

## A RESPONSABILIDADE FISCAL NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

**Fernando Vernalha Guimarães**

*Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná  
Consultor do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Unidade de Parcerias  
Público-Privadas), Professor da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Curitiba  
(Unicuritiba) e de outras instituições. Advogado e Consultor em Direito Público*

**RESUMO:** O artigo examina as cautelas fiscais que devem impor-se aos ajustes de Parceria Público-Privada no direito brasileiro. Identificando a pertinência do *controle de fluxo (paygo)* e do *controle de estoque de dívida* aos programas de PPP, o texto dedica-se ao exame mais específico acerca dos critérios que permitirão a aplicabilidade do *controle de estoque*, a partir também do exame do conteúdo da Portaria nº 614/2006 da Secretaria do Tesouro Nacional. Neste enfrentamento, discute-se a Regulação do tema pela via infra-legal, afirmando-se a validade dos critérios acolhidos pela norma. Outros pontos relevantes do tratamento fiscal da PPP são enfrentados, como a natureza contábil dos compromissos financeiros assumidos pelo parceiro público, e o conteúdo normativo dos artigos 22 e 28 da Lei nº 11.079/2004.

**PALAVRAS-CHAVE:** Parceria público-privada; concessão de serviço público; contrato administrativo; Responsabilidade Fiscal; Controle de fluxo; Controle de estoque da dívida; Dívida Pública Fundada; Portaria nº 614/2006.

### 1. Introdução

No universo das PPPs, a responsabilidade fiscal é um aspecto de enorme relevância. Estes contratos, de longuíssima duração e de acentuada dimensão econômico-financeira, envolvem em todos os casos o comprometimento de recursos públicos (e, na grande maioria dos casos, o comprometimento de contraprestações pecuniárias providas pelo parceiro público), além da possibilidade da distribuição de riscos (imprevisíveis, inclusive) entre parceiro público e parceiro privado, com efeitos hábeis a impactar orçamentos futuros. Estas características atraem as cautelas da responsabilidade fiscal, submetendo os ajustes de PPP ao atendimento de diversos requisitos daquela Lei, inclusive aos sistemas de *controle de fluxo* e *controle de estoque da dívida*, nos termos adiante examinados.

Reforçando-se o estabelecimento de uma diretriz de responsabilidade fiscal prescrita pelo inciso IV de seu art. 4º, a Lei n. 11.079/2004 prescreveu uma série de constrangimentos à Administração visando ao enquadramento da gestão administrativa nos parâmetros de uma gestão fiscal responsável. Ainda que a grande maioria destas amarras já se encontrasse acolhida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a explícita associação destes controles à disciplina das PPPs pela Lei específica não é supérflua, dado um risco de se emprestar à exegese do modelo nacional a configuração jurídico-contábil praticada na experiência histórica europeia<sup>1</sup>, em que a especificidade das técnicas de contabilização usualmente praticadas desafiou um adequado controle fiscal dos compromissos assumidos pelo Poder Público na esfera das *public private partnerships*.

## 2. A PPP como via histórica a contornar limitações fiscais (a experiência europeia)

O tema da responsabilidade fiscal apresenta relação intrínseca com a gênese da PPP. Deve-se lembrar que o modelo das PPPs disseminou-se na Europa (a partir do modelo britânico das *Private Finance Initiative*) como um meio de evitar restrições orçamentárias impostas pelo Tratado de Maastricht e pelo Pacto de Crescimento e Estabilidade, que impuseram uma limitação ao déficit público dos países-membros da UE. Um dos *critérios de convergência* estabelecidos pelo Tratado esteve no respeito pelos Estados-membros (para o ingresso na terceira fase da UEM) ao limite de 3% do déficit orçamental em relação ao produto interno bruto, assim como no atendimento ao limite de 60% da dívida pública em relação ao produto interno bruto. As PPPs significaram um instrumento contratual adequado a possibilitar investimentos em infra-estrutura sem o correspondente comprometimento fiscal do Poder Público, permitindo-se inscrever os ativos financeiros relativos à execução de empreendimentos de infra-estrutura na contabilidade do parceiro privado. Constituíram, assim, um modelo que permitiu jogar para fora do balanço da Administração Pública (*off balance sheet*) os investimentos demandados na construção de grandes empreendimentos em infra-estrutura<sup>2</sup>. Transferidos os investimentos ao capital

<sup>1</sup> Pode-se lembrar, aqui, a advertência de VITAL MOREIRA, quando comentava que “O perigo da PFI é que ela constitui um modo tentador de os governos fazerem obra rapidamente, sob pressão política, sem uma rigorosa avaliação do seu custo final para os contribuintes. A desnecessidade de endividamento público para construir a obra e o diferimento dos encargos para o futuro têm em si mesmo um efeito anestesiador da opinião pública”. “A Tentaçao da Private Finance Initiative (PFI)”, In MARQUES, Maria Manuel Leitão. MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 189.

<sup>2</sup> Na palavra de ANA MARÍA JUAN LOZANO e de JESÚS RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, “...el debate sobre las modalidades de financiación privada de infraestructuras y servicios se viene enmarcando em la búsqueda de soluciones a las restricciones presupuestarias. De este modo, cuando em La actualidad se analizan las distintas alternativas que se barajan en el ámbito de las Administraciones Públicas se viene haciendo hincapié, em numerosas ocasiones, em su utilidad para mantener el esfuerzo inversor sin comprometer las exigencias presupuestarias derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea”. *La Colaboración Público-Privada em La Financiación de Las Infraestructuras y Servicios Públicos. Una Aproximación desde los Principios Jurídico-Financieros*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006, p. 26 e 27.

privado, livrava-se o balanço público da inscrição destes ativos, o que permitia que estes investimentos não impactassem o endividamento dos países europeus.

É verdade que a evolução histórica ensejou o incremento de controles orçamentários ou de endividamento relativamente aos riscos assumidos pelo parceiro público nos contratos de PPP, sob a percepção de que a assunção de riscos em contratos de tão longo prazo pode materializar impactos fiscais futuros. Lembre-se a tão incisivamente criticada experiência portuguesa com as concessões rodoviárias sem custos para o utilizador – SCUT (inspirada no modelo do *shadow toll*) - regidas neste país pelo Decreto-Lei n. 267/97, pelas quais se concedeu a concepção, conservação e exploração de auto-estradas a partir de remuneração provida exclusivamente pelo poder concedente (o poder público arca com o custo das tarifas que seriam pagas pelos usuários) -, por terem gerado fortes e sucessivos impactos nos orçamentos públicos deste país.

A preocupação quanto a uma adequada contabilização dos compromissos financeiros dos Estados europeus assumidos em ajustes de PPP resultou numa iniciativa da Eurostat (agência responsável pelas estatísticas da Comunidade Européia) de unificar e padronizar a contabilização dos compromissos financeiros envolvidos nas PPPs. Segundo uma decisão de fevereiro de 2004 da Eurostat - *New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships* -, os compromissos financeiros em princípio poderão ser inscritos no balanço do parceiro privado (*off government balance sheet*), desde que o parceiro privado assuma (i) o risco de construção (*construction risk*) do projeto e, além disso, (ii) o risco de disponibilidade (*availability risk*) ou o risco de demanda (*demand risk*)<sup>3</sup>. Nos termos da decisão, para que se caracterize a assunção destes riscos pelo parceiro privado, é necessário que este absorva *parcela majoritária*<sup>4</sup> do risco de construção e do risco de disponibilidade ou do risco de demanda. A cobertura do risco de construção abrange atrasos na entrega da construção e diferenças de custo experimentadas ao longo de sua execução, particularmente daquelas decorrentes de deficiências técnicas e externalidades negativas. O risco de disponibilidade refere-se à disponibilização do objeto da parceria (pelo parceiro privado), em seus aspectos qualitativos e quantitativos (o que envolve também as penalizações econômicas a propósito do descumprimento das obrigações contratuais). Já o risco de demanda tem por

---

<sup>3</sup> “Eurostat recommends that the assets involved in a public-private partnership should be classified as non-government assets, and therefore recorded off balance sheet for government, if both of the following conditions are met: (1) the private partner bears the construction risk, and (2) the private partner bears at least one of either availability or demand risk. If the construction risk is borne by government, or if the private partner bears only the construction risk and no other risks, the assets are classified as government assets. This has important consequences for government finances, both for the deficit and the debt. The initial capital expenditure relating to the assets will be recorded as government fixed capital formation, with a negative impact on government deficit/surplus. As a counterpart of this government expenditure, government debt will increase in the form of an “imputed loan” from the partner, which is part of the “Maastricht debt” concept. The regular payments made by government to the partner will have an impact on government deficit/surplus only for the part relating to purchases of services and “imputed interest”.

<sup>4</sup> “Many risks may be observed in practice in such arrangements. The wording used may be in addition diverse and confusing. This is why, for the purpose of this decision, Eurostat has selected three main categories of “generic” risks. Therefore, “bearing a risk” for one party means that this party bears the majority of the risk” *New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships* - 18/2004 - 11 February 2004, Eurostat.

cobertura as variações de demanda, referindo-se aos níveis de utilização pelos usuários (risco de utilização), quando estes se distanciam do previsto pelo projeto.

A decisão da Eurostat é, portanto, uma tentativa de impor a obrigação dos Estados-membros em contabilizar os ativos de uma PPP como dívida do Poder Público sempre que este assumir riscos relevantes num projeto de PPP. Como referido pela Agência: “Em contas nacionais, os ativos envolvidos em PPP podem ser considerados como ativos não governamentais somente se existir forte evidência de que o parceiro (privado) suporta a maior parte dos riscos envolvidos na parceria em questão. Deste modo, esta análise de riscos suportados pelas partes envolvidas no contrato é o elemento fundamental para acessar o tipo de parceria envolvida no projeto, no que diz respeito à classificação dos ativos envolvidos no contrato, de modo a garantir correta contabilização dos impactos da PPP no déficit público”<sup>5</sup>.

O modelo brasileiro de PPP já nasceu contaminado por estas preocupações. Não por acaso a Lei n. 11.079/2004 trouxe uma série de restrições à assunção de compromissos financeiros pela Administração no âmbito de PPPs. No Brasil, a questão da responsabilidade fiscal nas PPPs merece especial preocupação tendo em vista que o modelo nacional pressupõe sempre a existência de contraprestações públicas em contratos de PPP – e quase sempre esta contraprestação terá natureza de contraprestação pecuniária (o que não ocorre, em todos os casos, nos modelos estrangeiros de PPP).

### 3. As Ferramentas de Controle Fiscal das PPPs no Direito Brasileiro

No direito da responsabilidade fiscal, identificam-se dois instrumentos relevantes a assegurar o equilíbrio das contas públicas: as restrições diretamente aplicáveis à *geração de despesa* (artigos 16 a 24 da LRF) e o *controle sobre o endividamento* (artigos 29 a 38 da LRF) – considerado um *controle do estoque da dívida*. Esses dois sistemas são complementares no exercício de controle do equilíbrio fiscal da gestão pública.

Uma regra importante do controle de fluxo, aplicável às despesas de caráter obrigatório e continuado (§ 2º do art. 17), reside em assegurar que a geração de novas despesas será acompanhada pelo aumento proporcionado de receitas ou pela diminuição proporcional de outras despesas. Esta técnica, incorporada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, é herdada do direito norte-americano, onde se conhece o sistema PAYGO (*pay-as-you-go*), instituído pelo *Budget Enforcement Act*, de 1990-2002<sup>6</sup>. No dizer de WÉDER DE OLIVEIRA, os procedimentos do

<sup>5</sup>“In national accounts, the assets involved in a public-private partnership can be considered as non-government assets only if there is strong evidence that the partner is bearing most of the risk attached to the specific partnership. Therefore, this analysis of risks borne by the contractual parties is the core element of the assessment of a partnership project, as regards classification of the assets involved in the contract, in order to ensure the correct accounting of the impact on the government deficit of public-private partnerships”. *New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships* - 18/2004 - 11 February 2004, Eurostat.

<sup>6</sup>“The Budget Enforcement Act of 1990 (Title XIII of P.L. 101-508) was designed to constrain future budgetary actions by Congress and the president. It took a different tack on fiscal restraint than earlier efforts, which had focused on annual deficit targets in order to balance the budget. Rather than force agreement where there was none, BEA was designed to enforce a

PAYGO aplicam-se às legislações sobre receitas e despesas obrigatórias. “Qualquer programa novo ou proposta de expansão de programa mandatário já existente ou redução de tributos (inclusive ampliação benefícios tributários) requer que o respectivo aumento de despesa ou redução de receita seja compensado, por um aumento em outras receitas ou por uma redução de despesas com programas mandatários, ou ambos”<sup>7</sup>.

Este sistema de compensação inspirou a legislação nacional sobre responsabilidade fiscal. Retrata um exercício prognóstico, com o objetivo de alcançar um equilíbrio intertemporal entre despesas e receitas públicas. Como uma ferramenta que funciona à base (também) de previsões, não apresenta resultados absolutamente seguros. As previsões que alimentam as indicações de ingresso de receitas e geração de despesas não serão revestidas de certeza, na aceção de que podem não se confirmar no futuro.

Como as indicações de ingresso de receitas e de geração de despesas não comportam diagnósticos plenamente seguros, a falibilidade deste sistema, do ponto de vista do alcance de uma gestão fiscal equilibrada, é atenuada e complementada pelo sistema de *controle de endividamento* (ou controle do estoque da dívida).

O sistema do controle de endividamento (artigo 29 e seguintes da Lei de Responsabilidade Fiscal) funciona a partir da imposição de limites à dívida consolidada líquida e à dívida mobiliária dos entes federados. Controla-se, por esta via, a expansão da dívida estatal pela previsão de limites máximos (percentuais) incidentes sobre o valor da *receita corrente líquida*.

No direito brasileiro, o limite do estoque da dívida pública consolidada é calculado (para o Distrito Federal, Estados e Municípios), segundo a Resolução n. 40/2001 do Senado Federal (que exerceu a competência lhe outorgada pelo inciso VII do art. 52 da CF), mediante um percentual máximo incidente sobre a “receita corrente líquida”<sup>8</sup>. *Dívida pública consolidada* é definida pela normativa como “o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras, inclusive as decorrentes de emissão de títulos, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito para amortização em prazo superior a 12 meses, dos precatórios judiciais emitidos a partir de 5 de maio de 2000 e não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, e das operações de crédito, que, embora de prazo inferior a 12 meses, tenham constado como receitas no orçamento” (art. 1º, § 1º, III)<sup>9</sup>. Já *receita corrente líquida* define-se

---

previously reached agreement on the amount of discretionary spending and the budget neutrality of revenue and mandatory spending legislation”. Budget Process – Extending Budget Controls. United States General Accounting Office, 2002.

<sup>7</sup> “Lei de Responsabilidade Fiscal, Margem de Expansão e o Processo Legislativo Federal”. Monografia premiada em 1º lugar no IX Prêmio Tesouro Nacional – 2004, Lei de Responsabilidade Fiscal - Tema Especial. Brasília: ESAF, 2004, p. 24.

<sup>8</sup> Nos termos do art. 3º da Resolução n. 40, 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 da Resolução (2001), não poderá exceder, respectivamente, a: no caso dos Estados e do Distrito Federal: 2 vezes a receita corrente líquida; e, no caso dos Municípios: a 1,2 vezes a receita corrente líquida.

<sup>9</sup> Lembre-se que, nos termos do inciso I do art. 29 da LRF, dívida pública consolidada ou fundada corresponde ao “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”. E § 3º do mesmo

como “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”.

A Lei n. 11.079/2004 acolheu ambos os sistemas de controle da dívida: controle de fluxo e controle de estoque.

Não há maiores dificuldades quanto à aplicação do controle de fluxo às PPPs. Uma PPP sempre gerará despesas públicas, o que atrairá as restrições próprias à hipótese. O controle de fluxo é previsto em alguns dispositivos do art. 10 da Lei 11.079, como na alínea “a” do inciso I do art. 10; e nos incisos II e IV do mesmo art. 10<sup>10</sup>. Fundamentalmente, a preocupação revelada nestes dispositivos está em assegurar a *compensação financeira* relativamente às despesas geradas nos contratos de PPP, mediante o aumento proporcionado de receita ou redução de outras despesas.

Já o controle do endividamento vem previsto na alínea “c” do inciso I do art. 10<sup>11</sup> da Lei Geral de PPP, que remete à regulação infra-legal a determinação dos critérios que conduzem à aplicação dos artigos 29, 30 e 32 da LRF às PPPs. Tal como previsto pelo artigo 25, a consolidação das contas públicas em contratos de PPP será disciplinada de acordo com “normas gerais” editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional. Esta competência foi exercitada por esse órgão em 2006, mediante a edição da Portaria n. 614/2006, em que se estabeleceram regras gerais (mas aplicáveis restritivamente à União Federal) para a contabilização destes gastos públicos.

Esta normativa veio regular, dentre outras hipóteses, o controle sobre o endividamento na celebração de parcerias público-privadas. O seu art. 4º, ao adotar o critério do risco como norteador da contabilização dos ativos de uma PPP na contabilidade do parceiro público, dirimiu dúvida fundamental, plantada deste a gestação da Lei Geral de PPP, acerca da natureza contábil dos compromissos financeiros do parceiro público assumidos naquela sede.

---

artigo complementa: “Também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento”. O art. 98 da Lei n. 4320/64 traz, ainda, outra definição de dívida pública fundada, sendo aquela que “compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos”.

<sup>10</sup> Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: (...) b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e (...) II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

<sup>11</sup> Art. 10. I – (...) c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

#### 4. O tratamento normativo pela Portaria STN n. 614/2006: os critérios que permitem determinar quando uma PPP impactará o endividamento

Como se viu, a alínea “c” do inciso I do artigo 10º da Lei n. 11.079/2004 dispôs que, quando for o caso e na conformidade das normas editadas na forma do art. 25, serão aplicáveis às PPPs os limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da LRF, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato. Já o art. 25 previu que a consolidação das contas públicas em contratos de PPP será disciplinada de acordo com “normas gerais” editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional. Esta competência foi exercitada por esse órgão em 2006, mediante a edição da Portaria n. 614/2006, em que se estabeleceram regras gerais para a contabilização destes gastos públicos. O art. 4º da referida Portaria estabeleceu que “a assunção pelo parceiro público de *parte relevante* de pelo menos um entre os riscos de *demanda*, *disponibilidade* ou *construção* será considerada condição suficiente para caracterizar que a essência de sua relação econômica implica registro dos ativos contabilizados na SPE no balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos”.

Como se observa, a Secretaria do Tesouro Nacional, à semelhança da regulação europeia sobre o tema, acolheu o critério do *risco* como definidor das hipóteses em que uma PPP deve impactar o endividamento, isto é: das hipóteses em que os compromissos financeiros assumidos pelo parceiro público devem ser contabilizados como *dívida pública*. Partindo da diretriz contábil de que o critério para registro das parcerias nas demonstrações contábeis dos entes públicos deverá refletir a *essência de sua relação econômica* com as sociedades de propósito específico - SPE constituídas para operacionalizar a PPP (art. 2º), prescreveu que, sempre que a assunção pelo parceiro público de *parte relevante* de pelo menos um entre os riscos de *demanda*, *disponibilidade* ou *construção*, os ativos contabilizados na SPE deverão constar da contabilidade do ente público (com a correspondente inscrição de passivos).

A disciplina nacional (federal) mostra-se, de um ponto de vista das limitações ao endividamento, mais restritiva, inclusive, que aquela que lhe inspirou. Enquanto no caso europeu os compromissos financeiros em princípio poderão ser inscritos no balanço do parceiro privado, desde que o parceiro privado assuma cumulativamente (i) o risco de construção do projeto + (ii) ou o risco de disponibilidade ou o risco de demanda, a disciplina nacional impõe a contabilização dos ativos (e passivos) da SPE na contabilidade do ente público sempre que o parceiro público assumir *parcela relevante* de qualquer daquelas espécies de riscos.

Vencendo ainda uma indeterminação da normativa estrangeira, a Portaria n. 614 definiu, para fins de aplicação da regra, não apenas o que se deve entender por risco de construção, risco de demanda e risco de disponibilidade, mas também em que hipóteses restará configurada a assunção de *parcela relevante* desses riscos. Assim, determinou a norma que o parceiro público deverá contabilizar os ativos (conjuntamente com os correspondentes passivos)

da SPE sempre que (i) assumir parcela relevante do *risco de demanda*<sup>12</sup>, o que se configurará quando o parceiro público garantir ao parceiro privado receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperado para o projeto, independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria; (ii) assumir parcela relevante do *risco de construção*<sup>13</sup>, o que se configurará quando garantir ao parceiro privado compensação de pelo menos 40% em relação ao custo originalmente contratado ou 40% em relação à variação do custo que exceder ao valor originalmente contratado, considerando todos os custos referentes à constituição ou manutenção do bem associado à parceria, inclusive mediante a indexação da receita do contrato a índices setoriais de preços que reflitam a evolução do custo de construção e manutenção do bem e o repasse de custos de reparos e outros custos de manutenção do bem; e (iii) assumir parcela relevante do *risco de disponibilidade*<sup>14</sup>, o que se configurará quando garantir ao parceiro privado o pagamento de pelo menos 40% da contraprestação independente da disponibilização do serviço objeto da parceria em desacordo com as especificações contratuais. Lembre-se que a própria Lei, no seu art. 7º, limita a assunção destes riscos, ao impor que as contraprestações providas pelo parceiro público deverão obrigatoriamente ser precedidas da disponibilização do serviço.

Além disso, determinou o art. 7º da Portaria que os riscos deverão ser provisionados e contabilizados pelos entes públicos em decorrência de garantias concedidas ao parceiro privado ou em seu benefício.

Restaram excetuadas da obrigação de registro no balanço do ente público dos ativos contabilizados na SPE as concessões patrocinadas nas quais não exista contraprestação fixa devida de forma independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria, desde que o parceiro público não assuma parte relevante nem do risco de disponibilidade nem do risco de construção (§ 2º do art. 4º).

Logo e como se vê, a assunção de riscos pelo parceiro público constituiu-se no único e específico critério elegido pela normativa para a contabilização dos compromissos financeiros do parceiro público como *dívida*, considerando-se estes para fins de incidência do limitador do endividamento (dívida pública consolidada) fixado mediante um percentual máximo incidente sobre a *receita corrente líquida* – como se viu acima.

Não seria despropositado antever que estes critérios de contabilização influenciarão na prática da alocação de riscos em contratos de PPP (um dos aspectos mais relevantes para um desenho eficiente do contrato de PPP). Aponta-se o risco da lógica da *eficiente distribuição-alocação dos riscos* ser relativizada mediante propósitos fiscais, com vistas à administração do balanço do ente público. Vale lembrar aqui o que adverte o Tesouro Inglês quanto a programas de PFI: “é relevante que autoridades não comprometam o *value-for-*

<sup>12</sup> Define a regra *risco de demanda* “como o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem objeto do contrato possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público”.

<sup>13</sup> Define a regra o risco construção “como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem”.

<sup>14</sup> Define a regra o risco de não disponibilização do bem “como sendo o fornecimento do serviço em desacordo com os padrões exigidos, ou desempenho abaixo do estipulado”.

money a partir da transferência de riscos desnecessariamente com vistas a obter um específico resultado em sua contabilização: riscos devem ser absorvidos pelas partes que sejam mais hábeis a administrá-los”<sup>15</sup>.

#### 4.1 A Regulação do tema pela via infra-legal – a validade dos critérios acolhidos pela norma

Um aspecto que deve ser analisado no contexto da disciplina infra-legal da temática da caracterização dos compromissos financeiros assumidos pelo parceiro público em uma PPP para fins de sujeição ao controle do endividamento reside na (in)compatibilidade dos critérios definidos pela norma regulamentar com as noções veiculadas pelo direito financeiro posto, inscritas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Trata-se de examinar se a disciplina daquela Portaria harmoniza-se com a noção de *dívida pública consolidada*, plantada no art. 29 da LRF e utilizada pela Resolução n. 40/2001 do Senado Federal como um elemento do cômputo do limite ao estoque da dívida. Neste enfoque, se os compromissos financeiros assumidos pelo Poder Público em PPP configurarem dívida pública consolidada, serão automaticamente computados para o cálculo do endividamento; se forem, contudo - de acordo com a sua natureza -, incompatíveis com aquela noção legal, não deverão somar-se à base do endividamento.

Como se disse, a noção de dívida pública fundada vem prescrita pelo inciso I do art. 29 da LRF como sendo o “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”<sup>16</sup>. A dívida fundada decorrerá então de *obrigações financeiras* de toda ordem assumidas pelo ente público, amortizáveis em prazo superior a 12 meses. Socorrendo-se da definição contida na Lei n. 4.320/64 (art. 98), tem-se que a dívida fundada “compreende os compromissos de exigibilidade superior a dozes meses, *contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financiamento de obras e serviços públicos*”. O conceito operado pelas normas parece ter sido amplo o suficiente para permitir, em tese, a recondução de certos compromissos financeiros assumidos pelo Estado em ajustes de PPP. Como diz a doutrina: “Dele decorre que qualquer espécie de obrigação contraída pela Administração Pública será suscetível de subsunção a essa categoria – a de dívida pública fundada – pela simples circunstância de traduzir uma obrigação financeira com pagamento previsto para período superior a 12 meses”<sup>17</sup>. A amplitude<sup>18</sup> do conceito de “dívida pública

<sup>15</sup> *Value for Money – Assessment Guidance*. HM Treasury Contracts. London. 2006, p. 7. In *hm-treasury.gov.uk*, p. 10.

<sup>16</sup> A mesma definição é veiculada pelo inciso III do § 1º do art. 1º da Resolução nº 40/2001, com as alterações da Resolução nº 5/2002, e pelo inciso III do art. 2º da Resolução nº 43/2001, com as alterações decorrentes da Resolução nº 3/2002, da Resolução nº 19/2003, e da Resolução nº 67/2005.

<sup>17</sup> VANICIE LÍRIO DO VALLE afirma compreender o conceito “uma extensa gama de obrigações pecuniárias da Administração Pública, tendo em consideração, especialmente, o dado de projeção futura de efeitos...”. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma Conciliação Possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 140 e 141.

consolidada” tem autorizado a doutrina a entender que o enquadramento daqueles compromissos como “dívida pública fundada” caberá à lei em sentido amplo (o que abrange a via regulamentar)<sup>19</sup>.

Na missão de definir critérios objetivos à contabilização dos gastos em PPP, a Portaria n. 614/2006 veio então a precisar os casos em que uma PPP deve impactar o endividamento. Supôs o regulador que a assunção de “parcela relevante” dos riscos contratuais pelo parceiro público conduz a um certo nível de exposição do patrimônio público a contingências futuras potencialmente lesivas, o que justifica a inscrição deste passivo na contabilidade da Administração. Esta justificativa decorre da presunção de que parte daqueles riscos se materializará futuramente, fazendo nascer o comprometimento das finanças públicas.

Note-se, ademais, que, preservando da inscrição dos correspondentes passivos no balanço do ente público as contraprestações que espelhem apenas a execução dos *serviços*, a norma exceu da obrigação de registro as concessões patrocinadas nas quais não exista contraprestação fixa devida de forma independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria, desde que o parceiro público não assuma parte relevante nem do risco de disponibilidade nem do risco de construção.

O critério, então, não me parece incompatível com o direito vigente. A dificuldade (prática, inclusive) em se definirem de antemão os contornos contábeis dos compromissos financeiros assumidos em parcerias público-privadas, dada sua complexidade<sup>20</sup>, levou o regulador a, operando uma *ficção* jurídica, acolher um critério informado pela assunção de riscos relevantes. A

---

<sup>18</sup> Há quem defenda que, ao se delimitar o montante de dívida pública fundada à assunção de obrigações *financeiras*, a norma exceua daquele cômputo as operações que não se destinem a atender necessidades de *financiamento* de certas despesas públicas: “dívida pública é a obrigação do Poder Público originária do apelo ao crédito para atender a necessidades de financiamento de despesas processadas em volume superior à realização de suas receitas efetivas, cujo ingresso não gera obrigação de contrapartida futura”. FIGUEIREDO, Carlos Maurício. FERREIRA, Cláudio. RAPOSO, Fernando. BRAGA, Henrique. NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2001, ps. 180 e 181.

Nesta linha, despesas geradas com a prestação de *serviços* estatais não concorrem, como regra, para o cômputo da dívida pública, pois se traduzem em despesas de custeio, não incorrendo em operações de *financiamento* de bens, aquisição de ativos etc. Neste sentido já assinalou VERA MONTEIRO. “Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos Fiscais desse novo Modelo de Contratação”, *In Parcerias Público-Privadas* (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110 e 111.

<sup>19</sup> Ver RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 435

<sup>20</sup> As PPPs retratam configurações complexas, a depender do desenho econômico-financeiro dos arranjos concretos. Podem envolver execução de infra-estrutura associada à prestação de *serviços* e ao fornecimento de bens e equipamentos. A partir da disponibilização da infra-estrutura ou do *serviço*, a prestação de *serviços* será remunerada, mas nem sempre dimensionada por valores que traduzam a sua contraprestação, envolvendo, por vezes, o custo + lucro pela execução de obra previamente realizada (e reversível ao parceiro público, o que retrata aquisição de ativos). Além disso, as PPPs que funcionem na base de uma concessão patrocinada podem envolver contraprestações do parceiro público como pagamento por ativos adquiríveis ou adquiridos. Portanto: os compromissos financeiros podem assumir variados figurinos contábeis, a depender de sua destinação. Ademais, contratos desta espécie envolvem a possibilidade de assunção de riscos fiscais pelo parceiro público, situação potencialmente lesiva às finanças públicas, podendo gerar, ao tempo de sua assunção, efeitos (materiais) equivalentes ao do endividamento. Logo, a contabilização destes gastos não é singela e demanda o acolhimento de critérios objetivos para a definição dos casos concretos.

assunção de riscos relevantes pode ser considerada situação de efeitos equiparáveis ou reconduzíveis aos de obrigações financeiras de longo prazo – noção que está no cerne da definição legal de dívida pública fundada. A opção pela ficção decorre de um princípio de *praticabilidade*, que tem por função tornar simples a aplicação do direito, evitando-se “a investigação exaustiva do caso isolado, com o que se reduzem os custos na aplicação da lei”, assim como a dispensa da colheita de provas difíceis ou mesmo impossíveis”<sup>21</sup>.

No estudo das ficções, diz-se, como lembra SCHERKERKEWITZ com apoio em LEGAZ LACAMBRA, que esse fenômeno se opera quando (i) uma norma recolhe em seu texto uma realidade ou um dado pré-jurídico para submeter-lhe a determinados efeitos jurídicos; (ii) a norma violente nesse processo a natureza pré-jurídica daquela realidade; (iii) haja discrepância, pela via direta ou indireta, entre um conceito ou uma valoração pré-jurídica contida numa norma e uma realidade pré-jurídica<sup>22</sup>. A veiculação do critério do risco à contabilização do gasto público em PPP não parece traduzir, como se nota, uma *ficção* típica ou própria, mas uma *imprópria*, de natureza *equiparadora*, pois a norma que o veicula apenas indiretamente assemelha a realidade pré-jurídica pressuposta (a situação de risco alocado ao parceiro público) a outra essencialmente diferente (a contração de dívida pelo Estado ou o comprometimento efetivo de finanças públicas) para aplicar-lhe o mesmo efeito jurídico (a mesma disciplina jurídica específica)<sup>23</sup>.

Pois essa ficção equiparadora foi operada pelo órgão regulamentador como técnica a disciplinar objetivamente os critérios definidores da contabilização dos gastos públicos em PPP. A edição da Portaria n. 614 vem preencher, assim, um espaço regulatório (e regulamentar) deixado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, completando-se a disciplina sobre o tema.

#### **4.2 O conteúdo meramente declaratório da regra do art. 25 – matéria reservada à lei complementar**

No exame da norma do art. 25 da Lei n. 11.079/2004, deve-se atentar para a sua qualidade de norma de “finança pública”, o que desafia, em princípio, pelo ângulo da constitucionalidade da via de instituição, sua validade. É indissfarçável que o campo temático recoberto pela regulação que veicula pertence à área das finanças do Estado. Pretende o dispositivo impor disciplina a propósito da *consolidação das contas públicas* em contratos de PPP, extravasando, neste particular, a competência instituída à União pelo inciso XXVII do art. 22 para a edição de normas gerais sobre contratos administrativos. Avança em área

<sup>21</sup> SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. *Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, ps. 51 e 52.

<sup>22</sup> *Presunções...*, p. 39 e 40.

<sup>23</sup> Relativamente à discrepância entre a valoração pré-jurídica contida numa norma e uma realidade pré-jurídica, comenta o autor que “a discrepância pode dar-se de forma direta (mediante a definição normativa de um conceito que violenta essencialmente a realidade pré-jurídica – caso das ficções típicas) ou por via indireta, quando a norma jurídica, sem dar um conceito próprio de uma realidade pré-jurídica, assemelha-a a outra essencialmente diferente em sua natureza pré-jurídica para aplicar-lhe a norma elaborada para aquela (ficção equiparadora ou impróprias)”. *Presunções...*, p. 40.

circunscrita às finanças públicas e à disciplina da dívida pública, reservadas à *lei complementar* pelos incisos I e II do art. 163 da Constituição federal.

Como a Lei Geral de PPP é lei ordinária, o dispositivo do art. 25 deveria, em princípio, ser tomado por inconstitucional por ofensa aos incisos I e II do art. 163 da Constituição federal.

Mas a sua dicção pode ser considerada de cunho exclusivamente *declaratório*, uma vez que veicula comando já prescrito pela Lei de Responsabilidade Fiscal – essa, de natureza complementar.

A Secretaria do Tesouro Nacional é órgão da Administração Pública federal competente para a edição de regulamentos em matéria de finança e dívida pública. É apto a veicular regulamentação, por exemplo, a propósito da Lei de Responsabilidade Fiscal. O desaparecimento do artigo 25 não importaria subtrair o substrato legal para que a regulamentação veiculada pela Portaria n. 614/2006 pudesse manter-se válida. A referibilidade legal deste regulamento acha-se na Lei de Responsabilidade Fiscal. O conteúdo do art. 25 não cria nenhuma condição originária fundante de competência regulamentar que já não pudesse ser extraída da Lei de Responsabilidade Fiscal – por força do § 3º do art. 50. Neste aspecto, o desaparecimento do art. 25 do ordenamento não desampara a Portaria n. 614/2006, que tem fixada sua raiz legal naquela Lei Complementar.

O raciocínio acima poderia ser reforçado pela invocação de uma hermenêutica corretiva da Portaria n. 614/2006, amparada no princípio da *interpretação conforme*. Lembro, aqui, apoiando-me nas palavras de LARENZ, que o requisito de interpretação conforme exige dar preferência, nos casos de mais de uma interpretação possível, “àquela interpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência”<sup>24</sup>. Socorrendo-se deste preceito, seria de admitir a manutenção daquela regra, uma vez que, no universo das interpretações possíveis ao caso concreto, concorre com a sua inconstitucionalidade por derivação da norma inconstitucional do art. 25, a sua constitucionalidade, por empresta a norma fundamento direto no § 3º do art. 50 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar), devendo-se o intérprete optar, então, pela sua preservação no seio do ordenamento.

#### **4.3 Os compromissos financeiros do parceiro público não se constituem em operações de crédito**

Ainda a propósito do controle fiscal das PPPs, no que diz com a natureza jurídico-contábil dos compromissos financeiros do parceiro público, um problema que surge refere-se à possibilidade de recondução do tipo da PPP ao de “operação de crédito”. Se assim for, os contratos de PPP se subordinarão ao tratamento jurídico da operação de crédito.

Assim como se procedeu a propósito do controle da dívida pública fundada, o Senado Federal, por força do prescrito no inciso VII do art. 52 da Constituição Federal, disciplinou os parâmetros às operações de crédito, a partir da edição da Resolução n. 43/2001, alterada pela Resolução nº 3, de 2002, pela Resolução nº 19, de 2003, e pela Resolução n.º 67, de 2005.

<sup>24</sup> *Metodologia da Ciência do Direito*. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 416 e 410 a 414.

Tem-se por operação de crédito o 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 (inc. III do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

De acordo com esse conceito, a subsunção dos compromissos financeiros envolvidos numa PPP à categoria de operação de crédito dependeria de considerá-los como *aquisição financiada de bens*. Como as PPPs traduzem uma opção contratual cujos efeitos jurídicos podem envolver a implementação de infraestrutura pública mediante pagamento diferido pela Administração, assim como a reversão de bens ao patrimônio público ao final do contrato, há quem possa tomá-la por operação assemelhada a uma aquisição financiada de bens.

Não me parece que seja assim. Lembro que as PPPs são contratos *concessórios*. Nesta qualidade, têm por objeto a prestação da gestão de serviços públicos (ou de serviços ao Estado) à Administração. No bojo destes contratos pode inserir-se a implementação de obras e infra-estrutura, o fornecimento de bens etc. Mas serão estes, sempre, escopos acoplados à prestação de um *serviço* à Administração ou aos usuários. Se é verdade que pode existir, de um ponto de vista material, como decorrência da execução de PPPs, aquisição de bens pelo parceiro público, tal será tão-somente um efeito prático da aplicação do modelo de gestão das PPPs, que se organiza a partir da combinação de prestações distintas com vistas a atender certas necessidades da Administração. Relembre-se que sequer é admitida a simples aquisição de bens pela via da PPP: há explícita vedação pela Lei n. 11.079/2004 à hipótese da PPP ter por objeto único a execução de obra ou o mero fornecimento de bens.

Até se pode dizer que um dos efeitos secundários e práticos da aplicação do modelo das PPPs em certos casos seja mesmo a aquisição financiada de bens, sendo que a PPP também poderá revelar uma faceta acessória de *técnica de financiamento* de certos empreendimentos. Mas jamais será esta a vocação precípua do modelo. Fundamentalmente, a PPP é um tipo contratual associativo concebido para transferir a gestão de serviços aos privados. Não há operação financeira, como escopo-fim, em contrato de PPP.

Aliás, há, inclusive, proscrição quanto ao uso das PPPs para o mero financiamento de bens (art. 2º, § 4º, inciso III da Lei nº 11.079/2004) – o que, por si, já revela a improcedência da tese que pretenda reconduzi-la ao tipo da operação de crédito. Essa proscrição revela-se não só pela vedação expressa a que PPPs tenham por objeto exclusivo a execução de obra ou o fornecimento de bens (e a terceirização de mão-de-obra), como pela exigência de que os serviços que obrigatoriamente constarão de seu objeto constituam parcela relevante no conjunto dos escopos. Não se trata, portanto, de mera prestação de serviços secundários, mas da *gestão* de serviços, onde se supõe a valorização econômica do contrato pela integração da habilidade e expertise do parceiro privado: um elemento importante na composição do preço do contrato de PPP está na habilidade de gestão do parceiro privado, encarregado de oferecer soluções gerenciais ao parceiro público. Por isso, estas concessões não podem confundir-se com contratos para a aquisição financiada de bens.

#### 4.4 Os compromissos financeiros do parceiro público como despesas continuadas

É relevante examinar se as despesas geradas à conta de compromissos financeiros do parceiro público em contratos de PPP têm o caráter de despesas continuadas. Muito embora a Lei Geral de PPP tenha imposto generalizadamente o *controle de fluxo* às despesas públicas geradas em projetos de PPP, inutilizando sob esse ângulo a verificabilidade da natureza daquelas despesas como de caráter continuado ou não (hipótese que atrairia a técnica da compensação financeira retratada prescrita pelo § 2º do art. 17 da LRF), a utilidade no exame do tema remanesce pelas exigências inscritas nas normas federais (e não nacionais) dos artigos 22 e 28 da Lei n. 11079/2004.

No objetivo de enfrentar o tema, exponha-se, antes, a definição que o legislador complementar atribuiu à categoria das despesas obrigatórias de caráter continuado. Trata-se da *despesa corrente* derivada de *lei, medida provisória* ou *ato administrativo normativo* que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios (art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Como se tira da definição, as despesas obrigatórias de caráter continuado são qualificadas como *despesas correntes*. Ou seja: serão despesas equivalentes às despesas de custeio e às transferências correntes, distintas das *despesas de capital*, que, por sua vez, envolvem inversões financeiras, transferências de capital e investimentos, classificando-se como tais as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à sua realização.

Portanto, as despesas de caráter continuado, por serem despesas correntes, não se destinarão à execução de bens e à implementação de infraestrutura; resumem-se às despesas ordinárias do funcionamento da Administração (podendo envolver despesas geradas para a manutenção de bens, obras de conservação e adaptação de bens imóveis).

Serão, ademais, para que sejam despesas *obrigatórias* de caráter continuado, despesas derivadas de *lei, medida provisória* ou *ato administrativo normativo*. A letra da norma, neste particular, dá lugar a uma dificuldade de interpretação, uma vez que, sob certo ângulo, todas as despesas públicas exigem prévia autorização legislativa e são, de certa forma, derivadas de lei ou ato administrativo normativo. Uma leitura restritiva dos termos daquela definição poderia sugerir que só seriam assim qualificáveis despesas derivadas *diretamente* de lei, na acepção de serem despesas cuja *obrigação* de sua execução decorreria da lei. Interpretação desta natureza, contudo e como apontam PORTUGAL RIBEIRO e NAVARRO PRADO, excluiria do âmbito do tratamento jurídico das despesas de caráter continuado diversas despesas que requerem atos e contratos etc para sua efetiva realização, as quais vêm sendo consideradas pelas LDOs – Leis de Diretrizes Orçamentárias dos últimos anos como despesas de caráter continuado<sup>25</sup>. A tendência, portanto, que vem sendo revelada na prática brasileira tem sido a de remeter a solução do impasse à LDO; serão qualificadas como despesas obrigatórias de caráter continuado aquelas despesas que, derivadas de lei, medida provisória ou *ato administrativo normativo* que fixem para o ente a

<sup>25</sup> Comentários..., p. 419.

obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios, forem assim definidas pela LDO.

Já pelo exposto, revela-se problemático o enfrentamento do tema a propósito das PPPs. A ausência de definições precisas e objetivas pelo direito acerca da categoria de “despesa obrigatória de caráter continuado” dificulta o enfrentamento da questão. De todo o modo, é indiciária a existência, pelo menos como regra, deste tipo de despesa pública em contratos de PPP, o que se supõe pela prescrição do artigo 22 da Lei n. 11.079/2004. O dispositivo prescreve o controle financeiro sobre despesas obrigatórias de caráter continuado geradas em contratos de PPP. A ausência de sentido em presumir supérfluas ou equívocas as palavras da lei pode conduzir ao reconhecimento da ocorrência (pressuposta pelo legislador) de despesas obrigatórias de caráter continuado em contratos de parceria público-privada.

De todo o modo, é relevante ressaltar que, inclusive para efeito do referido controle financeiro, despesas obrigatórias de caráter continuado não abrangem as despesas de capital, limitando-se às despesas correntes. Assim, no bojo da complexidade dos ajustes de PPP (que decorre de um largo espaço de estipulação deixado pela moldura de seu tipo), será preciso segregar despesas correntes e despesas de capital, reservando-se àquelas – cuja execução se protrairá pelo longo prazo da execução do contrato – a incidência dos limites dos artigos 22 e 28 da Lei n. 11.079/2004. O exame mais específico a propósito da diferenciação jurídico-contábil entre despesas correntes e despesas de capital será exposto abaixo.

#### **4.5 A classificação da despesa pública gerada em uma PPP como despesa corrente ou despesa de capital e sua impertinência para o controle sobre o estoque da dívida**

Não seria supérfluo abordar outro tema que recorrentemente é lembrado a propósito dos controles fiscais e orçamentários em matéria de contratos administrativos: a classificação das despesas decorrentes como *despesa corrente* ou *despesa de capital*. A Lei Geral de PPP nada dispôs sobre o tema<sup>26</sup>. Esta dúvida pode estar associada à própria contabilização dos gastos públicos para fins do controle de estoque de dívida, numa interpretação que desafiaria os critérios objetivos elegidos pela Portaria STN n. 614/2004. Trata-se de apontar uma associação historicamente cultuada entre *despesa corrente* e *não-endividamento* e *despesa de capital* e *endividamento*. Isto é: usa-se defender que as despesas correntes não são aptas a gerar endividamento, o que se produz pelas despesas de capital<sup>27</sup>. Sob este raciocínio, a caracterização jurídica dos

<sup>26</sup> Nos termos do art. 12 da Lei n. 4320/64, as despesas públicas dividem-se em *despesas correntes* – que envolvem despesas de custeio, transferências correntes – e *despesas de capital* – que envolvem investimentos, inversões financeiras e transferências de capital.

<sup>27</sup> Lembra-se, com ALIOMAR BALEEIRO, que (ainda ao tempo de uma classificação entre despesas ordinárias e extraordinárias) “muitos atribuíram fundamental importância a esta classificação e dela procuravam fundamentar a regra para julgamento do *deficit* orçamentário. Este seria grave se fosse suscitado por despesas ordinárias, mas seria justificável quando provocado por despesas extraordinárias. Houve também quem quisesse extrair dessa classificação um cânon de política financeira: as despesas extraordinárias poderiam ser custeadas

gastos em PPP como despesas correntes ou despesas de capital poderia conduzir a considerá-los ou não para fins de endividamento, encerrando-se uma solução *relativizante* ou mesmo *sepultadora* dos critérios fornecidos pela Portaria STN n. 614/2002.

Esta exegese parece derivar de um raciocínio calcado fundamentalmente na *regra de ouro* inscrita no inciso III do art. 167 da CF, segundo a qual o limite para as operações de crédito consiste no montante previsto para a realização de despesas de capital. O que se pretende com a regra é que as despesas de custeio e manutenção – em condições de equilíbrio orçamentário – sejam financiadas sempre com a receita corrente e não determinem a celebração de operações de crédito (no sentido do conceito enunciado pela LRF), “sob pena de estar-se operando em estratégia de administração de orçamento pelo déficit, retornando ao modelo *keynesiano*, tido hoje por superado”<sup>28</sup>. A pretensão de financiamento de despesas de capital com receita corrente líquida (mantida a máxima de equilíbrio fiscal) – bem anota VANICE LÍRIO DO VALLE -, “implicará no mais das vezes uma significativa desaceleração do próprio projeto de investimento – a construção de uma ponte, por exemplo, terá que se “calibrada” no tempo com o prognóstico do ingresso em condições normais, da receita pública – ou, ainda, em uma compressão de outras despesas ordinárias que o poder público mantém, de molde a gerar “folga de caixa” que permita o financiamento dessa nova iniciativa (...)”<sup>29</sup>.

Rigorosamente, contudo, não é possível extrair desta regra *vedação* a que despesas correntes sejam financiadas mediante operações de crédito e, com isso, sejam computadas para fins do controle de estoque de dívida. Da dicção literal do texto constitucional tira-se apenas vedação à realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital (ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta).

Logo, não se mostra inviável que despesas de custeio sejam financiadas por operações de crédito (destinadas primordialmente ao financiamento de despesas de capital). Obras em infra-estrutura são potenciais geradoras de despesas (futuras) de custeio. A construção, por exemplo, de uma rodovia é hoje despesa de capital. Mas ensejará, depois de pronta, despesas de iluminação pública, de limpeza pública, entre outras despesas de custeio. Surge, neste contexto e face a esta problemática, uma preocupação fundamental em determinar a extensão das despesas sujeitas às operações de crédito: “se a cogitação principal da instituição de mecanismos especiais de controle das operações de crédito é a instrumentalização de um controle de médio e longo prazo e, portanto, a institucionalização de uma visão de planejamento que tenha em conta riscos fiscais, não seria também de se considerar esse incremento – inevitável – de custeio, que decorre da despesa de capital que no momento se viabiliza com a realização da operação de crédito?”<sup>30</sup>.

O que se quer evidenciar, com o exposto, é a ausência de vinculação absoluta e exclusiva entre despesa de capital e endividamento e despesa de

---

por empréstimos, ao passo que as ordinárias deveriam ser cobertas exclusivamente por tributos”.  
*Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 16ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100.

<sup>28</sup> VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias Público-Privadas...*, p. 147.

<sup>29</sup> *Parcerias Público-Privadas...*, p. 147.

<sup>30</sup> *Parcerias Público-Privadas...*, p. 148-149.

custeio e não-endividamento. Não há nada que desautorize o raciocínio de que despesas de custeio possam traduzir endividamento; assim como que despesas de capital possam estar livres desse controle.

Desfeita a associação, emerge a impertinência da classificação dos compromissos financeiros assumidos pelo parceiro público em despesas de capital ou despesas de custeio para fins de determinar o seu enquadramento como *dívida pública* (e, assim, considerá-lo para o cômputo do endividamento). No dizer de MAURÍCIO PORTUGAL RIBERIO e LUCAS NAVARRO PRADO, “o fato de a contraprestação pública para um determinado projeto ter sido classificada orçamentariamente como despesa corrente ou de capital (...) é absolutamente indiferente do ponto de vista do tratamento fiscal das PPPs”<sup>31</sup>.

Nada obstante, remanesce utilidade na busca por uma adequada classificação contábil-orçamentária destas despesas, uma vez que tal importa a delimitação de regimes inconfundíveis para outros fins.

Retome-se, nesse passo, que a Portaria STN n. 614/2004 nada dispôs acerca do problema. É certo que estas noções são extraíveis do direito positivo, razão pela qual o enquadramento da hipótese aos conceitos fornecidos pelo direito positivo no plano de um exercício interpretativo dispensaria, em princípio, a missão em conceber critérios auxiliares à tipificação daquelas hipóteses. Contudo, a PPP encerra uma configuração econômico-financeira peculiar, marcada pela complexidade (conjugação de objetos), e que desafia os modelos convencionais de contabilização do gasto público. A contribuição pecuniária do poder público numa concessão patrocinada (precedida da execução de obra), por exemplo, pode ser considerada tanto despesa destinada a gastos correntes como endereçada à implementação da infra-estrutura (despesas de capital), a depender do enfoque que se dê à configuração financeira da concessão. Logo e por isso, a explicitação normativa de critérios objetivos à caracterização jurídico-contábil destes gastos seria bem-vinda, fortalecendo a certeza e a segurança jurídica adequadas ao tratamento do problema.

Mas o fato é que, como referido, nada dispôs a Portaria STN n. 614/2004 sobre isso, assim como não se extrai de nenhuma outra norma legal ou infra-legal o tratamento mais específico do problema. Caberá, então, ao aplicador da lei, com o auxílio dos princípios gerais da contabilidade pública e do direito financeiro, a interpretação da questão em face dos casos concretos.

Veja-se que, nos termos da Lei n. 4.320/64, *despesas correntes* englobam as despesas de custeio e transferências correntes (art. 12). As primeiras correspondem às dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis. As segundas significam as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado. Já as *despesas de capital*, segundo o mesmo art. 12, envolvem os investimentos, as inversões financeiras e as transferências de capital. Classificam-se como investimentos, entre outras, as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à sua realização.

Com apoio nestas noções, o esquema contábil da PPP deve ser pensado a partir das peculiaridades da concessão patrocinada e da concessão

<sup>31</sup> *Comentários...*, p. 410.

administrativa. Para esta, a depender da configuração financeira que assuma no caso concreto, a segregação entre despesa corrente e despesa de capital pode ser destituída de complexidade. Figure-se a hipótese de uma concessão administrativa para a realização de obra + prestação de serviços integralmente custeada com pagamento pecuniário pela Administração. Neste caso, parece simples alcançar certa precisão no cômputo de despesas de custeio (como pagamento pelos serviços executados) e de despesas de capital (como pagamento pela execução de infra-estrutura). Mas a integração de outras fontes de custeio alternativas aos pagamentos providos diretamente pelo parceiro público (como receitas advindas de empreendimentos associados) pode dificultar a classificação das despesas segundo sua origem e destinação. Com as concessões patrocinadas, na medida em que envolvem sempre tarifas pagas pelos usuários + contraprestação pecuniária do parceiro público (podendo custear-se também por outras fontes financeiras), a fixação da natureza das despesas pode ser igualmente complexa, devendo-se buscar em cada caso concreto as soluções contábeis mais adequadas.

## 5. A prescrição do artigo 22 da Lei n. 11.079/2004

Ainda a propósito da disciplina financeira dos gastos públicos em contratos de PPP, merece enfrentamento a norma do artigo 22, que proscreeve a contratação de PPP pela União quando a soma das *despesas de caráter continuado* derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da *receita corrente líquida* do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. A regra (que veste o figurino de *norma federal*) sobrepõe-se ao quadro regulatório acerca das limitações fiscais incidentes em PPP. Trata-se de disciplina relevante para a manutenção da saúde fiscal dos entes administrativos aptos à celebração de parcerias público-privadas.

O conceito de despesa de caráter continuado já foi pontuado acima. Renova-se, aqui, a ponderação acerca da dificuldade em se delimitar, na esfera da PPP, o montante das despesas de caráter continuado. A complexidade do modelo e a pluralidade de configurações econômico-financeiras que pode assumir nos casos concretos dificultam a análise em abstrato do problema. Trata-se de uma categorização só possível em face da configuração da parceria nos casos concretos. Mas mesmo *in concreto* não será simples essa investigação, como referido acima. Seria conveniente, então, que norma regulamentar dispusesse acerca dos critérios hábeis a delimitar a parcela das despesas correntes de caráter continuado implicadas em programas de parceria público-privada.

De acordo com a regra do art. 22, planta-se uma condição de viabilidade jurídico-financeira à contratação de PPPs pela União, estabelecida em face de uma relação entre o montante de despesas de caráter continuado resultante do conjunto de parcerias já contratadas pela União e um valor-percentual incidente sobre a *receita corrente líquida do exercício* anterior. O valor referente à receita corrente líquida será alcançado de acordo com as normas da Lei n. 4.320/64 (art. 13) e a regulamentação aplicável.

A norma prescreve ainda que as despesas (de caráter continuado) anuais dos contratos vigentes de PPP não poderão exceder, nos dez anos subseqüentes, a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. A parametrização imposta deve socorrer-se de exames prospectivos; busca-se evitar o deslocamento da inscrição de despesas para o futuro como meio de contornar os limites impostos ao exercício atual. Estabelecem-se, assim, limites aos dez anos subseqüentes, de molde a constranger o dimensionamento de despesas referenciadas pelo valor da receita corrente líquida para cada exercício futuro.

De um ponto de vista da natureza da matéria regulada, esta norma pode suscitar tese acerca de sua inconstitucionalidade, supondo-se usurpação pelo legislador ordinário da competência constitucionalmente reservada à lei complementar.

### 5.1 A constitucionalidade do art. 22 – matéria não reservada ao legislador complementar

Um aspecto que poderia ser aludido quanto à validade jurídica da regra do art. 22, inscrita em lei ordinária, reside na usurpação de competência do legislador complementar para sua veiculação. A tese ampara-se no inciso I do art. 163 da Constituição: supõe-se que a disciplina veiculada pela regra versa sobre *finança pública*, o que retira do legislador ordinário a competência para sua edição. Lembra-se, aqui, que intensos debates políticos, ainda durante a gestação da Lei Geral de PPP, motivaram a inclusão no seu bojo de regras, por assim dizer, *financeiras*, destinadas a preservar o comprometimento das finanças estatais em programas de PPP<sup>32</sup>.

A tese, contudo, não me parece correta. O art. 22 não veicula regulação sobre *finança pública*, mas sobre contrato de parceria público-privada. Tal como estruturado, revela um comando normativo dirigido a condicionar a assinatura de ajustes de PPP, não se prestando à disciplina da *finança pública*. Como as PPPs são ajustes que podem ensejar o comprometimento de recursos públicos, impactando as *finanças públicas*, a norma erigiu um pressuposto condicionante à celebração de contratos desta natureza, consistente no atendimento de certa parametrização financeira – alusiva à *finança pública*. Isso explica a preocupação em exigir o atendimento a certos requisitos financeiros para sua realização. Mas se trata apenas de um *pressuposto* à celebração de parceria público-privada. Regula-se com a regra a viabilidade jurídica em se desencadear um programa de PPP e não propriamente a *finança pública*.

É certo que, reflexamente, a regra acaba por alcançar o ajustamento de condutas relacionadas às *finanças da União*. Todavia, o cumprimento de certos parâmetros financeiros é mero pressuposto à viabilidade da realização de PPP e

<sup>32</sup> Lembre-se o testemunho de Portugal Ribeiro e Navarro Prado, quando assinalam que “ao longo da tramitação do projeto de lei que deu origem à Lei de PPP, quando poucos entre nós tínhamos compreensão do assunto, alardeou-se, indevidamente, que o projeto de lei estaria a estimular o descumprimento das regras de responsabilidade fiscal. Feito o alarde, a arena política encarregou-se de tomar necessário que a própria Lei de PPP veiculasse os mecanismos a assegurar o cumprimento pelas PPPs de regras de responsabilidade fiscal. (...) foi nesse diapasão que surgiram os arts. 22 e 28 da Lei de PPP...”. *Comentários...*, p. 397.

não um comando normativo endereçado à Administração. Deve-se lembrar, quanto a isso, que a exigência ao atendimento de requisitos relacionados às finanças públicas é pressuposto de outras regras aplicáveis aos contratos administrativos em geral veiculadas em lei ordinária. É o que ocorre com a norma dos incisos III e IV do § 2º do art. 7º da Lei n. 8666/93, assim como com a norma do art. 57 da mesma Lei. Nem por isso, ousou-se ver inconstitucionalidades nestas regras, nitidamente reguladoras de temas implicados com a disciplina contratual.

Por isso, não vejo na regra do art. 22 da Lei n. 11.079/2004 inconstitucionalidade por usurpação da competência do legislador complementar.

## 6. Prescrição do artigo 28 Lei n. 11.079/2004: inconstitucionalidade por invasão à competência do legislador complementar

Já o artigo 28 da Lei n. 11.079/2004 veicula óbice à concessão pela União de garantia e de realização de transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subseqüentes excederem a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Ao impor vedação à realização de transferências e à concessão de garantias da União aos demais entes federados desde que estes extrapolem certos níveis de comprometimento de finanças públicas em programas de PPP (calculado em razão de uma proporção entre despesas de caráter continuado geradas pelos contratos e a receita corrente líquida do ente), busca a lei federal condicionar reflexamente o comportamento fiscal destes entes em matéria de parcerias público-privada, inibindo a expansão das despesas de caráter continuado relacionadas. A despeito disso, a norma tem caráter *federal* (não sendo obviamente uma norma nacional) e é dirigida à União, ainda que repercuta reflexamente na esfera de outros entes federados.

Uma argüição que poderia ser articulada, neste particular, diz com uma suposta invasão da disciplina federal à esfera de outros entes, uma vez que a norma produz efeitos colateralmente condicionantes de outras esferas federadas. Mas é de se observar que a sanção da regra é dirigida exclusivamente à União; caberá à União deixar de proceder a transferências voluntárias e de conceder garantias aos demais entes se verificar que estes não se ajustaram aos requisitos fixados na lei. Por isso, ainda que os efeitos do comando da regra (endereçado exclusivamente à União) possam atingir reflexamente as outras esferas federadas, as atingirá unicamente no que diz com seu relacionamento com a União<sup>33</sup>.

Ademais disso, a despeito desta ser uma norma especial ou federal – e não *geral* –, fato é que a União detém competência para a edição de normas gerais tanto em matéria de *contratos administrativos* como em matéria de

<sup>33</sup> Assim já afirmou PEREIRA, César Guimarães. “O Processo Licitatório das Parcerias Público-Privadas na Lei n. 11079/2004”, *In Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: RT, p. 222.

*finanças públicas*. Como a regulação veiculada pela regra, em tese, recobre matéria reconduzível à noção jurídica de norma geral, estaria afastada a suposição de infração ao pacto federativo ante o reconhecimento de que a União poderia, *in casu*, o mais: revestir-se de figurino jurídico de norma geral, vinculante daí de todos os entes federados.

O problema que se verifica em razão do objeto de sua regulação é outro. A disciplina veiculada, como me parece, subsume-se ao conceito de *finança pública*, tal como fixado pelo inciso I do art. 163 da Constituição Federal. Revela, por isso, a norma, fixada no conteúdo de lei ordinária, usurpação de competência reservada ao legislador complementar. Ao se proscrever a realização de transferência voluntária e a realização de garantia, está-se regulando uma temática pertinente ao campo das *finanças públicas*, próprio de lei complementar.

A regulação quanto ao estabelecimento de condições para a realização de transferências e concessões de garantias revela um comando regulador de *finanças estatais*, subsumindo-se o campo regulado recoberto pela dicção da regra à hipótese normativa prevista no inciso I do art. 163 da Constituição. Logo, não há dúvida acerca da inconstitucionalidade do dispositivo. Em sentido próximo, já ensinou VERA MONTEIRO<sup>34</sup>.

É bem verdade que, no campo da hermenêutica quanto à recondução de matérias específicas às classes genérica e abstratamente previstas pelo texto constitucional para se definir a reserva de competência do legislador complementar, o intérprete não pode olvidar da presunção de constitucionalidade da lei. Fosse o caso aqui de uma situação regulada de duvidosa subsunção a uma das categorias abstratamente previstas no texto constitucional, a palavra do legislador ordinário haveria de prevalecer em detrimento daquela dos intérpretes em geral, da jurisprudência, da doutrina etc. Concordo, aqui, quanto ao acolhimento da presunção da constitucionalidade da lei. Contudo, a considerarem os espaços de indeterminação próprios de certos conceitos jurídicos (e o conceito de “*finança pública*” não foge a esta regra), a hipótese me parece situar-se num espaço de certeza positiva, eliminada qualquer dúvida acerca de sua subsunção. Não é duvidoso, então e como vejo, que a regulação do art. 28 subsume-se à hipótese normativa da regra constitucional do inciso I do art. 163 da Constituição; por isso, é certa a sua inconstitucionalidade por invasão à competência reservada ao legislador complementar.

---

<sup>34</sup> “Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos Fiscais desse novo Modelo de Contratação”, *In Parcerias Público-Privadas* (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107.

#### Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Responsabilidade Fiscal na Parceria Público-privada. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível na Internet: <  
<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-20-NOVEMBRO-FERNANDO-GUIMARAES.pdf>>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

- 1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
- 2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
- 3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: [redae@direitodoestado.com.br](mailto:redae@direitodoestado.com.br)
- 4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
- 5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: <http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323>
- 6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: <http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico>

#### Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.