senado Federal³¹, que estipula limites em função da Receita Corrente Líquida (RCL)³²;

V. Contrato que viola a alínea “b” do inciso VI do art. 5º da Resolução n.º 43/2001 do Senado Federal³³, ao utilizar recursos

§ 4o Sem prejuízo das atribuições próprias do Senado Federal e do Banco Central do Brasil, o Ministério da Fazenda efetuará o registro eletrônico centralizado e atualizado das dívidas públicas interna e externa, garantido o acesso público às informações, que incluirão:

I - encargos e condições de contratação;

II - saldos atualizados e limites relativos às dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e concessão de garantias.

§ 5o Os contratos de operação de crédito externo não conterão cláusula que importe na compensação automática de débitos e créditos.

[...]

Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

§ 1o A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas, observado o seguinte:

I - não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente;

II - a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida.

§ 2o No caso de operação de crédito junto a organismo financeiro internacional, ou a instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além do disposto no § 1o, as exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias.

§ 3o (VETADO)

§ 4o (VETADO)

§ 5o É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal.

§ 6o É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos.

§ 7o O disposto no § 6o não se aplica à concessão de garantia por:

I - empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições;

II - instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei.

§ 8o Excetua-se do disposto neste artigo a garantia prestada:

I - por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente;

II - pela União, na forma de lei federal, a empresas de natureza financeira por ela controladas, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.

§ 9o Quando honrarem dívida de outro ente, em razão de garantia prestada, a União e os Estados poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento.

§ 10. O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida.

³¹ **Art. 3º** A dívida consolidada líquida dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação desta resolução, não poderá exceder, respectivamente, a: [...]

II – no caso dos Municípios: a 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida, definida na forma do art. 2º.

Parágrafo único. Após o prazo a que se refere o caput, a inobservância dos limites estabelecidos em seus incisos I e II sujeitará os entes da Federação às disposições do art. 31 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

³² A título de informação, registre que a Receita Corrente Líquida (RCL) do Município de São Mateus no exercício financeiro de 2011 foi calculada pelo Relatório Técnico Contábil RTC-405/2012, constante à fl. 1180 da Prestação de Contas Anual TC-2245/2012, no valor de R\$ 199.004.374,90. Portanto, somente a dívida a ser contraída em razão da locação de ativos, no valor de aproximadamente R\$ 590.000.000,00, supera em muito o limite de 1,2 vezes a RCL para aquele período.

³³ **Art. 5º** É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

VI - em relação aos créditos decorrentes do direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de participação governamental obrigatória, nas modalidades de royalties, participações especiais e compensações



provenientes dos royalties para concessão de garantia por período superior ao mandato do chefe de Poder Executivo;

- VI. Contrato que inclui entre os ativos onerosamente locados à Administração Pública, imóveis gratuitamente concedidos pelo Poder Público à empresa locadora;
- VII. Contrato que não justifica a concessão de direito real de uso das áreas para a construção das obras;

3.4 **OBTER DICTUM**³⁴

De início, cumpre pontuar que a empresa líder do consórcio vencedor da Concorrência n.º 002/2011 do SAAESMA, Amafi Comercial e Construtora Ltda., possui sua sede no Estado de São Paulo e integra um grande grupo econômico que atua na área de engenharia e construções, conforme se infere a partir de informações colhidas do preâmbulo do parecer elaborado pelo advogado Floriano de Azevedo Marques Neto (fl. 640, vol. III) e das reportagens publicadas nos sítios eletrônicos da Agência Pará de Notícias³⁵ e no Portal do Governo do Estado a Paraíba³⁶, as quais podem ser acessadas na rede mundial de computadores (internet) a partir dos links reproduzidos nas notas de rodapés abaixo referidas.

financeiras, no resultado da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental ou zona econômica exclusiva: [...]

b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação, cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do chefe do Poder Executivo.

§ 1º Constatando-se infração ao disposto no caput, e enquanto não promovido o cancelamento ou amortização total do débito, as dívidas serão consideradas vencidas para efeito do cômputo dos limites dos arts. 6º e 7º e a entidade mutuária ficará impedida de realizar operação sujeita a esta Resolução.

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de royalties será exclusiva para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.

³⁴ Expressão em latim usada para acrescentar à linha argumentativa elementos que possuem pertinência temática com o objeto da análise, mas que não desempenham papel preponderante na formação do juízo de valor.

³⁵ Disponível em: <http://agenciapara.com.br/noticia.asp?id_ver=79323>. Acesso em: 03.fev.2013.

³⁶ Disponível em: <<http://www.paraiba.pb.gov.br/17973/investidores-ingleses-acreditam-no-governo-e-investem-na-paraiba.html>>. Acesso em: 03.fev. 2013.



Tal circunstância, aliada ao vulto do empreendimento – estimado em mais de meio bilhão de reais – pode justificar o interesse incomum demonstrado neste Estudo de Caso, bem como a contratação de renomados juristas nacionais para defender, legitimamente, os interesses econômicos do consórcio vencedor.

3.4.1 INDICATIVOS QUE SINALIZAM PELA NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA COGNIÇÃO CONCERNENTES À CONCORRÊNCIA Nº 002/2011 DO SAAESMA

Dentre tantas inconsistências presentes nos documentos que instruem este estudo de caso, algumas peças, em particular, chamaram a atenção deste *Parquet* de Contas.

Saliente-se que este Órgão Ministerial ainda não teve acesso à íntegra do procedimento licitatório, não incluídos nestes autos por opção da área técnica deste Tribunal (fl. 632, vol. III). Ademais, a análise exaustiva dos possíveis vícios pertinentes ao caso concreto será realizada no processo próprio e no momento oportuno.

Todavia, tendo em vista a pertinência temática de indicativos a demandarem um maior aprofundamento da cognição do modelo de negócio proposto pelo SAAESMA, cumpre a este Órgão Ministerial não se furtar a uma breve abordagem das tipologias vislumbradas no corpo deste procedimento.

Esclareça-se, por fim, que se trata de indicativos a merecerem maiores esclarecimentos, suficientes apenas para autorizar a deflagração de procedimento fiscalizatório por parte deste Órgão de Controle Externo, desde que não tenham sido objeto de fiscalização anterior.



3.4.1.1 DA ELABORAÇÃO DO MODELO DE NEGÓCIO

O item 2.13 da minuta do contrato apresenta uma definição para o contrato de locação (fl. 229):

2.13 CONTRATO DE LOCAÇÃO – contrato de locação de IMÓVEIS precedido de execução de obra e de concessão de direito real de uso das áreas respectivas. **O CONTRATO DE LOCAÇÃO é classificado como contrato de direito privado da Administração.** (grifo nosso)

A redação peculiar desse dispositivo destaca ponto desfavorável ao interesse público, ao acentuar que o pacto a ser firmado pelo SAAESMA “é classificado como contrato de direito privado da Administração”.

De fato, ao longo de todo o texto do contrato, verifica-se que algumas cláusulas contendo condições pouco favoráveis para a Administração Pública do Município de São Mateus são postas em destaque, fato que lança dúvidas sobre as intenções do autor intelectual do documento.

Como exemplo, pinça-se a Cláusula 34 que condiciona a solução dos conflitos à arbitragem, a ser realizada fora do Estado do Espírito Santo (fls. 267 e 268, vol. II):

CLÁUSULA 34 – ARBITRAGEM

34.1 Se quaisquer disputas, conflitos ou discrepâncias de qualquer natureza (doravante referidos conjuntamente como “Conflito”) surgirem entre as PARTES, estas deverão utilizar seus melhores esforços para solucionar o Conflito. Para tal objetivo, qualquer uma das PARTES deverá notificar a outra de sua intenção de iniciar o procedimento ora descrito. Para tanto, as PARTES deverão se reunir para tentar solucionar o Conflito por meio de discussões amigáveis e de boa-fé (“Notificação de Conflito”)

34.2 No caso de as PARTES falharem em chegar a um consenso, nos termos do *caput*, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da entrega da Notificação de Conflito de uma Parte à outra, o Conflito será submetido à Arbitragem, como descrito abaixo.

34.3 **A Arbitragem será conduzida perante e de acordo com as regras da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, instituída pelo Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (a “CIESPE”).** A arbitragem será conduzida por um único árbitro, conforme abaixo especificado:



- a) A PARTE interessada notificará as outras PARTES e o Presidente da CIESP, por escrito, de sua decisão de submeter a divergência à arbitragem, informando, desde já, o objeto da divergência.
- b) **O Presidente da CIESP nomeará o árbitro que decidirá a controvérsia**, de acordo com as regras e procedimentos da CIESP.
- c) **O procedimento arbitral terá lugar no Município de São Paulo, Estado de São Paulo, e será conduzido na língua portuguesa.**
- d) A sentença arbitral será proferida por escrito, indicará suas razões e fundamentos, e será ao final, vinculante e exequível contra as PARTES de acordo com seus termos.
- e) A sentença arbitral será tida como solução do Conflito, devendo as PARTES aceitar tal sentença arbitral como a verdadeira expressão de suas vontades em relação ao Conflito.
- f) As PARTES suportarão em iguais proporções os honorários do árbitro e demais custos de arbitragem cobrados pela CIESP, salvo se o laudo arbitral decidir integralmente em favor de uma das PARTES, caso em que o árbitro condenará as PARTES vencidas ao pagamento de seus honorários, demais custos de arbitragem cobrados pela CIESP, e ainda ao reembolso de honorários advocatícios razoáveis incorridos pela PARTE vencedora, conforme valores estipulados no aludo arbitral. As demais despesas eventualmente incorridas pelas PARTES, inclusive, mas não limitando a despesas com viagens, transporte e cópias reprográficas, não serão objeto de qualquer tipo de reembolso ou indenização, independentemente do resultado da arbitragem.

34.4 As PARTES elegem o Foro da Comarca de São Mateus – ES, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja, para, se necessário, e **apenas e tão somente com a finalidade de garantir a completa realização do procedimento arbitral**, nos termos da presente Cláusula 33³⁷ e a execução da sentença arbitral.

34.5 Se algum direito objeto do presente CONTRATO for considerado como direito indisponível e, portanto, não passível de arbitragem, fica eleito o Foro da Comarca de **[nome]** [sic], Estado de **[nome]** [sic], para dirimir os conflitos dele decorrentes. (grifo nosso)

Ainda, são desconhecidas as razões que fizeram o SAAESMA preterir a competência do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, condicionando a solução de eventuais litígios à utilização compulsória da Câmara de Conciliação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP).

³⁷ Na realidade, a cláusula que contém o dispositivo em comento é a de n.º 34 e não 33. O equívoco pode ter ocorrido por erro de digitação ou por falha na transcrição do dispositivo de outro instrumento contratual que lhe serviu de modelo.



Outro ponto a ressaltar trata-se da menção ao idioma português na Cláusula 34.3, c, do contrato (fl. 267, vol. II; reproduzido na página anterior). Nota-se que a mesma referência também aparece no item 7.6 do edital de abertura da licitação (fl. 203, vol. I):

7.6 IDIOMA DA LICITAÇÃO:

Toda a documentação apresentada à Licitação deverá ser redigida em português, idioma oficial da CONCORRÊNCIA. Documentos originalmente emitidos em outros idiomas deverão estar acompanhados de tradução ao português preparada por tradutor juramentado, e quando houver a obrigação legal, os documentos deverão ser notariados e legalizados pelo Consulado do Brasil no país de origem do documento. (grifo nosso)

A preocupação com o vernáculo pode sinalizar que o modelo de contrato tenha sido extraído de uma concorrência internacional, a exemplo da Concorrência CSS 11.948/09³⁸, realizada pela Companhia de Saneamento do Estado de São Paulo (**SABESP**):

PRORROGAÇÃO DE DATAS CPI 11.948/09 - FASE DE PROPOSTA



Concorrência Internacional Sabesp CSS 11.948/09 - Seleção Final de Consórcio/Sociedades Empreiteiras para a Locação de Ativos, precedida da Concessão do Direito Real de Uso das Áreas e da Execução das Obras de Implantação de Coletores Ironco, Estações Elevatórias de Esgotos, Linhas de Recalques, Interceptores, Interligações das Redes Existentes aos Coletores Troncos, Ligações Domiciliares de Esgotos, Gradeamento Preliminar, Estação de Tratamento de Esgotos (Reator Biológico seguida de Membrana Filtrante) e Emissário Final do Sistema de Esgotos Sanitários do Município de Campos do Jordão. As Propostas Econômicas deverão ser entregues na Av. do Estado, 561 - Unid. I - Auditório 1 - Pte. Peq. - SP/SP, dia 08/03/10, às 10h.
S.P. 11/02/10 - (RE) A DIRETORIA.

³⁸ Diário Oficial do Estado de São Paulo. Edição de 1º de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.imprensaoficial.com.br>> Acesso em: 7.fev.2013;
Diário Oficial do Estado de São Paulo. Edição de 11 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.imprensaoficial.com.br>> Acesso em: 7.fev.2013.



**SABESP – Companhia de Saneamento
Básico do Estado de São Paulo**

CNPJ 43.776.517/0001-80

**JULGAMENTO E ADJUDICAÇÃO CP INTERN.
CSS 11.948/09**

Em virtude do despacho proferido pelo Relator do Recurso de Agravo de Instrumento, concedendo a tutela recursal para suspender os efeitos da decisão liminar concedida ao Consórcio COM - MBR - CTL, a qual permitia sua participação no certame, a Comissão Especial de Licitação desclassificou a proposta do Consórcio COM - MBR - CTL e considerou a proposta do Consórcio Araucária (OHL/INIMA - CESBE - ELEVAÇÃO), a detentora do menor VML (Valor Mensal da Locação). Homologado o resultado, o objeto fica adjudicado ao Consórcio Araucária (OHL/INIMA - CESBE - ELEVAÇÃO). Dossiê franqueado p/ vistas Av. do Estado, 561 - Unidade I - SP, 08h30 às 11h30/13h30 às 16h00. S.P. 01/04/10 - (RE) A Com. Esp. de Licitação.

Observe-se que o objeto dessa concorrência internacional é idêntico ao objeto deste Estudo de Caso.

Todavia, pesa contra a possibilidade de utilização pelo SAAESMA do modelo de contrato elaborado pela **SABESP** a existência de cláusulas com dados no formato de campos que, a princípio, deveriam ter sido preenchidos antes da publicação do edital e do contrato, mas que foram reproduzidos pela autarquia com orientações de preenchimento.

A seguir, apresenta-se a relação de campos com orientações de preenchimento presentes no Edital de Abertura:

1.2 ADJUDICAÇÃO – ato pelo qual o **[AUTORIDADE ADJUDICADORA]** confere à LICITANTE Vencedora o objeto a ser contratado. (fl. 194, vol. I)

20.1.1 A consecução do objeto dar-se-á por meio da celebração do CONTRATO. (fls. 222 e 223, vol. II)

a) A LICITANTE vencedora constituirá antes da formalização do CONTRATO, uma Sociedade de Propósitos Específicos – SPE segundo as leis brasileiras, na forma de sociedade por quotas de



responsabilidade limitada³⁹, nos termos do Código Civil Brasileiro, com sede e administração no município de **[especificar]**, no Estado de **[especificar]**.

20.1.7 A SPE deverá apresentar – para o caso de profissionais – Responsáveis Técnicos e Coordenador das Obras indicados na ETAPA 1 da Licitação, não registrados no Estado **[especificar]** a Certidão de Registro da pessoa jurídica e do profissional visada(s) pelo CREA do Estado onde ocorrerão as obras, autorizando-os ao exercício da atividade nesta Região, nos termos do artigo 58 da Lei 5.194/66. (fls. 223 e 224, vol. II) (grifo nosso)

Por seu turno, reproduzem-se adiante os campos com orientações de preenchimento presentes no Instrumento Contratual:

2.24 HOMOLOGAÇÃO – ato pelo qual o senhor **[Autoridade Adjudicadora]** após verificar a regularidade dos atos praticados, ratifica o resultado da Licitação. (fl. 230, vol. II)

11.1 O **[ÓRGÃO LICITANTE]**, sem prejuízo de outras obrigações estabelecidas neste CONTRATO e seus anexos ou na legislação aplicável, obriga-se a: (fl. 238, vol. II)

34.5 Se algum direito objeto do presente CONTRATO for considerado como direito indisponível e, portanto, não passível de arbitragem, fica eleito o Foro da Comarca de **[nome]**, Estado de **[nome]**, para dirimir os conflitos dele decorrentes. (fl. 268, vol. II)

36.2 Consideram-se, para os efeitos de remessa das comunicações, na forma desta Cláusula, os seguintes endereços e números de faz: **[ou por qualquer outro meio acordado]** (fl. 269, vol. II)

(i) **[ÓRGÃO LICITANTE:]**

Endereço completo (grifo nosso)

Em princípio, se os modelos de documentos fossem extraídos do edital e do contrato publicados em outra concorrência, certamente não haveria espaços em branco com instruções para serem preenchidos.

Diante dos fortes indícios de ausência de priorização do interesse público, bem como do surgimento de dúvidas acerca da autoria e das intenções do responsável pela modelagem da “locação de ativos” ao SAAESMA, insta

³⁹ Normalmente, as licitações não devem restringir a forma de constituição da SPE ao tipo sociedade por quotas de responsabilidade limitada, salvo por motivos devidamente justificados. Conquanto esse dispositivo condicione o licitante vencedor a constituir uma SPE sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, os itens 8.3 (fl. 236, vol. II) e 21.2, alínea “b” (fl. 254, vol. II) preveem a aplicação da [Lei n.º 6.404/1976](#), que dispõe sobre as sociedades por ações, o que se mostra, a princípio, uma contradição.



esclarecer, no processo próprio, as circunstâncias que determinaram a elaboração de instrumento contratual tão atípico, sobretudo no que diz respeito à modalidade de financiamento.

Registre-se, finalmente, que, conforme se infere da terceirização da análise financeira da proposta da licitante vencedora da Concorrência n.º 002/2011 à empresa Paulo Pitanga Consultores Associados Ltda., circunstância que será objeto de análise no tópico seguinte, nem o SAAESMA, nem o Município de São Mateus parece dispor de corpo técnico habilitado a manejar com segurança o complexo modelo de negócio proposto pela autarquia.

3.4.1.2 DA CONTRATAÇÃO DA PCF ENGENHARIA

A PCF Engenharia teve participação destacada na elaboração do modelo de negócio proposto pelo SAAESMA.

Os dados da PCF Engenharia que constam no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica⁴⁰ encontram-se abaixo transcritos:

⁴⁰ Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao.asp. Acesso em: 3.mar.2013.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA

NÚMERO DE INSCRIÇÃO
67.001.883/0001-25
MATRIZ

COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO
CADASTRAL DATA DE ABERTURA
13/11/1991

NOME EMPRESARIAL
P.C.F. ENGENHARIA S/S LTDA. - EPP

TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA)

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL
71.12-0-00 - Serviços de engenharia

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS
Não informada

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA
224-0 - SOCIEDADE SIMPLES LIMITADA

LOGRADOURO
AL LORENA

NÚMERO COMPLEMENTO
1304 ANDAR 15 - CONJ. 1506

CEP BAIRRO/DISTRITO
01.424-001 CERQUEIRA CESAR

MUNICÍPIO
SAO PAULO

UF
SP

SITUAÇÃO CADASTRAL
ATIVA

DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL
02/04/2001

MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL

SITUAÇÃO ESPECIAL

DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL

Antes do início do procedimento licitatório, essa empresa foi responsável pela elaboração de dois documentos, a saber:

- “CONCEPÇÃO, ESTIMATIVA de CUSTO e ESTUDO de ALTERNATIVAS para FINANCIAMENTO de OBRAS de AMPLIAÇÃO do SISTEMA de ABASTECIMENTO de ÁGUA. Relatório Final – Textos e Desenhos” (fls. 97 a 126, vol. I), que recebeu da autarquia o nome de Projeto Básico Água (fl. 96, vol. I); e
- “CONCEPÇÃO, ESTIMATIVA DE CUSTO PARA OBRAS DE AMPLIAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS” (fls. 128 a 135, vol. I), nomeado pelo SAAESMA como Projeto Básico Esgoto (fl. 127, vol. I).

Compulsando os autos, observa-se que os referidos projetos básicos encontram-se desprovidos da assinatura do responsável técnico pela sua elaboração, o que põe em dúvida sua autenticidade e validade jurídica.



A ausência de assinatura em documento tão relevante para o certame demonstra a fragilidade do controle da legalidade realizado pelo SAAESMA.

Outro ponto que merece destaque nesses documentos, além da insuficiência de argumentos, é a evidente inclinação do anônimo subscritor em privilegiar a obtenção de recursos junto à iniciativa privada em detrimento das opções de financiamento público (Item 9 – Modelos de Financiamento Existentes no Mercado - fls. 122 a 126, vol. I).

Conquanto se trate de matéria de natureza jurídica, cuja análise prescinde a contratação de consultoria especializada, mostra-se peculiar a forma como o autor – supostamente um profissional de engenharia, já que, conforme consta em seu CNPJ, a PCF presta serviços dessa natureza – constrói seu raciocínio e legitima a escolha da modalidade de financiamento “locação de ativos” para o Município de São Mateus.

Se os documentos tiverem sido elaborados por profissional de engenharia, estará desprovida de respaldo legal a parte em que enfrenta tema de natureza jurídica. De igual modo, se o trabalho tiver sido elaborado por advogado, ostentará os mesmos vícios de nulidade.

Confirmando-se quaisquer das irregularidades ventiladas, as despesas realizadas com a PCF Engenharia são passíveis de ressarcimento ao erário municipal, haja vista que o Município de São Mateus dispõe de competente órgão jurídico, apto, sem dúvida, a assessorar os gestores públicos na análise comparativa entre as formas de parcerias com o setor público e privado admitidas pelo direito positivo hodierno.

Segue descrição da citada parte do documento (fls. 122 a 126, vol. I):

9) Modelos de Financiamento Existentes no Mercado

Cliente: Prefeitura Municipal de São Mateus



Empreendimento: Sistema de Abastecimento de Água e Esgoto do Município de São Mateus.

O objetivo deste item é assessorar a Prefeitura Municipal de São Mateus na escolha da melhor alternativa na busca de recursos necessários para execução do empreendimento e de melhorias no sistema já existente.

Muitos são os modelos existentes no mercado e se dividem de duas maneiras de acordo com a forma de capitação [sic] dos recursos: Investimento Público e Investimento Privado.

9.1) Modelos de Parceria com o Setor Público:

➤ Caixa Econômica Federal, BNDES

Nos modelos de parceria com o Setor Público é necessário atender premissas para obtenção do financiamento:

- Atender as exigências quanto a critérios financeiros, índice de endividamento, etc.
- Manter certidões atualizadas comprovando a regularidade com FGTS, INSS, etc.
- Desenvolvimento da concepção do projeto para carta consulta às instituições.
- Desenvolvimento de projetos básicos e executivos para licitação.
- Apresentação de planilhas de orçamento conforme banco de composição da Instituição financeira;
- Possuir contrapartida financeira de no mínimo 10% para viabilidade da liberação dos recursos.
- Aprovação do financiamento normalmente demanda tempo em virtude da necessidade de análise quanto à viabilidade financeira do empreendimento além do prazo necessário com a análise de outros projetos em andamento em relação a outros municípios e órgãos estatais.

9.2) Modelos de parceria com o Setor Privado:

Possibilitam acesso a recursos sem as restrições vigentes, tanto pelo lado do contingenciamento, quanto do endividamento público.

➤ Concessões Comuns (Leis nº 8987/95, 9074/95 e 11196/05)

Corresponde à delegação, feita pelo Poder Concedente, através de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre a capacidade para desempenho, por conta e risco, em prazo determinado.

A concessão comum envolve projeto auto-sustentável, ou seja, as receitas advindas da exploração dos serviços objetos da concessão



são suficientes para cobrir todos os gastos com a operação e manutenção, pagar os financiamentos tomados para o desenvolvimento da infra-estrutura necessária e expansões desta ao longo de todo o prazo de concessão e ainda prover remuneração adequada ao capital próprio dos empreendedores.

Neste caso, não existe pagamento ao parceiro privado, por parte da Administração Pública.

Existe o pagamento ao executor da obra, o que exige um projeto executivo detalhado para que se evite aditivos contratuais que podem vir a constituir um problema de verba pois a lei permite que haja aditivos de até 25% do valor da obra em caso de obras novas e até 50% em casos de reforma e ampliação.

➤ **Parceria Público Privada (Lei nº 1079/04)**

Parceria Público Privada, em sentido amplo, é o ajuste celebrado entre a Administração Pública e entidades Privadas, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que haja aporte de recursos pelo parceiro privado, que responderá pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto.

No caso da PPP, os projetos desenvolvidos podem não ser auto-sustentáveis, sendo assim necessária contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, além das receitas de exploração dos serviços, caso existam, para torna-los sustentáveis.

Nas parcerias público privadas, o contratado terá sempre que operar o serviço com exceção do escopo relacionado a hotelaria.

- PPP administrativa

O serviço é prestado direta e indiretamente (quando há um terceiro beneficiário, a população na maioria das vezes) à Administração Pública, e todo pagamento realizado ao particular contratado é realizado pela própria entidade contratante, portanto, caberá a Administração Pública arcar com a totalidade da remuneração devida à iniciativa privada pela prestação dos serviços.

Trata-se de um contrato de prestação de serviços, com realização de obra e/ou fornecimento de bens, onde a Administração Pública se encontra como usuária direta ou indireta, mas que não será nunca a operadora do sistema.

- PPP Patrocinada

O serviço é prestado diretamente ao público, e o Estado se encarrega de complementar a remuneração recebida pelo concessionário dos usuários do serviço, em princípio através de uma contraprestação pecuniária.

Trata-se de uma concessão subsidiada pela Administração Pública, portanto os recebíveis dos serviços concedidos são acrescidos da contraprestação do poder público.



- Locação de Ativos

Operação Estruturada por meio da qual o parceiro privado se responsabiliza pelo financiamento e construção de empreendimento a ser operado pelo parceiro público. O parceiro público assume a obrigação de pagamento de um valor mensal de locação.

A locação é por tempo determinado precedida da Concessão de direito real de uso das áreas e da execução das obras de implantação, onde no final, as obras (benfeitorias) passa a ser propriedade do Município.

A entidade contratante é que tomará para si a responsabilidade da operação de um determinado sistema assim contratado, portanto não necessidade de dispensa de funcionários, nem de mudanças radicais na estrutura existente.

Garantias necessárias:

Todas as modalidades de parcerias com o setor privado correspondem essencialmente a estrutura de "Project Finance", nas quais uma S.P.E de caráter privado financia seus investimentos dando como garantia principal receitas futuras:

- Nas concessões comuns, os recebíveis dos serviços concedidos;
- Nas concessões patrocinadas, os recebíveis dos serviços concedidos, acrescidos da contratação devida (onde isto seja possível);
- Nas concessões administrativas, os recebíveis cedidos pelo poder público para compor a contraprestação devida (onde isto for possível);
- Na locação de ativos, o fluxo de caixa de recebíveis existentes, cedidas pela concessionária pública, para compor o valor do aluguel do ativo de saneamento básico, construído pela SPE.

Em todos estes casos, acima, antes da celebração do contrato, o vencedor da licitação deverá constituir Sociedade de Propósito Específico (SPE) a quem caberá implantar e gerir a parceria.

9.3) Modalidade escolhida

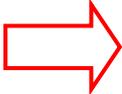
De acordo com o trabalho de consultoria prestado, foi possível observar algumas características fundamentais referente ao Município de São Mateus que auxiliaram na escolha da alternativa das quais relatamos abaixo:

- Necessidade eminente e urgente de implantação de um sistema de abastecimento de água na cidade em função da falta de água, em diversas regiões da cidade, principalmente no Balneário Guriri, onde a população da cidade dobra durante o verão e feriados do final de ano e carnaval;
- Falta de recursos para implantação do sistema do porte necessário para a cidade;



- Falta de recursos para contraprestação no caso da opção Parceria Público Privada;
- Comprometimento político com a população do município na solução da questão nesta gestão ainda;
- Manter os funcionários alocados no SAAE evitando o desgaste social e político com o desemprego dos mesmos;
- Necessidade de aumento de receita durante os próximos anos, tornando o SAAE auto-suficiente e gerador de receitas para a Prefeitura de São Mateus.

Diante do descrito acima, a **Locação de Ativos** foi a Modalidade de financiamento escolhida pelos seguintes motivos:

- 
- Não onera o Município durante a execução das obras aumentando a margem de manobra financeira;
 - A operação do sistema é da própria Companhia, aumentando/mantendo o número de funcionários;
- 
- Esta modalidade não está sujeita aos limites de crédito da prefeitura;
 - É feita através de um processo licitatório simples regido pela Lei 8.666/93, máximo 5 meses até a contratação da empresa.
 - O Município não precisa tentar obter o financiamento o que demanda muito tempo;
- O controle das operações continua com o Município;

9.4) Outras considerações

O vencedor da licitação na modalidade Locação de Ativos é o que apresentar menor valor de locação, isto é, o menor valor presente líquido (VPL) para o fluxo de VML (valores mensais de locação durante os 32 anos de projeto).

A taxa de juros a ser considerada, é a taxa de juros de mercado que atualmente varia em torno de 8% a 12% dependendo da instituição a ser definida e da condição financeira do Contratante.

O prazo de pagamento do financiamento é de 30 anos após a conclusão das obras que significa a possibilidade do Município em diluir os valores possibilitando e viabilizando seu fluxo de caixa.

A carência para pagamento do financiamento é de 2 anos, isto é, inicia a partir do momento da conclusão das obras e do seu aceite.

As garantias que o município pode oferecer são as contas de água e esgoto, bem como os royals [sic] advindos da receita obtida com exploração e manutenção do petróleo (Petrobras).

Na fase de habilitação, as licitantes deverão apresentar Termo de Compromisso de instituição financeira, demonstrando a capacidade financeira da empresa em contrair tal investimento bem como da própria instituição em oferecer linha de financiamento conforme exigências do Edital de licitações.



Observar as garantias a serem apresentadas pelo Contratado, nos termos da Lei 8.666, assegurando o cumprimento do objeto do Contrato.

A adoção pelo SAAESMA da modalidade de financiamento sugerida pela PCF Engenharia (Locação de Ativos) denota a importância da participação dessa empresa no negócio, participação essa que não se encerrara com os mencionados projetos básicos, conforme se verá a seguir.

Informações colhidas de consulta realizada no Sistema Informatizado de Suporte a Auditoria (SISAUD) informam que a PCF Engenharia foi contratada por meio do Contrato n.º 105/2011, firmado a partir de licitação, pasme-se, publicada apenas em mural, que teve por objeto a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA SERVIÇO DE CONSULTORIA E ELABORAÇÃO DE PROJETO.

Em verdade, revela-se instigante, despertando profundas reflexões, a análise da racionalidade da argumentação que levou o Município de São Mateus, diante de um empreendimento de dimensão e importância ímpar (registre-se que o custo final supera a quantia de R\$ 590.000.000,00 – quinhentos e noventa milhões de reais; fl. 626, vol. III), efetuar tão parca e comedida publicidade para a contratação de sociedade empresária responsável pela elaboração de Projeto Básico⁴¹, instrumento de altíssima relevância, configurando-se em verdadeiro substrato para o planejamento, bom caminhar e sucesso do futuro contrato administrativo a ser celebrado.

O resultado da consulta é apresentado a seguir:

⁴¹ Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

[...]

Art. 6º Par os fins desta Lei, considera-se:

[...]

IX – **Projeto Básico** – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

[...]



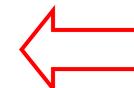
TCEES

Contratos Firmados

SISAUD

28/02/2013
 Adcon453
 Pag.: 37

<u>Processo:</u>	<u>Contrato:</u>	<u>Data:</u>	<u>Prorrogação Contrato:</u>	<u>Processo Lic./Disp./Inex.:</u>
Ano: 2011 Nº: 009.693	Ano: 2011 Nº: 0000105 Valor: 54.250,00	Assinatura: 30/06/2011 Início: 30/06/2011 Publicação: 10/06/2011 Término: 28/08/2011	Previsão: 02 - Não Prazo Previsto:	Procedimento: 01 - Licitação Ano: 2011 Nº: 0000015
Objeto Contrato: REFERENTE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA SERVIÇOS DE CONSULTORIA E ELABORAÇÃO DE PROJETO.				
Contratado: PCF ENGENHARIA S/S LTDA			Tipo Pessoa: 2 - Jurídica	CPF/CNPJ: 67001883000125
Veículos Publicação: MURAL				
<u>Processo:</u>	<u>Contrato:</u>	<u>Data:</u>	<u>Prorrogação Contrato:</u>	<u>Processo Lic./Disp./Inex.:</u>
Ano: 2011 Nº: 009.750	Ano: 2011 Nº: 0000160 Valor: 20.000,00	Assinatura: 22/08/2011 Início: 22/08/2011 Publicação: 28/07/2011 Término: 21/08/2012	Previsão: 02 - Não Prazo Previsto:	Procedimento: 01 - Licitação Ano: 2011 Nº: 0000058
Objeto Contrato: REFERENTE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM FORNECIMENTO DE LANCHES PARA OS EVENTOS E ATIVIDADES REALIZADOS PELA				
Contratado: PADARIA E CONFEITARIA MAIA LTDA			Tipo Pessoa: 2 - Jurídica	CPF/CNPJ: 02368631000193
Veículos Publicação: DIO-ES				
<u>Processo:</u>	<u>Contrato:</u>	<u>Data:</u>	<u>Prorrogação Contrato:</u>	<u>Processo Lic./Disp./Inex.:</u>
Ano: 2011 Nº: 009.752	Ano: 2011 Nº: 0000104 Valor: 234.000,00	Assinatura: 30/06/2011 Início: 30/06/2011 Publicação: 30/06/2011 Término: 29/06/2012	Previsão: 02 - Não Prazo Previsto:	Procedimento: 02 - Dispensa Ano: 2011 Nº: 009.752
Objeto Contrato: REFERENTE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM CONCESSÃO DO CARTÃO CIDADANIA QUE VISA A SUBSTITUIÇÃO DAS CESTAS				
Contratado: BIG CARD - ADM. DE CONVÊNIO E SERVIÇOS LTDA			Tipo Pessoa: 2 - Jurídica	CPF/CNPJ: 04627085000193
Veículos Publicação: DIO-ES				
<u>Processo:</u>	<u>Contrato:</u>	<u>Data:</u>	<u>Prorrogação Contrato:</u>	<u>Processo Lic./Disp./Inex.:</u>
Ano: 2011 Nº: 009.812	Ano: 2011 Nº: 0000117 Valor: 287.171,69	Assinatura: 14/07/2011 Início: 14/07/2011 Publicação: 27/06/2011 Término: 13/01/2012	Previsão: 02 - Não Prazo Previsto:	Procedimento: 01 - Licitação Ano: 2011 Nº: 0000008
Objeto Contrato: REFERENTE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA CONSTRUÇÃO DE QUADRA POLIESPORTIVA DA EMEIEF MARIA FRANCISCA				
Contratado: ABSOLUTA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.			Tipo Pessoa: 2 - Jurídica	CPF/CNPJ: 06179412000117
Veículos Publicação: DIO-ES				





Após a licitação, o SAAESMA o publicou no Diário Oficial dos Poderes do Estado, edição de 07/07/2011, resumo do contrato firmado com a PCF Engenharia:

CONTRATO Nº. 105/2011
CONTRATADA: PCF Engenharia S/
S Ltda.
OBJETO: Contratação de Empresa
especializada em serviços para
consultoria e elaboração de
Projetos
VALOR TOTAL ESTIMADO: R\$
54.250,00
VIGÊNCIA: 60 dias
DATA DA ASSINATURA: 30/06/11
R E C U R S O S :
0070.007010.15.451.0100.1.007
PROCESSO: 009.693/2011
MODALID. Convite 015/2011

Observa-se que a licitação foi realizada na modalidade convite. Todavia, resta conhecer as razões que levaram a autarquia a convidar empresa de fora do Estado do Espírito Santo – especificamente do Estado de São Paulo – e a não dar ampla publicidade a certame tão importante, haja vista ter optado por publicar o edital apenas em mural. Para tanto, insta conhecer o inteiro teor do respectivo procedimento administrativo, autuado sob o n.º 9.693/2011. Tal análise, todavia, será realizada no momento oportuno e por meio do procedimento adequado.

Às folhas 625 a 630 (vol. III), consta relatório elaborado pelo Sr. Paulo Pitanga, integrante da Paulo Pitanga Consultores Associados, registrado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura do Estado do Rio de Janeiro (CREA-RJ) sob o n.º 20.621-D, elaborado a pedido da PCF Engenharia, referente à análise financeira da proposta apresentada pelo licitante Consórcio Águas do Cricaré à Concorrência 002/2011 do SAAESMA.

Incomum o fato de o SAAESMA delegar a análise financeira da proposta vencedora do certame – fase fundamental do procedimento licitatório – à



empresa que elaborou os projetos básicos (PCF Engenharia), e esta, por sua vez, solicitar a análise a terceiro (Paulo Pitanga Consultores Associados Ltda.).

Em tempo, registre-se que, por meio do Decreto n.º 6.029/2011, de 7 de dezembro de 2011, a Concorrência 002/2011 foi contemplada com a constituição de Comissão Especial formada por um engenheiro civil, uma advogada e uma contadora, todos servidores do Município de São Mateus, com a finalidade específica de conceder apoio técnico à Comissão Permanente de Licitação do SAAESMA

São Mateus

DECRETO Nº. 6.029/2011

"DESIGNA COMISSÃO ESPECIAL"

O Prefeito Municipal de São Mateus, Estado do Espírito Santo, no uso de suas atribuições legais, e tendo em vista o que dispõe a legislação vigente, especialmente o artigo 107, inciso VI da Lei nº. 001, Lei Orgânica do Município de São Mateus, Estado do Espírito Santo:

DECRETA:

Art. 1º. Fica Constituída Comissão Especial por Técnicos Servidores dessa Municipalidade, com a finalidade de conceder apoio técnico a Comissão Permanente de Licitação da Autarquia Municipal, Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE, criado pela Lei Municipal nº. 792, datado de 30 de março de 1967, na abertura e tramitação do processo de Concorrência Pública nº. 002, que trata sobre objeto a Contratação de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

3ª Procuradoria Especial de Contas
Gabinete do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira

TC-5617/2012
Fl. 1041

São Mateus, Estado do Espírito Santo, aos 07 (sete) dias do mês de dezembro (12) do ano de dois mil e onze (2011).

AMADEU BOROTO

Prefeito Municipal

Registrado e publicado neste Gabinete desta Prefeitura, na data supra.

MATHEUS ROSSINI SANTOS

Secretario Municipal de Gabinete

Portaria nº. 750/2011

Protocolo 86990

Após a constituição de comissão especial e diante do mencionado relatório de análise financeira solicitado à PCF Engenharia – porém elaborado por Paulo Pitanga Consultores Associados Ltda. a pedido daquela –, constata-se que o SAAESMA e o Município de São Mateus não dispõem de pessoal técnico capacitado para conduzir procedimento licitatório do porte do que fora proposto pela autarquia.

No item 17 do Edital de Abertura, referente ao julgamento das propostas econômicas (fl. 220, vol. II), não há a previsão de utilização do serviço da empresa que elaborou o Projeto Básico, muito menos de terceiros no processo de julgamento. Ademais, trata-se de análise financeira, atividade que, conquanto seja de natureza técnica, não comporta sua delegação por parte da CPL a uma empresa privada, mesmo que tenha sido contratada para esse fim.

A necessidade de se submeter a proposta econômica do licitante vencedor à análise técnica por parte da empresa que elaborou o projeto básico de engenharia (PCF Engenharia) soa no mínimo estranho. Talvez pela ausência de qualificação técnica, a PCF Engenharia tenha solicitado à empresa Paulo Pitanga Consultores Associados Ltda. a realização da tarefa.

Esse fato evidencia que a autarquia não adotou as cautelas necessárias para suprir a expertise técnica que lhe faltava, terceirizando a análise financeira da licitação.



A falta de capacidade técnica para aferir se a proposta econômica satisfaz os requisitos presentes no edital e no contrato, elaborados pela própria autarquia, pode indicar que o modelo de negócio denominado de locação de ativos não foi modelado às necessidades do Município de São Mateus pelo SAAESMA, mas sim, por terceiros.

Se os documentos pertencentes à Concorrência n.º 002/2011 são mesmo de autoria da equipe técnica do SAAESMA, como explicar a necessidade de contratação de terceiros para auxiliar no julgamento da proposta vencedora, considerando que o diferencial do modelo de negócio em estudo é, justamente, a complexidade e a singularidade da modalidade de financiamento? Por que a Secretaria Municipal de Finanças de São Mateus não realizou a análise em questão?

A Comissão Permanente de Licitação do SAAESMA resumiu a análise econômica da Concorrência 002/2011 nos seguintes termos (fls. 533 a 535, vol. III):

ANÁLISE ECONÔMICA e ESTUDO DOS PREÇOS

A comissão encaminhou à Secretaria Municipal de Finanças, cópias das propostas a fim de elaborar estudo de impacto e viabilidade econômica e financeira do Município e Autarquia. Foi também encaminhada à PCF Engenharia S/S Ltda., empresa autora do Estudo, cópias das planilhas detalhadas de custo de serviços e materiais para análise dos preços apresentados em referência aos praticados no mercado.

A Secretaria Municipal de Finanças concluiu o estudo e apresentou um demonstrativo de fluxo de caixa opinando pela viabilidade econômica e financeira do Município e SAAE, da seguinte forma: A Prefeitura de São Mateus participará com aporte de recursos proveniente dos Royalties com início no ano de 2014 a 2021, conforme a seguir: ano 2014 no valor total de R\$ 11.036.000,00; ano de 2015 R\$ 13.656.000,00; ano de 2016 R\$ 13.148.000,00; ano de 2017 R\$ 12.630.000,00; ano de 2018 R\$ 12.103.000,00; ano de 2019 R\$ 11.564.000,00; ano de 2020 R\$ 11.016.000,00; e ano de 2021 R\$ 10.457.000,00. A Autarquia arcará com as despesas relativas ao pagamento total do VML após o ano de 2021, pois receberá um incremento de receitas com a entrega e operação do novo sistema, tendo em vista os seguintes fatores: crescimento vegetativo no percentual de 1,90% ao ano; aumento de consumo e de economias;



crescimento de expansão Urbana; aumento de receita proveniente do tratamento de esgoto e reestruturação tarifária prevista para o primeiro e segundo ano, quando da entrega e operação do novo sistema de água e esgoto.

A empresa PCF Engenharia S/S Ltda. em estudo das planilhas de preços encaminhadas, utilizou-se de três critérios em sua avaliação: o de comparação entre o preço médio do Edital e o preço apresentado pelo Consórcio Águas de Cricaré, opinando pela viabilidade deste quesito, tendo em vista que a proposta de preço do Consórcio apresentou um valor menor que o de referência do Edital no percentual de 11,62%, que representa uma economia na ordem de 15.023.099,70. O segundo critério utilizado na análise foi a comparação de preços com os praticados pela tabela do SINAPI-Vitória e tabela TCPO-PINI, para estes, os preços do Consórcio estão enquadrados nas referidas tabelas, com um acréscimo de 30% de BDI usualmente aplicados. Os itens que não constavam nestes órgãos, foram cotados no mercado com as seguintes empresas: AMBIO Engenharia e Comércio de Equipamentos Ltda; R3 Engenharia e Construções e Zeus Engenharia e Montagem Ltda., e a conclusão foi pela viabilidade da proposta, tendo em vista que os preços do Consórcio está a menor em 7,74% para o Sistema de Água e 6,40% para o Sistema de Esgoto, em referência ao praticado no mercado. O terceiro critério foi o envio do Plano de Negócio para análise da empresa Consultoria, **Paulo Pitanga Consultores e Associados LTDA.**, que após análise financeira opinou também pela viabilidade da proposta, a qual foi ofertada pelo Consórcio Águas do Cricaré da seguinte forma: 1) Sistema de Captação de Água valor de **R\$ 1.900.00,00** (um milhão e novecentos mil reais) do 3º ao 10º anos, **R\$ 1.200.000,00** (um milhão e duzentos mil reais) do 11º ano ao 32º ano. 2) Sistema de Tratamento de Esgoto no valor de **R\$ 400.000,00** (quatrocentos mil reais) do 3º ao 10º ano e **R\$ 200.000,00** (duzentos mil reais) do 11º ano ao 32º ano. O valor da **VP = R\$ 163.651.000,00** (cento e sessenta e três milhões, seiscentos e cinquenta e um mil reais). Para ratificar a análise de preços apresentada pela PCF, a CPL fez algumas cotações no mercado com diversas empresas, as que responderam foram a Caetano Comércio e Serviços de Engenharia Ltda., que preferiu não cotar os preços alegando uma série de fatores que a construtora teria como por exemplo: armazenagem do material, seguro, logística, inventário, custo financeiro entre outros. A empresa Formetal Fornecedora de Metais Ltda. enviou sua cotação, onde a CPL pôde comparar com a análise enviada pela PCF e constatar que os valores apresentados estão de acordo com o praticado no mercado.

O Diretor Geral do SAAES, solicitou através do comunicado do dia 03 de janeiro de 2012, a concessão de desconto na melhor proposta apresentada. A Comissão Permanente de Licitação fez esta solicitação ao Consórcio Águas do Cricaré, por ofício no dia 10 de janeiro de 2012. O Consórcio Águas do Cricaré concedeu o desconto de 2% (dois por cento), através de ofício datado de 13 de janeiro de 2012, onde a proposta foi adequada ao desconto da seguinte maneira: 1) Sistema de Captação de Água valor de **R\$ 1.862.000,00** (um milhão oitocentos e sessenta e dois mil reais) do 3º ao 10ºano, **R\$ 1.176.000,00** (um milhão cento e setenta e seis mil reais) do 11º



ano ao 32º ano. 2) Sistema de Tratamento de Esgoto no valor de **R\$ 392.000,00** (trezentos e noventa e dois mil reais) do 3º ao 10º ano e **R\$ 196.000,00** (cento e noventa e seis mil reais) do 11º ano ao 32º ano. O valor da **VP = R\$ 160.377,980** [sic] (cento e sessenta milhões, trezentos e setenta e sete mil, e novecentos e oitenta reais).

A Comissão Permanente de Licitação diante dos fatos expostos declarou o Consórcio Águas do Cricaré vencedor do certame no dia 08 de fevereiro de 2012.

Na sequência, os mesmos fatos estão relatados na Ata de Julgamento das Propostas (fls. 537 a 539, vol. III).

Destarte, tais apontamentos demandam um maior aprofundamento da cognição por parte desta Corte.

3.4.1.3 DO PARECER JURÍDICO DO SAAESMA QUE ATESTOU A LEGALIDADE DA LOCAÇÃO DE ATIVOS

A fragilidade dos procedimentos adotados pelo SAAESMA também são revelados por meio do Parecer de Adjudicação n.º 031/2012, que elaborado pela Assessoria Jurídica do SAAESMA justificam a legalidade do modelo de negócio proposto (fls. 318 a 330, vol. II).

Para tanto, os três primeiros tópicos dessa peça técnica (DA MODALIDADE ESCOLHIDA, DIFERENÇA COM OUTRAS MODALIDADES e LOCAÇÃO DE ATIVOS) reproduzem, *ipsis litteris*, trechos colhidos de outros documentos sem, contudo, fazer referência expressa às origens e aos autores dos textos. Certamente, tal fato induz ao erro o leitor, levando-o a pensar que os fatos narrados referem-se à Concorrência n.º 002/2011 do SAAESMA.

A primeira parte do parecer, denominada “DA MODALIDADE ESCOLHIDA” (fls. 318 a 320, vol. II), conquanto ausente no texto sua origem e autoria, foi extraída do sítio eletrônico “INFRAESTRUTURA URBANA, Projetos, Custos e Construções”. O texto, de autoria de Aldo Dórea Mattos, relacionado à



SABESP, está disponível em www.infraestruturaurbana.com.br/solucoes-tecnicas/4/artigo220155-1.asp⁴³. Os parágrafos copiados se encontram em destaque, a seguir:

www.infraestruturaurbana.com.br/solucoes-tecnicas/4/artigo220155-1.asp

infraestrutura
projetos, custos e construção **urbana**

Busca no site...

modelo de projeto | projeto orçado | soluções técnicas | captação de recursos | orçamento | lei | meio amb

Orçamento \ Home

Locação de ativos

Nova modalidade de contratar obras públicas garante endividamento diferido e pode viabilizar projetos de infraestrutura

Por Aldo Dórea Mattos

2 pessoas recomendaram isso.

3

Ante a realidade do grande déficit de infraestrutura do País e a dificuldade de obtenção de recursos por parte do governo, torna-se necessário buscar novas formas de financiamento para os projetos públicos. A locação de ativos é uma dessas modalidades recentes. Ela é uma forma de participação de empresas privadas em empreendimentos de interesse público por meio da qual a empresa contratada constrói uma determinada instalação estação de tratamento de água/esgoto, subestação, linha de transmissão etc. e a arrenda à Administração Pública durante determinada quantidade de anos. Na linguagem empresarial, trata-se de um contrato B.L.T. (build-lease-transfer).

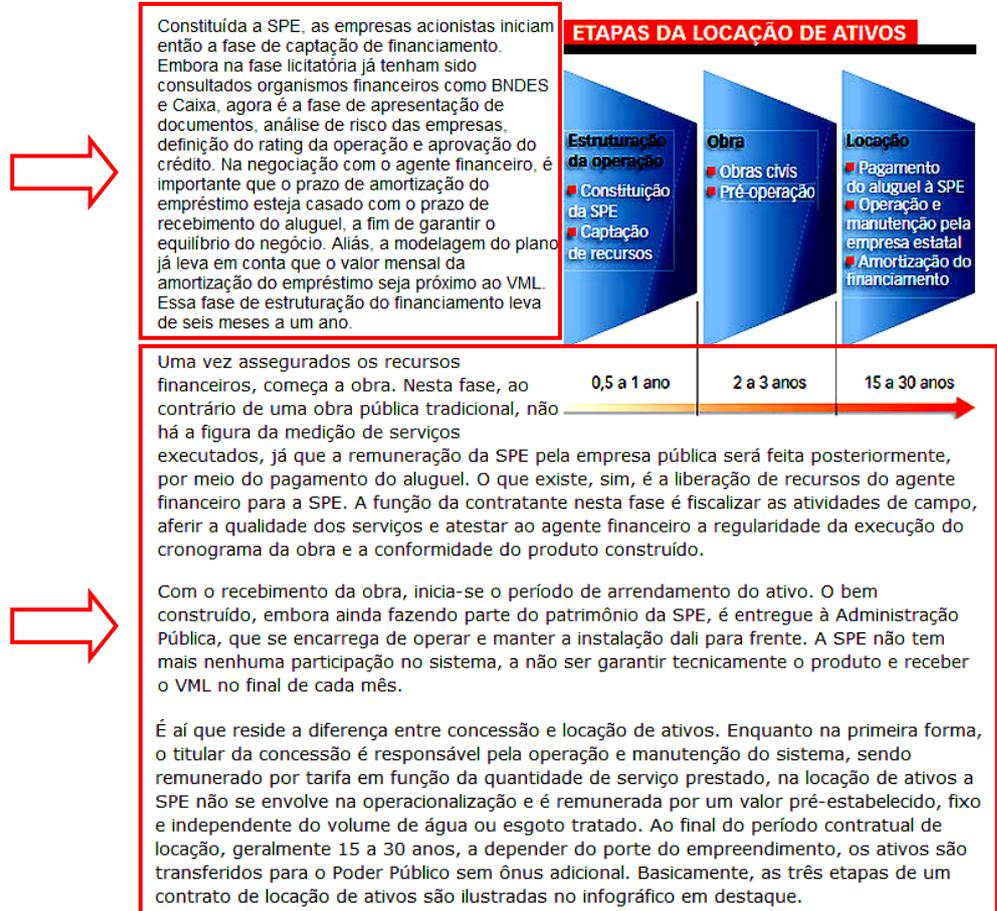
A Sanasa e a Sabesp, empresas públicas de saneamento básico do município de Campinas e do Estado de São Paulo, respectivamente, são empresas públicas pioneiras na adoção desse sistema de contratação. Embora a locação de ativos no Brasil venha sendo majoritariamente utilizada para a contratação de obras de saneamento básico, a solução pode ser estendida com sucesso a outros ramos da engenharia.

A contratação de uma locação de ativos é feita por licitação, sendo vencedor aquele que oferecer o menor valor mensal de locação (VML) pelo bem a ser construído. Cada proponente, portanto, precisa montar um complexo modelo financeiro do negócio, envolvendo o custo orçado para a obra e o custo do financiamento, além dos impostos e despesas administrativas ao longo do período de locação. Esse plano de negócio é apresentado pela proponente no dia da licitação, juntamente com o aluguel pleiteado.

A empresa ou consórcio que vence a licitação deve constituir uma sociedade de propósito específico (SPE), que é a entidade que celebrará o contrato com a concessionária pública. A SPE é uma pessoa jurídica devidamente constituída sob a forma de sociedade anônima e, como tal, tem contabilidade, diretoria e estatuto próprios. Um aspecto relevante dessa etapa é a concessão à SPE do direito real de uso dos terrenos onde serão erigidas as instalações, com o devido registro em cartório, condição necessária para que a SPE possa arrendar os terrenos à empresa pública.

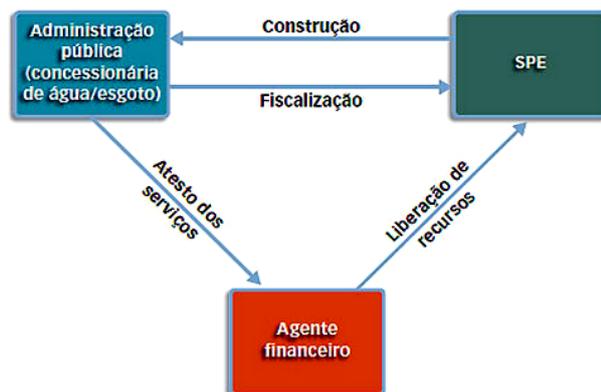
⁴² Acesso em: 12.fev.2013.

⁴³ Acesso em: 12.fev.2013.



VÍNCULOS ENTRE ENTIDADES

Relação das entidades envolvidas durante a obra





Relação das entidades envolvidas durante a locação



Do ponto de vista do Poder Público, a locação de ativos tem a grande vantagem de permitir a realização de projetos de infraestrutura com pagamento diferido no tempo, e não durante a execução da obra. Com isso, o endividamento é diluído, sendo transferido para a iniciativa privada o ônus de captar os recursos para a obra. É uma forma bem cômoda de transferir o endividamento para o setor privado, remunerando-o em suaves prestações.

Olhando pelo lado do agente financeiro, essa modalidade de contratação também é bastante interessante pela certeza do recebimento do dinheiro emprestado. O fato de o tomador ter uma receita garantida pela empresa estatal e não ser afetado por flutuações de demanda dá a solidez que todo organismo de crédito sonha ter.

Por fim, do lado do setor privado, a vantagem reside no fato da certeza do resultado do negócio, já que a receita é conhecida de antemão. Também há a possibilidade de vender a carteira de recebíveis no início do período de locação.

Embora ainda surjam dúvidas sobre alguns pontos específicos da implementação dos contratos de locação de ativos, o fato é que se trata de um sistema relativamente simples em sua concepção e que pode ser aplicado a um sem-número de áreas da engenharia. Com o aumento de contratos dessa natureza, a escala dará conta de suprir as respostas e aperfeiçoar o mecanismo.

VANTAGENS PARA CADA AGENTE

Governo	Agente financeiro	Iniciativa privada
<ul style="list-style-type: none">Endividamento diferidoPagamento a longo prazoViabilização de projetos de infraestrutura	<ul style="list-style-type: none">Garantia de recebimentoPagamento da amortização do empréstimo casada com recebimento do VML do tomador	<ul style="list-style-type: none">Garantia de recebimentoVML independente de flutuação de demandaPossibilidade de atração de parceiros não construtores

Aldo Dórea Mattos, consultor, engenheiro mestre em geofísica e autor do livro "Como Preparar Orçamentos de Obras".

Já a segunda e a terceira partes do parecer, denominadas “DIFERENÇA COM OUTRAS MODALIDADES” e “LOCAÇÃO DE ATIVOS” (fls. 320 a 326, vol. II), foram colhidas à íntegra do Parecer PGE-GDOC 18.487-657506/2008 (fls. 332 a 345, vol. II), da lavra da Subprocuradora Geral do Estado de São Paulo, Maria Christina Tibiriçá Bahbouth.



O tópico “DIFERENÇA COM OUTRAS MODALIDADES” do parecer do SAAESMA (fls. 320 a 322, vol. II) corresponde exatamente aos itens 9, 10 e 11 do parecer da PGE-SP (fls. 334 a 337, vol. II).

Por sua vez, o tópico “LOCAÇÃO DE ATIVOS” do parecer do SAAESMA (fls. 322 a 326, vol. II) reproduz integralmente os itens 11.1 a 16 (fls. 337 a 343, vol. II).

Ocorre que, como o parecer da PGE-SP faz referência aos fatos inerentes ao caso concretos submetidos à sua apreciação, qual seja, consulta formulada pela **SABESP**, sua incorporação ao parecer do SAAESMA exigiu a insensata adaptação do texto para que passasse a fazer menção ao SAAE.

Em palavras mais simples, pensou-se que a simples substituição do vocábulo **SABESP** por SAAE seria suficiente para conferir legitimidade à peça técnica produzida por essa autarquia.

Observe-se:

Trecho do parecer da PGE-SP (fl. 335, vol. II):

9.1 Em face das disposições do **contrato de programa** celebrado pela **SABESP** e o Município, as instalações construídas pela SPE são consideradas bens vinculados à concessão e, por conseguinte, reverterão ao Poder Concedente (**Município**) após o encerramento do contrato. Logo, a locação de ativos em exame não tem as características do instituto previsto na lei civil. (grifo nosso)

Coteja-se, agora, com o trecho adaptado colhido do parecer do SAAESMA (fl. 321, vol. II):

Em face das disposições do **contrato de programa** celebrado pela **SAAE** e o Município, as instalações construídas pela SPE são consideradas bens vinculados a concessão e, por conseguinte, reverterão ao Poder Concedente (**SAAE**) após o encerramento do contrato. Logo, a locação de ativos em exame não tem as características do instituto previstas na lei civil. (grifo nosso)



Note-se a substituição de **SABESP** por **SAAE** e, mais adiante nesse mesmo parágrafo, a troca de **Município** por **SAAE**. Perceba-se, ainda, que o texto da PGE-SP faz referência a **contrato de programa**⁴⁴, figura inexistente na Concorrência n.º 002/2011 promovida pela autarquia mateense.

Seguem outros trechos contendo os mesmos vícios:

Trecho do parecer da PGE-SP (fl. 335, vol. II):

10.1 Estas definições já afastam o ajuste em exame das parcerias público-privadas, pois não haverá prestação de serviços pela contratada (SPE), considerando que caberá a **SABESP**, enquanto concessionária dos serviços públicos concedidos pelo Município no **contrato de programa**, a operação do sistema de abastecimento de água.

Trecho do parecer do SAAESMA (fl. 321, vol. II):

Estas definições já afastam o ajuste em exame das parcerias público-privadas, pois não haverá prestação de serviços pela contratada (SPE), considerando que caberá ao **SAAE**, enquanto concessionária dos serviços públicos concedidos pelo Município no **contrato de programa**, a operação do sistema de abastecimento de água.

Trecho do parecer da PGE-SP (fl. 337, vol. II):

11.1 Na locação de ativos, a remuneração da concessionária será feita pela **SABESP**, enquanto concessionária do serviço e o investimento da contratada (SPE) não será remunerado mediante a exploração da obra, considerando que será a **SABESP** a operadora do sistema.

Trecho do parecer do SAAESMA (fl. 332, vol. II):

Na locação de ativos, a remuneração da concessionária será feita pelo **SAAE**, enquanto concessionária do serviço e o investimento da contratada (SPE) não será remunerado mediante a exploração da obra, considerando que será a **SAAE** a operadora do sistema.

⁴⁴ A figura do contrato de programa encontra-se prevista na Lei n.º 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.



Acerca da atuação da assessoria jurídica nos procedimentos licitatórios, colaciona-se o seguinte entendimento doutrinário:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de aponta-lo.

A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição. Entendimento similar pode pôr-se quanto à avaliação sobre os fatos relevantes para uma decisão. Por isso, poderá (deverá) punir-se o servidor público que adota interpretação contrária ao Direito, aberrante, ou se o prolator do parecer desvirtuar os fatos ocorridos, adotando versão não fundada em documentos ou outras provas. Se a decisão administrativa for entranhada de defeito desconhecido do agente que forneceu o parecer, não cabimento em sua responsabilização. Tanto mais por ser inadmissível impor uma espécie de “responsabilidade política” ao sujeito que desempenha função de assessoramento, sancionando-o apenas em virtude da consumação de um resultado reputado incompatível com valores protegidos pelo Direito. Aquele que desempenha atividade de assessoramento jurídico ou técnico sujeita-se ao regime jurídico genérico: a responsabilização civil, penal ou administrativa depende da culpabilidade. Enfim, é essencial preservar a autonomia da função de assessoramento jurídico ou técnico. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 506).

O mesmo autor cita em sua obra trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), extraída do Mandado de Segurança n.º 24.073-3-DF:

“Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferecer parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa... O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se



decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, sem sentido largo...” (rel. Min. Carlos Velloso).

[...]

“Advogado público – Responsabilidade – art. 38 da Lei nº 8.666/93 – Tribunal de Contas da União – Esclarecimentos. Prevendo o art. 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 507)

Diante dos indícios de irregularidade dos procedimentos adotados pelo SAAESMA na Concorrência n.º 002/2011, emergem dos fatos fundadas dúvidas quanto à lisura do certame.

Sugere-se, por fim, que os servidores do SAAESMA responsáveis pela elaboração e pela aprovação do modelo de negócio em análise sejam ouvidos pessoalmente por esta Corte de Contas nos autos da Denúncia TC-7639/2011 para que prestem os devidos esclarecimentos.

4 CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, encampando em sua essência o posicionamento firmado pela área técnica deste Tribunal, o Ministério Público de Contas manifesta-se no seguinte sentido:

- a) Pelo desencarte das peças juntadas neste Estudo de Caso Especial pelo Consórcio Águas do Cricaré, com a sua conseqüente devolução aos respectivos signatários, ou, sucessivamente, pela sua desconsideração para fins de formação do entendimento deste Tribunal acerca do objeto de estudo deste procedimento.
- b) Pela impossibilidade jurídica de a Administração Pública contratar a realização de obras por meio do modelo de negócio formatado pelo



SAAESMA e denominado de “locação de ativos precedida de direito real de uso das áreas”, porquanto tratar-se de:

- I. Contrato atípico, assim considerado aquele formado predominantemente por normas de direito privado, que não possui previsão legal expressa no ordenamento pátrio, violando os princípios da legalidade administrativa, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência insculpidos na cabeça do art. 37 da Constituição Federal⁴⁵, por oferecer restrições desproporcionais aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público em benefício de interesses privados, além de importar em realização de despesa antieconômica⁴⁶;
- II. Contrato de locação que dissimula a realização de obra, uma vez que estabelece a transferência gratuita e automática da propriedade dos bens “locados” por ocasião do advento do termo contratual, desvirtuando, assim, os institutos da locação e da doação, por representar verdadeira obrigação e não liberalidade, além de impor à Administração Pública a aquisição de bens desgastados por 30 anos de uso – caso ainda existentes –, ferindo o princípio da eficiência retromencionado;
- III. Contrato que inclui no objeto a obtenção do financiamento por parte do licitante vencedor, em nítida afronta ao preceito contido no § 3º do art. 7º da Lei n.º 8.666/1993⁴⁷, que veda essa prática;

⁴⁵ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁴⁶ **Art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

⁴⁷ **Art. 7º.** As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
[...]



IV. Contrato que representa burla as regras que estabelecem limites de endividamento para a Administração Pública, notadamente aos objetivos delineados pelo § 1º do art. 1º, art. 32 e art. 40 da Lei Complementar n.º 101/2000⁴⁸, bem como ao inciso II do art. 3º

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

⁴⁸ **Art. 1º** Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

[...]

Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

§ 1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:

I - existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

II - inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

III - observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal;

IV - autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

V - atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição;

VI - observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

§ 2º As operações relativas à dívida mobiliária federal autorizadas, no texto da lei orçamentária ou de créditos adicionais, serão objeto de processo simplificado que atenda às suas especificidades.

§ 3º Para fins do disposto no inciso V do § 1º, considerar-se-á, em cada exercício financeiro, o total dos recursos de operações de crédito nele ingressados e o das despesas de capital executadas, observado o seguinte:

I - não serão computadas nas despesas de capital as realizadas sob a forma de empréstimo ou financiamento a contribuinte, com o intuito de promover incentivo fiscal, tendo por base tributo de competência do ente da Federação, se resultar a diminuição, direta ou indireta, do ônus deste;

II - se o empréstimo ou financiamento a que se refere o inciso I for concedido por instituição financeira controlada pelo ente da Federação, o valor da operação será deduzido das despesas de capital;

III - (VETADO)

§ 4º Sem prejuízo das atribuições próprias do Senado Federal e do Banco Central do Brasil, o Ministério da Fazenda efetuará o registro eletrônico centralizado e atualizado das dívidas públicas interna e externa, garantido o acesso público às informações, que incluirão:

I - encargos e condições de contratação;

II - saldos atualizados e limites relativos às dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e concessão de garantias.

§ 5º Os contratos de operação de crédito externo não conterão cláusula que importe na compensação automática de débitos e créditos.

[...]

Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

§ 1º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas, observado o seguinte:

I - não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente;

II - a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida.

§ 2º No caso de operação de crédito junto a organismo financeiro internacional, ou a instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além do disposto no § 1º, as exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias.



da Resolução n.º 40/2001 do Senado Federal⁴⁹, que estipula limites em função da Receita Corrente Líquida (RCL)⁵⁰;

V. Contrato que viola a alínea “b” do inciso VI do art. 5º da Resolução n.º 43/2001 do Senado Federal⁵¹, ao utilizar recursos provenientes dos royalties para concessão de garantia por período superior ao mandato do chefe de Poder Executivo;

VI. Contrato que inclui entre os ativos onerosamente locados à Administração Pública, imóveis gratuitamente concedidos pelo Poder Público à empresa locadora;

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

§ 5º É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal.

§ 6º É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos.

§ 7º O disposto no § 6º não se aplica à concessão de garantia por:

I - empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições;

II - instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei.

§ 8º Excetua-se do disposto neste artigo a garantia prestada:

I - por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente;

II - pela União, na forma de lei federal, a empresas de natureza financeira por ela controladas, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.

§ 9º Quando honrarem dívida de outro ente, em razão de garantia prestada, a União e os Estados poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento.

§ 10. O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida.

⁴⁹ **Art. 3º** A dívida consolidada líquida dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação desta resolução, não poderá exceder, respectivamente, a: [...]

II – no caso dos Municípios: a 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida, definida na forma do art. 2º.

Parágrafo único. Após o prazo a que se refere o caput, a inobservância dos limites estabelecidos em seus incisos I e II sujeitará os entes da Federação às disposições do art. 31 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

⁵⁰ A título de informação, registre que a Receita Corrente Líquida (RCL) do Município de São Mateus no exercício financeiro de 2011 foi calculada pelo Relatório Técnico Contábil RTC-405/2012, constante à fl. 1180 da Prestação de Contas Anual TC-2245/2012, no valor de R\$ 199.004.374,90. Portanto, somente a dívida a ser contraída em razão da locação de ativos, no valor de aproximadamente R\$ 590.000.000,00, supera em muito o limite de 1,2 vezes a RCL para aquele período.

⁵¹ **Art. 5º** É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

VI - em relação aos créditos decorrentes do direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de participação governamental obrigatória, nas modalidades de royalties, participações especiais e compensações financeiras, no resultado da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental ou zona econômica exclusiva: [...]

b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação, cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do chefe do Poder Executivo.

§ 1º Constatando-se infração ao disposto no caput, e enquanto não promovido o cancelamento ou amortização total do débito, as dívidas serão consideradas vencidas para efeito do cômputo dos limites dos arts. 6º e 7º e a entidade mutuária ficará impedida de realizar operação sujeita a esta Resolução.

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de royalties será exclusiva para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.



- VII. Contrato que não justifica a concessão de direito real de uso das áreas para a construção das obras;
- c) Como solução para a realização de investimentos de grande porte em infraestrutura, na linha do posicionamento adotado pela área técnica desta Corte, recomenda-se a utilização de modalidades de contratação que já se encontram devidamente regulamentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em todo caso, deve-se sempre proceder à criteriosa análise quanto aos aspectos da legalidade e da economicidade, justificando a opção escolhida em cotejo com as alternativas dispensadas.

Vitória, 15 de março de 2013.

HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Procurador Especial de Contas



REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Serian. **Obras públicas**: licitação, contratação, fiscalização e utilização. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARCHET, Gustavo. **Direito administrativo**: teoria e questões com gabarito. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **Project finance e infra-estrutura**: descrição e crítica. 1998. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev905.pdf. Acesso em: 24.fev.2013.

BRASIL. Ministério da Fazenda – Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público**: parte II – procedimentos contábeis patrimoniais. 5. ed. Brasília: 2012. Disponível em: https://www.tesouro.fazenda.gov.br/images/arquivos/artigos/Parte_II_-_PCP.pdf. Acesso em: 6.mar.2013.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Programa saneamento para todos**: manual de programa de fomento. 2008. Disponível em: http://downloads.caixa.gov.br/arquivos/assitencia_tecnica/doc_basic_23/Fomento_Saneamento_Para_Todos.pdf. Acesso em: 28.fev.2013.

CARVALHO, Alexandre Pimenta da Rocha. **Project finance**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos. 2005. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/alexandrepi mentaprojectfinance.pdf>. Acesso em: 16.fev.2013.

DENTON WILDE SAPTE. **A guide to project finance**. London, 2004. Disponível em: http://raghavseghal.com/Guide_to_Project_Finance.pdf. Acesso em: 26.fev.2013.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume I – parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito civil brasileiro**. Volume III – contratos e atos unilaterais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito civil brasileiro**. Volume V – direito das coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos; PEREIRA, Elias. **Dicionário de termos de contabilidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

JEFF, Ruster. **Mitigating commercial risks in project finance**. *Public policy for the private sector*. World Bank, 1996. Disponível em: <http://rru.worldbank.org/documents/publicpolicyjournal/069ruster.pdf>. Acesso em: 24.fev.2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEMPKE, Thomas Keiserman. **Planos de financiamento em project finance de infra-estrutura**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/28547/000769464.pdf?sequen ce=1>. Acesso em: 25.fev.2013.



LOPES DE SÁ, A.; LOPES DE SÁ, A. M.. **Dicionário de contabilidade**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1994

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador). Silmara Juny de Abreu Chinellato (coordenadora). **Código civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOAVENZADEH, Fred. **Project management: project finance**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2009. Disponível em: http://ocw.mit.edu/courses/civil-and-environmental-engineering/1-040-project-management-spring-2009/lecture-notes/MIT1_040s09 lec02.pdf. Acesso em: 28.fev.2013.

MOREIRA, Hélio Cabral. **Project finance**. 1999. Disponível em: http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/especial/projectf.pdf. Acesso em: 24.fev.2013.

PACHECO, Gilson; OLIVEIRA, Marcelo. **Mercado financeiro**. 2. ed. São Paulo: Fundamento Educacional, 2011.

PADOVEZE, Luís Clóvis. **Manual de contabilidade básica**: uma introdução à prática contábil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



SANTOS, Silvana dos. **Aplicação do *project finance* para alavancagem de empreendimentos hidrelétricos de pequeno porte.** Universidade Federal de Itajubá, 2003. Disponível em:
<http://www.cerpch.unifei.edu.br/arquivos/dissertacoes/aplicacao-project-finance-para-alavancagem-empreendimentos-hidreletricos.pdf>. Acesso em:
24.fev.2013.

TAVARES, Rogério de Paula. **Parcerias público-privadas:** desenho financeiro da operação. Salvador: Caixa Econômica Federal, 2005.

WORLD BANK, International Finance Corporation (IFC). ***Project finance in developing countries.*** Disponível em:
<http://rru.worldbank.org/documents/toolkits/highways/pdf/23.pdf> Acesso em:
24.fev.2013.