

DA (IN)EXIGIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA LOCAL PARA A CELEBRAÇÃO DE PPPS: A QUESTÃO SOB O OLHAR DO DIREITO FINANCEIRO

André Castro Carvalho

Bacharel, Mestre, Doutor e Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo sua tese de doutorado recebido o Prêmio CAPES de Tese 2014 como a melhor tese de Doutorado em Direito defendida em 2013 no Brasil. Pós-doutor no Massachusetts Institute of Technology – MIT (2016). Foi bacharelando (incompleto) em Economia pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – FEA da Universidade de São Paulo. Professor do Ibmec e Insper, em São Paulo.

Murilo Ruiz Ferro

Bacharel pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especialista em Direito da Infraestrutura pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, tendo sua monografia recebido o Prêmio de Melhor Trabalho de Conclusão de Curso, bem como sido um dos quatro finalistas indicados ao “Prêmio Ary Oswaldo Mattos Filho” na mesma instituição. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Atual Presidente da Comissão de Direito Administrativo e Infraestrutura da OAB – São Bernardo do Campo/SP (triênio 2016-2018). Atualmente, é Subsecretário de Concessões e Parcerias do Governo do Estado do Rio de Janeiro, onde também exerce as funções de Secretário Executivo do Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas (Propar).

A prática das contratações públicas para o desenvolvimento da infraestrutura nacional tem demonstrado de maneira cada vez mais evidente a dificuldade dos entes federativos pátrios em concretizar as chamadas Parcerias Público-Privadas previstas pela Lei Federal n. 11.079/2004 (“Lei de PPPs”), em contraste à expectativa que havia sido gerada com a edição dessa lei, quando então reconhecida como produto indissociável da Reforma Administrativa do Estado iniciada na década de 1990.

É lógico que o número aquém do esperado de Parcerias Público-Privadas celebradas até o presente momento não poderia ser explicado por uma única (e provavelmente simplista) razão ou hipótese. Nada obstante, parece-nos clara a existência de uma preocupação entre os governantes geralmente relacionada à contratação de Parcerias Público-Privadas tendo em vista o problema da *dívida pública* no Brasil, dado, a princípio, o risco de insustentabilidade deste tipo de contrato no longo prazo – justamente por se tratar de uma ação intergeracional.

Explica-se: o receio ocorre não sem motivo, visto que, por essência, contratos de PPP são inevitavelmente complexos e vigem por longo prazo. Isto significa que, durante essa complexa e longa relação contratual, as partes terão que conviver com o risco de experimentar uma série de eventos (não necessariamente técnicos, mas, como se sabe, de ordem social, política ou econômica) que, por vezes, não chegaram nem a ser previstos contratualmente, mas que, sem dúvidas, afetarão a “saúde” financeira do projeto.

Sabe-se que a saúde financeira de um projeto de infraestrutura pode ser afetada de diversas formas e graus de intensidade, com implicações que vão, por exemplo, desde um simples atraso de cronograma até algo que possa impossibilitar a própria captação de receita do empreendimento. No que toca à matéria de dívida pública, todavia, o que importa, resumidamente, é a possibilidade do Estado ser acometido por alguma intercorrência contratual que provoque em sua contabilidade pública o aumento dos valores pecuniários que se tem a pagar em relação ao que se esperaria receber no decorrer (e até depois) da PPP então contratada.

Isso já ocorreu na experiência internacional europeia, o que vem trazendo certa resistência no uso dessas ferramentas de investimentos em infraestrutura. Cite-se, por exemplo, o caso do pedágio-sombra¹ em Portugal – com a queda no

¹ O pedágio-sombra, também chamado de “pedágio-virtual”, consiste, como explicam os pesquisadores Joaquim Filipe Ferraz Esteves Araújo (*Universidade do Minho — Portugal*) e Hugo Consciência Silvestre (*Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira — Brasil*), “(...) no qual os utilizadores não pagam diretamente pela sua utilização. Em vez disso, é o governo que paga à concessionária por automóvel que utilize essa rodovia”. Sobre as

volume de tráfego trazida pela crise econômica, o projeto passou a ficar excessivamente oneroso para o Estado, tendo em consideração que a concessão não era remunerada pela tarifa, mas sim por uma contraprestação pecuniária paga pelo Estado.²

razões que motivaram a escolha do governo português por esse tipo de pedágio, observam os autores ora referidos que “[a] decisão política passou por aplicar o *pedágio-virtual* em áreas menos desenvolvidas, nomeadamente nas zonas rurais e do interior” e que “[c]om essa opção, a mobilidade naquelas áreas foi facilitada e ficou livre de custos para o utilizador”. Afirmam, ainda, que “[v]ários são os benefícios para essas regiões que resultam dessa opção política, nomeadamente maior facilidade de instalação de indústrias em áreas onde o custo do terreno é menor, ou mesmo livre de custos, em comparação com outras regiões do litoral.” Para eles, as PPPs, nesse sentido, de fato, “tiveram um impacto positivo nos programas de desenvolvimento de infraestruturas do governo central. (...) As populações e as empresas do interior passaram a ter rodovias alternativas que por sua vez diminuíram o tempo e a distância entre as zonas costeiras e os outros Estados-membros da União Europeia. Isso representou o fim do isolamento que muitas vezes prejudicou as decisões de localização das empresas e consequentemente o desenvolvimento regional”. *In: As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal*, pp. 583-584.

² Em sede de estudo dos dados fornecidos pelos Tribunal de Contas lusitano, esse problema foi relatado por Joaquim Filipe Ferraz Esteves Araújo e Hugo Consciência Silvestre da seguinte forma: “O primeiro problema deve-se à falta de transferência de risco para as empresas privadas (Tribunal de Contas, 2005). (...) Para o volume de tráfego nas rodovias foram introduzidas algumas cláusulas nos contratos de PPPs a fim de salvaguardar o investimento privado e a sustentabilidade financeira destes. Uma dessas cláusulas está relacionada com os níveis médios de utilização (...). Quando foram introduzidas as portagens virtuais, o governo central ficou responsável pelo reembolso aos parceiros privados, caso os níveis de tráfego não atingissem um nível mínimo esperado e calculado (Ministério das Finanças, 2012). Ou seja, o modelo de financiamento que está presente nestes projetos deveria ser sustentado com base nos *cash-flows* do projeto. Os financiamentos concedidos deveriam ser “avalizados” fundamentalmente pelo desempenho econômico do projeto e não pelas garantias reais concedidas a terceiros. Só que, no caso das portagens virtuais, “os *cash-flows* do projecto são pagos pelo Estado, assim se privilegiando o princípio do contribuinte pagador em desfavor do princípio do utilizador pagador” (Tribunal de Contas, 2003). Tal cláusula reduziu a transferência de risco para os parceiros privados. Se os níveis de utilização estiverem acima do estimado, as empresas privadas podem obter um retorno considerável sobre o investimento. Se os níveis de utilização estiverem abaixo do esperado, os parceiros privados também têm garantido o retorno sobre o investimento por meio do reembolso realizado por parte das autoridades públicas. Desse modo, os incentivos para gerir de forma eficiente essas infraestruturas desaparecem, bem como a crença teórica de que os parceiros privados são mais propensos a fazer o melhor uso do dinheiro dos contribuintes. A transferência de riscos financeiros e mesmo de gestão não foi, assim, salvaguardada porque os privados nunca têm perdas. Em contrapartida, o parceiro público assume todos os

Diante de tal preocupação, passa-se a discutir, por prudência, se algumas cautelas legislativas seriam juridicamente necessárias e, conseqüentemente, imprescindíveis à celebração de contratos de PPP para justamente salvaguardar a racionalidade no regime jurídico da dívida pública dos entes federativos brasileiros. Dentre essas discussões, talvez a de maior ressonância seja aquela que indaga se a celebração de PPPs estariam condicionadas à prévia autorização veiculada por lei específica local. Paradoxalmente, porém, quando levada ao âmbito jurídico-acadêmico, essa discussão torna-se aparentemente afastada do direito financeiro, como se dela não se vislumbrasse qualquer inflexão sobre a contabilidade pública (o que é pior). Eis o contexto e a inquietação que nos move às considerações abaixo ofertadas, considerando que há, sim, uma temática de dívida pública inserida nessa seara.

Assim, primeiramente, gostaríamos de apresentar este ensaio com uma singela percepção: passados praticamente quinze anos da promulgação da Lei Federal n. 11.079/2004, percebemos que quase a totalidade das abordagens doutrinárias propaladas até hoje para tratar da questão da exigibilidade (ou não) de autorização legislativa local para a celebração de PPPs (tema que estamos nos propondo a agora examinar) parecem estar circunscritas, em princípio, ao que a teoria geral do direito costuma classificar como “antinomia jurídica”. É que antinomia jurídica, como diria Norberto Bobbio, designa “(...) aquela situação que se verifica entre duas [ou mais] normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”³.

Podemos afirmar que a percepção ora compartilhada (e que passou a nos inquietar, motivando a série de reflexões a seguir apresentadas) provém de

riscos, o que contradiz o modelo das PPPs. De acordo com o Tribunal de Contas, em 2011 os pagamentos líquidos com as PPPs rodoviárias foram de 1.521 milhões de euros, representando 130% dos montantes orçamentados para esse ano. Esse valor foi superior em 70%, quando comparado com os pagamentos realizados em 2010, que ascenderam a 896,6 milhões de euros (Tribunal de Contas, 2011:40). Esses acréscimos devem-se, em parte, à transferência de risco relativa à redução do tráfego rodoviário provocada pela crise econômica. Estima-se que na próxima década a média de encargos ascenda a 1.184M anuais, enquanto a média dos proveitos é de apenas 417M, correspondendo a uma taxa de cobertura de somente 35% (EP, 2012). (...) Os encargos com as PPPs rodoviárias vão crescer até 2021, e com especial impacto nas contas públicas a partir de 2014. Segundo o Tribunal de Contas (2011), as despesas com as PPPs representavam 0,3% do PIB em 2008 e em 2011 esse valor subiu para 1,1% do PIB. Estima-se que o valor atualizado dos pagamentos futuros do Estado seja de 24.407 bilhões de euros em 2040 (Tribunal de Contas, 2011) aumentando consideravelmente os encargos do Estado com esse tipo de arranjo”. In: *As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal*, pp. 585-586.

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 88.

polêmicas suscitadas, vez ou outra, a partir do cotejo de artigos da Lei de PPPs com certas disposições de arcabouços legislativos de entes federativos subnacionais, sobretudo as leis orgânicas de diversos municípios, ao condicionarem a celebração de contratos de concessão à prévia autorização de lei específica local.⁴ Nota-se que esse tipo de exigência, não obstante quase sempre versando exclusivamente sobre concessões (cujo regime jurídico obedece à Lei Federal n. 8.987/1995 e a Lei Federal n. 9.074/1995⁵), tem aparecido, não tão raramente invocada, como condicionante à celebração de PPPs, já que o art. 2º da Lei Federal n. 11.079/2004 define que PPP é um “contrato administrativo de concessão”.

Fora de se querer render qualquer dificuldade conceitual sobre um ponto já sabidamente unânime entre os autores, segundo os quais o conceito de concessão como expressão *lato sensu* na dogmática administrativista identifica o gênero contratual que possui as PPPs (justamente por se divisarem em concessões administrativas e patrocinadas) como espécies, tem-se que o problema ora identificado ganha forma, efetivamente, por meio do confronto dos dispositivos legais acima referidos com o teor normativo extraído do art. 10, § 3º, da própria Lei de PPPs. O indigitado dispositivo prescreve que “[a]s concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica”. Tal norma, como se vê, abre espaço para a interpretação *a contrario sensu*, por onde se depreende a desnecessidade de lei autorizativa tanto para os casos de concessões patrocinadas em que a Administração Pública seja responsável pelo pagamento de no máximo 70% da remuneração do parceiro privado, quanto para os casos de concessões administrativas.⁶

⁴ Para os fins perquiridos no presente trabalho, optamos por tomar as expressões “lei específica” e “autorização legislativa” como sinônimos, não adentrando em discussões conceituais, como o fez, por exemplo, o Ministro Maurício Corrêa, por ocasião de seu voto, no julgamento da ADIn 1.649/DF.

⁵ Que “[e]stabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências” e que em seu art. 2º, dispensando a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, as Constituições estaduais e nas Leis orgânicas do Distrito Federal e Municípios, define que “[é] vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público *sem lei que lhes autorize e fixe os termos*” (grifos e destaques nossos).

⁶ Outrossim, ainda que bem à margem da contraposição normativa ora apresentada, poderia ser mencionado, ainda, o art. 6º, § 2º do mesmo diploma legal, o qual estabelece a exigência de lei específica para PPPs que prevejam, basicamente, aporte de recursos em favor do parceiro privado em contratos celebrados até 8 de agosto de 2012; de modo a tangenciar, com certa distância, também, toda essa problemática.

Apesar de não desconhecermos as linhas argumentativas que geralmente são utilizadas para debater o problema ora posto (a mais difundida delas nos parece, salvo engano, que seja a discussão pautada pelos conceitos de norma geral e normas específicas), nossa proposta consiste em discorrer sobre a questão, vislumbrando a racionalidade legislativa que provavelmente pode ser obtida não pelo ângulo de análise da teoria geral do direito, tampouco do direito constitucional ou do direito administrativo, mas, sim, do direito financeiro. Com isso, nosso objetivo, sem prejuízo das conclusões exaradas ao final do texto, é demonstrar como, no caso presente, os elementos do direito financeiro perfazem o ferramental adequado para nortear a hermenêutica jurídica.

Partindo de uma breve contextualização histórica, parece-nos interessante observar que, no que se refere às finanças públicas, as PPPs surgiram na Europa trazendo em sua essência o importante mecanismo *off-balance sheet* (“OBS”), termo em inglês comumente utilizado para denominar as conhecidas práticas de financiamento contabilizadas “fora do balanço” do empreendimento, e que no contexto das PPPs europeias exsurtem tratadas como *off government balance sheet*, já nos dando a noção de medida contábil que pode ser registrada “fora do balanço do governo”.

Dessa noção é depreendida a principal “vantagem” de cunho financeiro-orçamentário imbricada ao “instituto PPP” para os entes pertencentes à União Europeia, tendo em vista que as PPPs, no Velho Continente, não costumam ser contabilizadas no balanço patrimonial do respectivo ente governamental. Referimo-nos, aqui, à vantagem de abertura fiscal para o desenvolvimento de PPPs, lembrando de quando o Escritório Estatístico das Comunidades Europeias (“Eurostat”), em conformidade com a Decisão n. 18/2004, recomendou que as PPPs europeias fossem registradas como OBS na contabilidade pública dos seus países-membros.⁷ Sucede que, com a decisão ora mencionada, abriu-se na Europa um grande espaço fiscal para as PPPs baseadas na modalidade OBS (muito embora referida prática contábil tenha passado a ser questionada, após o ano de 2008, em razão da crise econômica que assolou a Europa e o resto do mundo).

Já no Brasil, em sentido paralelo, é curioso notar que quando começamos a debater o conceito de concessão, contextualizada a sua origem com a Lei Federal

⁷ Apesar de que, na época, alguns desses países, como a Alemanha, por exemplo, manifestavam certa preocupação igualmente com a questão da disponibilização orçamentária para as PPPs. Cf. SICKO, Corinna. *Offentlich-private Partnerschaften – Private Finance Initiative: Unterschiede in Deutschland und Grosbritannien – ein Erklärungsversuch*, p. 213. Nada obstante, fora do eixo da UE, também se discute na Austrália a “falência do regime das PPPs” – novamente, por uma questão de finanças públicas atrelada a essas contratações. Cf. MACROBUSINESS. *The failure of PPPs*, Oct. 8, 2013.

n. 8.987/1995, logo percebemos que não havia no sistema pátrio a figura de participação ativa (*rectius*, financeira) do poder público na execução contratual – portanto, também não existiam problemas de contabilização pública dos riscos ou receitas no balanço do respectivo ente público.

Cumpre-nos explicar: é que, dentro da ideia de concessões comuns, tais como originariamente idealizadas pela Reforma Administrativa de 1995, resta identificada a marca característica da transferência do risco de demanda, construção e disponibilidade para o concessionário. Assim é que concessões referidas na Lei Federal n. 8.987/1995 encontram-se logicamente sendo registradas sob o sistema OBS, dado que não apresentam riscos relevantes a serem contabilizados no balanço público do ente federativo. A considerar que o risco de demanda pertence substancial ou integralmente ao particular⁸, com este tendo como obrigação a obtenção de receita tarifária sem contrapartida do poder público, é natural que as concessões comuns sejam contabilizadas sob o regime OBS. É parte da própria lógica do sistema de concessões, para que a transferência do serviço ocorra “por conta e risco” do particular, nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995.

Com efeito, eis a razão pela qual se verifica que, em determinadas leis locais (mormente nas Leis Orgânicas de Municípios), passou-se a exigir lei autorizativa para a celebração das concessões comuns. Com a transferência dos riscos para o concessionário, significa dizer que há, nas concessões comuns, um processo muito importante de desmobilização da responsabilidade pela infraestrutura e serviços públicos correlatos no registro contábil do balanço do ente federativo. Assim, para uma mudança contábil dessa monta, na qual o ente federativo “perderia” o controle da informação contábil desses ativos por determinado (e longo) lapso temporal, seria prudente e até desejável a exigência de autorização por parte de seu parlamento para a celebração de tais contratos.

Sem maiores aprofundamentos, podemos dizer que isso ocorre porque há, objetivamente: tanto uma (i) transferência substancial (mobilização) de ativo patrimonial permanente do setor público para uma empresa privada em um longo prazo; quanto uma (ii) decisão relevante de impacto nas finanças públicas do ente federativo, criando um espaço fiscal considerável para novos investimentos. Trata-se de um efeito jurídico-financeiro bem similar à alienação de um bem imóvel público – o qual, aliás, também possui exigência de autorização legislati-

⁸ Isso tudo a depender, é claro, da modelagem adotada, pois, mais recentemente, tem-se defendido a concepção de concessão comum com compartilhamento de riscos, tal como o projeto de concessão ferroviária de Açailândia/Barcarena. Cf., a respeito, CARVALHO, André Castro. *Proposta de modelagem para concessões ferroviárias no Brasil: o surgimento de um “ornitorrinco” jurídico?* p. 129 et seq.

va, conforme prevê a regra geral do art. 17, I, da Lei Federal n. 8.666/1993 (“Lei de Licitações”). Ambos os casos, na realidade, a exemplo de quaisquer outras exigências legislativas desse tipo, refletem a postura cautelosa da Lei Geral das Finanças Públicas, que prescreve um tratamento mais rígido quando há alteração significativa no balanço patrimonial do ente federativo no que se refere a esses ativos permanentes. Eis que o art. 105, § 2º, da Lei n. 4.320/1.964 dispõe, *in verbis*:

Art. 105. O Balanço Patrimonial demonstrará:

(...)

II – O Ativo Permanente;

(...)

§ 2º O Ativo Permanente compreenderá os bens, créditos e valores, *cuja mobilização ou alienação dependa de autorização legislativa* (grifos nossos).

Para além do cenário normativo acima desenhado, entretanto, não podemos negar que com a previsão legal das concessões patrocinadas e administrativas, nos termos delineados pela Lei das PPPs, passamos a vivenciar uma sensível mudança na concepção do que se compreende por concessão quanto ao aspecto de finanças públicas. Temos que nas PPPs, diferentemente do que sói ocorrer nas concessões comuns, o poder público tende a continuar com a responsabilidade do ativo de infraestrutura porquanto ausente a transferência plena do risco de demanda, construção ou de disponibilidade ao parceiro privado. Nada obstante, é de se perceber que as PPPs, nesse sentido, funcionando de maneira muito mais interconexa, não provocam (ou, pelo menos, não deveriam provocar) essa mudança tão sensível em relação ao balanço patrimonial do ente federativo (visto que a infraestrutura e os seus riscos principais, como o de demanda, não é delegada na plenitude ao parceiro privado). Por outras e mais diretas palavras, muitas PPPs encontram-se registradas como ativo permanente do ente federativo simplesmente porque parcela bem considerável do risco geral contratualizado permanece atrelada ao parceiro público.

Retornando à sistemática estrangeira, verificamos que o Eurostat, todavia, não seguiu a concepção da contabilidade pública brasileira acima mencionada. De todo modo, é cediço que as diferenças entre os sistemas europeu e brasileiro não se limitam ao aspecto meramente contábil, vez que na União Europeia não existe a distinção legislativa entre concessão comum e patrocinada/administrativa, ao contrário do que acontece no Brasil, notoriamente com duas leis distintas para tratar do mesmo gênero contratual. Isto porque, de acordo com a visão europeia, a ideia geral de concessão engloba a forma de compartilhamento de riscos típica de PPPs, de modo que a diferença específica entre os tipos de concessão

exsurge mais precisamente definida, na verdade, por meio da aferição da autosustentabilidade ou não do *project finance*⁹ dos modelos concessórios.

Diferenças à parte, a despeito da potencial “vantagem” trazida pelo registro OBS no continente europeu, importa consignar que referida orientação do Eurostat, ainda vigente, tem sido extremamente criticada pelo trio que agrupa os maiores especialistas em PPPs, no tocante às finanças públicas, na atualidade: Eduardo Engel (antigo professor da Yale University; hoje lecionando na Universidad de Chile), Ronald Fischer (também professor da Universidad de Chile) e Alexander Galetovic (professor da Universidad de los Andes). Eles, há anos, persistem com a defesa pela contabilização das PPPs nos balanços do setor público.¹⁰

Em que pese a *expertise* acadêmica dos autores não ter obtido sucesso em modificar o entendimento do Eurostat, fato é que no Brasil, paradoxalmente, em razão do advento posterior da figura do “patrocínio público” em concessões disciplinadas pela nova legislação, permitiu-se uma abordagem mais conservadora em relação à possibilidade de registro OBS em PPPs, capturando toda essa discussão (conforme acima explanado) então desenvolvida no exterior. E isso foi traduzido através do parágrafo terceiro do artigo 10 da Lei das PPPs, do qual se extrai a exigência de autorização legislativa específica nas concessões patrocinadas quando mais de 70% de remuneração do parceiro privado for paga pelo poder concedente. Contudo, é de se perceber que, com a evolução das regras de contabilidade pública, essa prescrição legal praticamente perdeu o sentido no formato atual. Vejamos o porquê.

A Portaria n. 614, de 21 de agosto de 2006, da Secretaria do Tesouro Nacional (“Portaria STN”) estabeleceu as normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPPs. Nela, há uma explicitação interessante que não se limita ao conteúdo do art. 10, § 3º, da Lei das PPPs (a questão dos níveis de pagamento por parte do setor público), mas que abarca todo o tratamento das PPPs sob a ótica das finanças públicas, determinando, basicamente, que as PPPs brasileiras não poderão ser contabilizadas sob o regime *off-balance sheet* quando os riscos assumidos pelo poder público forem substanciais (ou seja: essas PPPs possuem impactos orçamentários que limitam o seu uso, regulando-as de maneira responsável em termos fiscais¹¹).

⁹ À guisa de ilustração, para uma visão geral acerca da relação entre PPPs e *Project Finance* no direito brasileiro, ver: FERRO, Murilo Ruiz. *A relação entre PPPs e Project Finance à luz do cenário e do direito da infraestrutura no Brasil*, pp. 119-137.

¹⁰ Cf., v. g., ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. *The economics of infrastructure finance: Public-Private Partnerships versus public provision*, pp. 40-69.

¹¹ Cf. CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: p. 456.

A parametrização objetiva de tais riscos, que aqui estão classificados como “substanciais”, decorre especificamente do art. 4º da Portaria STN, que dispõe que a assunção de (i) risco de demanda, (ii) de disponibilidade, ou (iii) de construção em percentual superior a 40% do projeto pelo parceiro público sujeita a PPP ao regime de registro *balance sheet*. É o que obriga o registro dos ativos da Sociedade de Propósito Específico (SPE) no balanço do ente federativo, em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos referidos riscos assumidos. A *contrario sensu*, portanto, resta vedado o regime OBS em PPPs que submetam o poder público à assunção de risco nas hipóteses ora mencionadas.

No caso do risco de demanda, vale dizer, este ocorre quando se garantir ao parceiro privado receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperada para o projeto, independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria. Essa especificidade torna-se extremamente relevante na medida em que, malgrado a sistemática “*ser ou não ser OBS*” haja sido pensada para as concessões que envolvam o regime tarifário, próprio das PPPs patrocinadas, o tratamento contábil de uma concessão administrativa sob a ótica da STN também implica atentar para o risco de demanda. Não por acaso, o Anexo da Portaria STN (“Anexo”) exhibe uma nota explicativa que traz, em seu item 6, um exemplo que muito bem elucida esse entendimento. Trata-se do Exemplo 3 do Anexo:

Contrato de PPP administrativa prevendo pagamento de contraprestação independente do nível de utilização dos serviços disponibilizados. Risco de demanda é integralmente alocado no setor público, justificando o registro do ativo da SPE nas contas do ente público (art. 4º, inciso I). Não existe provisão, pois não há compensação ao parceiro privado pela frustração da demanda.

Isto posto, precisamos também contextualizar a referida autorização legislativa específica veiculada pelo parágrafo terceiro do artigo 10 da Lei de PPPs, tendo em vista que na época em que essa lei foi promulgada, havia um certo receio de que a lógica das concessões comuns viesse a ser aplicada a toda e qualquer concessão patrocinada. Por outros dizeres, temia-se que a modalidade OBS pudesse criar uma “bomba-relógio” nos entes federativos subnacionais¹². Logicamente, a compreensão do tratamento das PPPs sob o prisma das finanças públicas ainda não estava suficientemente amadurecida, de modo que o assunto acabou sendo pacificado pela Portaria STN somente em 2006, dois anos após a edição da Lei das PPPs.

¹² Cf. ANDRADE, Maria Elisabeth M. C.; MARTINS, Vinicius Aversari. *PPPs e responsabilidade fiscal: entrave ou cautela necessária?* p. 2.

É nesse contexto, então, que, antes da Portaria STN ser editada, tal exigência se mostrava justificável: como legítima preocupação diante de hipóteses de assunção de risco substancial por parte do parceiro público, considerando principalmente que, em qualquer caso, quando utilizada a sistemática OBS nas concessões patrocinadas, o poder concedente não poderia ter em seu balanço patrimonial o registro desse risco que estaria sendo gerido pelo parceiro privado (e que representaria um importante componente público dentro da parceria). Logo, pelo fato de a transferência do registro contábil do risco na modalidade OBS (mobilização de ativos, consoante previsto no art. 105, § 2º, *in fine*, da Lei n. 4.320/1964) consubstanciar uma decisão de alta relevância em matéria de finanças públicas, a existência de uma lei autorizativa local restaria plenamente justificada, a título de mecanismo de proteção das finanças públicas dos entes subnacionais.¹³

Com o advento da mencionada Portaria STN, no entanto, verificou-se uma transformação na orientação da contabilidade pública nas PPPs no País, já que, de maneira muito mais conservadora que a própria Lei das PPPs (os limites mínimos são de 40% na Portaria STN, conforme já destacado), passou-se a exigir a figura do registro contábil dessas PPPs no balanço do respectivo ente federativo. É dizer: em termos de riscos nas finanças públicas, a celebração de um contrato de PPP deixou de representar uma decisão tão relevante no que concerne ao aspecto de mobilização de ativos permanentes patrimoniais. Pela nossa visão, cabe assinalar, isso poderia até mesmo ter o condão de adaptar, teleologicamente, a exigência do art. 10, § 3º, da Lei das PPPs para baixar os limites a 40%, e não mais 70%, a fim de se exigir lei autorizativa apenas quando se tratar de uma PPP patrocinada no formato OBS dentro desses percentuais definidos pela STN.

No Brasil, portanto, diante da exarada orientação da Portaria STN, as concessões administrativas passam a ser registradas no balanço do ente federativo (*balance sheet*). Por conseguinte, isso significa que, à luz da orientação normativa ora apreciada, uma concessão administrativa jamais poderá ser registrada a partir do regime OBS, razão pela qual, sob o olhar do direito financeiro, sua celebração independe da existência de qualquer lei autorizativa local. Assim sendo, entendemos que *a pertinência da exigibilidade de autorização legislativa local para a celebração de concessões é verificada apenas e tão somente nos casos de contratos de concessão comum (regidos pela Lei Federal n. 8.987/1995),*

¹³ Afinal, é cediço que, quanto ao aspecto orçamentário, houve uma preocupação especial pela Lei das PPPs para com os entes subnacionais – *vide* o art. 28 da Lei das PPPs, que trata da concessão de garantia da União aos entes subnacionais em razão do percentual de despesas obrigatórias de caráter continuado em PPPs em relação com a sua receita corrente líquida, cujo limite já foi alterado já duas vezes.

obviamente, porque as concessões comuns sempre obedecem ao formato OBS, e nos casos das concessões patrocinadas (disciplinadas pela Lei Federal n. 11.079/2004), quando essas obedecerem ao mesmo formato OBS, nos termos definidos pela Portaria STN.

E, com as conclusões ora apontadas, não podemos nos esquecer de observar que apesar do art. 2º da Lei Federal n. 11.079/2004 ter definido PPP como sendo um “contrato administrativo de concessão”, os dispositivos lavrados nas legislações de entes federativos subnacionais que, eventualmente, encontramos exigindo lei autorizativa para a celebração de contratos de concessão (sem, no entanto, especificar o tipo concessório) devem ser interpretados de forma restritiva. A *mens legis* desse tipo de exigência legislativa, afinal, deriva do regramento da Lei Geral das Finanças Públicas acima examinado, de tal sorte que, em todos esses casos, refere-se a palavra “concessão” ao tipo comum (previsto pela Lei Federal n. 8.987/1995), o qual obedece ao formato OBS. Nesse sentido e pelo mesmo motivo, por fim, cumpre ressaltar que, em relação à celebração de PPPs, a necessidade de lei autorizativa somente se justificaria em face de uma PPP modelada igualmente a partir do regime OBS, hipótese possível de ser confirmada, logicamente, apenas com a celebração de determinadas concessões patrocinadas.

Do contrário, de nada valeria a existência do direito financeiro dentro do ordenamento jurídico, com a sua prevalência natural na interpretação das regras contábeis direcionadas ao setor público. Em verdade, poderíamos dizer que essa é a premissa fundamental que desejamos resgatar com as reflexões até aqui desenvolvidas, buscando, a partir da questão que acima colocamos sob análise, elucidar o suposto problema de conflito entre normas legais correlatas à celebração de PPPs.

Consideramos, desta feita, que a contribuição trazida por este breve ensaio atende a necessidade de se eliminar óbices legislativos incompatíveis com o complexo normativo que hoje vigora em nosso país, cuja consagração da literalidade em detrimento da interpretação sistemática, no específico contexto de contratação de PPPs, poderá representar o atraso ou até mesmo o não seguimento de projetos de infraestrutura bastante significativos para o desenvolvimento de diversos entes subnacionais, principalmente os de âmbito municipal.

Mais que isso: esperamos que as considerações aqui apresentadas possam ter elucidado mais didaticamente de que forma os regimes das concessões comuns, administrativas e patrocinadas se diferenciam também sob o aspecto financeiro, especificamente para fins de registro junto à contabilidade pública, cujo desconhecimento sempre prejudicará a administração da dívida pública do poder concedente – pouco importando se a PPP por ele contratada tenha sido precedida por autorização legislativa específica ou não.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Maria Elisabeth M. C.; MARTINS, Vinicius Aversari. *PPPs e responsabilidade fiscal: entrave ou cautela necessária?* in *PPP Brasil: o observatório das Parcerias Público-Privadas*. Dez. 2011, p. 2. Disponível em: <http://dl.dropbox.com/u/18438258/RCL_vfinal.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência. *As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal*. in *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV v. 48; n. 3; pp. 571-593, maio/jun. 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. (Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- CARVALHO, André Castro. *Proposta de modelagem para concessões ferroviárias no Brasil: o surgimento de um “ornitorrinco” jurídico?* in CONTANI, Eduardo Augusto do Rosário; SAVOIA, José Roberto Ferreira (Org.). *Infraestrutura no Brasil: regulação, financiamento e modelagem contratual*. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.
- ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. *The economics of infrastructure finance: Public-Private Partnerships versus public provision*. in *EIB Papers*. v. 15. n. 1. 2010.
- FERRO, Murilo Ruiz. *A relação entre PPPs e Project Finance à luz do cenário e do direito da infraestrutura no Brasil*. in CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Manual de Project Finance no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- MACROBUSINESS. *The failure of PPPs*. Oct. 8, 2013. Disponível em: <<https://www.macrobusiness.com.au/2013/10/the-failure-of-ppps/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- SICKO, Corinna. *Offentlich-private Partnerschaften – Private Finance Initiative: Unterschiede in Deutschland und Grosbritannien – ein Erklärungsversuch*. in HILL, Herman (Hrsg.). *Verwaltungsmodernisierung im europäischen Vergleich*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

