

# O limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida em contratos de parceria público-privada

Bruno Gazzaneo Belsito  
Felipe Benedito Viana

# O limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida em contratos de parceria público-privada

Bruno Gazzaneo Belsito  
Felipe Benedito Viana\*

## Resumo

Este artigo discute a aplicação do art. 28 da Lei Federal 11.079/2004, que trata do limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida (RCL) de estados e municípios em projetos de concessão desenvolvidos no formato de parceria público-privada (PPP). Além de discorrer sobre o propósito do art. 28 e as alterações legislativas nele aplicadas, o texto aborda diferentes possibilidades interpretativas para o cômputo do limite, de modo que a restrição seja aplicada de forma razoável e não venha futuramente a coibir a utilização das PPPs para a implementação de políticas públicas.

---

\*Advogados do BNDES. Este artigo é de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, a opinião do BNDES.

## **Abstract**

This work discusses the enforcement of article 28 of Federal Statute n.º 11.079/2004, which establishes a percentage limit for the expenditure of public revenues owned by states and municipalities in projects structured as public-private partnerships. Besides describing the objective of the constraint and the recently legislative modifications applied to article 28, this work proposes different interpretative possibilities for the limit computation. Once the proposed interpretations be adopted, this restriction would be enforced reasonably and wouldn't represent a possible threat for the future use of PPPs.

## O tema em análise

O presente trabalho tem por objetivo analisar o art. 28 da Lei Federal 11.079 (Lei de parceria público-privada – PPP), de 30 de dezembro de 2004, cuja redação atual estabelece para estados e municípios o limite de 5% da Receita Corrente Líquida (RCL) com gastos decorrentes de contratos de PPP.

Serão expostas, tendo em vista que a metodologia de cálculo do art. 28 suscita muitas discussões, as principais ideias que recentemente estiveram na ordem do dia em alguns projetos de PPP. Em suma, busca-se conferir uma interpretação razoável ao dispositivo para que sua aplicação, que tem por finalidade funcionar como uma regra de responsabilidade fiscal, não importe em uma restrição demasiadamente severa.

É importante ressaltar que o principal objetivo perseguido pelos autores deste artigo é o de dar notícia acerca de algumas das diferentes ideias já aventadas sobre o tema, expondo os fundamentos jurídicos envolvidos e, na medida do possível, também contribuir para o aprimoramento do debate e dos instrumentos aplicados na estruturação dos projetos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> O trabalho em tela partiu da atuação dos autores no âmbito da Área de Estruturação de Projetos do BNDES e foi fruto das interlocuções mantidas com diversos colegas de BNDES e advogados externos ao Banco. É importante frisar que não se reclama a autoria sobre as ideias aqui contidas, as quais já vêm sendo pensadas – e paulatinamente aperfeiçoadas – na estruturação de diversos projetos de PPP, por consultores, advogados e gestores públicos. O artigo tem por objetivo registrar e sistematizar essas ideias de modo a fomentar o debate. As visões, comentários e sugestões constantes do texto não representam necessariamente os posicionamentos ou entendimentos do BNDES.

## As parcerias público-privadas como forma de implementação de projetos

Disciplinadas, no âmbito federal, pela Lei 11.079/2004 (Lei de PPP), as parcerias público-privadas (PPPs) consistem em uma espécie de concessão de serviços públicos – cujas normas gerais estão dispostas na Lei 8.987/95.

A lógica encampada pela Lei de PPP foi a de incentivar o interesse e a participação da iniciativa privada em projetos de concessão, sobretudo aqueles que não seriam viáveis na forma da Lei 8.987/95 por não serem financeiramente executáveis com o pagamento de tarifas pelos usuários diretos dos serviços.<sup>2</sup>

Para tanto, a Lei de PPP autorizou que o Poder Público (ou Poder Concedente, forma técnica de designar o Estado no âmbito dos contratos de PPP) se vinculasse contratualmente com o pagamento de contraprestações públicas, o que pode ser realizado segundo dois modelos:<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Nesse sentido, o art. 2º, parágrafo 3º, da Lei de PPP é importante para melhor compreender o campo residual de aplicação dessa lei.

<sup>3</sup> O art. 2º da Lei de PPP traz as espécies de PPP:

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

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

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

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

1. Concessões Patrocinadas, em que o Poder Concedente suplementa a remuneração que o concessionário obtém com a cobrança de tarifas dos usuários diretos dos serviços – ex.: pedágios em rodovias; e
2. Concessões Administrativas, em que a remuneração do concessionário é integralmente desembolsada pelo Poder Concedente, em razão de este ser o usuário direto dos serviços delegados – que aqui se podem tratar de serviços públicos ou serviços administrativos.

Houve a necessidade, levando em conta que o modelo de PPP pressupõe a aplicação direta de recursos públicos, de que a Lei de PPP trouxesse outras inovações, de modo a ensejar que as contrapartidas públicas pudessem ser reduzidas e que o concessionário contasse com incentivos para prestar serviços adequados.

Para isso, as inovações mais relevantes introduzidas pela lei são as seguintes:

- a previsão da possibilidade de prazos contratuais mais longos, podendo alcançar até 35 anos (art. 5º, inciso I);
- a repartição objetiva de riscos entre Poder Público e o concessionário (art. 4º, inciso VI), que informa até as hipóteses em que se admite o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (apenas nas hipóteses em que o risco tenha sido alocado ao Poder Público);
- a previsão de um amplo rol de garantias que podem ser oferecidas à concessionária, incluindo a criação de um Fundo Garantidor com regime jurídico de direito privado e patrimônio desvinculado dos entes públicos que o constituíram (art. 8º);
- a remuneração vinculada ao desempenho (art. 5º, inciso VII).

Como se pode notar, parte das inovações trazidas pela lei é funcionalmente orientada para propiciar a redução do valor da contraprestação, sobretudo por reduzir o risco do concessionário, como ocorre na alocação de riscos ao parceiro (público ou privado) mais apto a gerenciá-lo e no estabelecimento de garantias públicas que podem ser mais facilmente acessadas na hipótese de inadimplemento das contraprestações, ou para fazer jus a indenizações devidas em razão da rescisão dos contratos.

O interesse do Poder Público nesse tipo de contrato, tomando como base as características do modelo de PPP, pode ser resumidamente explicado com base em pelo menos duas vantagens.<sup>4</sup>

A primeira delas, de ordem financeira, diz respeito à possibilidade de superar o problema decorrente da indisponibilidade de recursos públicos suficientes para a execução de investimentos diretamente pelo Estado. Isso porque a prestação de serviços públicos e outras atividades de interesse social têm como pressuposto a execução de vultosos investimentos, decorrentes, sobretudo, da execução de obras e aquisição de equipamentos.

Com a delegação dos serviços, o delegatário deverá aplicar capitais próprios (e/ou de terceiros levantados no mercado financeiro) na execução dos investimentos que são pressuposto para a execução do contrato de concessão. O Poder Público ressarcirá esses investimentos ao longo da concessão, com a remuneração devida em razão da prestação propriamente dita dos serviços. Portanto, o contrato de concessão possibilita que o valor dos investimentos necessários para satisfazer uma necessidade pública atual seja diluído no decorrer do prazo de vigência do contrato.

---

<sup>4</sup> As concessões tradicionais e PPPs dispõem de diversas outras vantagens, mas cuja análise desborda do proposto para o presente estudo.

A segunda vantagem (e uma característica-chave do modelo de PPP) é relativa à satisfação do princípio da eficiência administrativa, uma vez que a Lei 11.079/2004 expressamente admitiu a remuneração atrelada à *performance* do concessionário.<sup>5</sup> Trata-se de uma real inovação que se coaduna com a ideia de regulação por resultados – em contraposição à regulação por meios, própria das contratações públicas tradicionais.

Superado o período inicial de letargia no uso das PPPs, atualmente podemos verificar um grande número de projetos já contratados ou em fase de estruturação, em setores como transporte rodoviário e metroviário, saneamento, disposição de resíduos, saúde, educação, revitalização urbana, hotelaria prisional e arenas esportivas.

## **A restrição contida no art. 28 da Lei de PPP**

A celebração de um contrato de PPP está condicionada à observância de uma série de requisitos expressos na Lei 11.079/2004 – que ainda prevê em seu art. 3º a aplicação subsidiária da Lei 8.987/95. Vale notar também que, tendo em vista a partição constitucional de competências, cabe aos estados e municípios editarem leis próprias que disciplinem e criem requisitos específicos para a delegação de serviços no âmbito das respectivas esferas administrativas.

Entre os diversos requisitos legais definidos para a delegação de atividades por meio do modelo de PPP, está o art. 28 da Lei 11.079/04.

---

<sup>5</sup> Os contratos de PPP usualmente trazem anexos técnicos dispendo sobre o mecanismo de cálculo da remuneração do concessionário e indicadores de desempenho (associados à percepção de qualidade dos serviços) e disponibilidade. De modo sucinto, se o concessionário logra 100% de cumprimento dos indicadores, faz jus à integralidade da contraprestação pública definida no contrato. O atingimento parcial dos indicadores enseja deduções por desempenho, que podem ser automaticamente implementadas pelo Poder Concedente.

Para a análise de tal condicionante, importa desde logo transcrever os exatos termos do dispositivo, que é o centro das ideias e teses que serão discutidas neste trabalho.

**Art. 28.** A União não poderá conceder garantia ou realizar 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 5% (cinco por cento) da **receita corrente líquida** do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao **Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional**, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo.

§ 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009)

§ 3º (VETADO) [grifos nossos].

De modo simplificado, por Receita Corrente Líquida, deve-se entender, nos termos da definição legal contida no art. 2º, inciso IV, da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), o “somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> O art. 2º da Lei Complementar 101/2000 trata da RCL e de sua forma de cálculo, dispondo sobre quais são as receitas e deduções que devem ser consideradas em sua contabilização.

De modo genérico, estão compreendidos na RCL os recursos financeiros classificados como receitas correntes e que se destinem, entre outros fins, às aplicações de manutenção e funcionamento das “atividades-meio” e “atividades-fim” enquadradas como despesas correntes [Machado e Reis (2008)].

Com base no que pode ser observado da redação do art. 28, a Lei 11.079/04 fixou limites prudenciais de comprometimento da RCL com as **despesas de caráter continuado derivadas do conjunto de PPPs contratadas**. Com efeito, há duas facetas da limitação imposta pelo dispositivo:

1. 5% da RCL observada do exercício anterior – regula a relação entre a receita presente e as despesas com a contratação da PPP;
2. 5% da RCL estimada para os dez exercícios subsequentes – regula a relação entre as despesas futuras do ente federado, decorrentes dos contratos de PPP celebrados ou em vias de serem, e as projeções da RCL no horizonte de dez anos.

Segundo a norma constante do art. 28, *caput*, a contratação de uma parceria público-privada deve levar em consideração não somente as informações sobre a receita atual, mas também as projeções futuras da RCL – contabilizadas, ressalta-se, com base em critérios tecnicamente bem engendrados.<sup>7</sup> Essa preocupação com o comprometimento futuro de receitas decorre da lógica do modelo, o

---

<sup>7</sup> O art. 4º, parágrafo 2º, da LC 101/2001 estabelece que o Anexo de Metas Fiscais, que acompanha a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), deve prever “metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes”. Nesse sentido, parece razoável supor que as projeções de comprometimento da RCL para os dez anos subsequentes, de acordo com o teor do art. 28 da Lei de PPP, devem seguir racional de cálculo e premissas semelhantes aos aplicados para as projeções de receitas, despesas e resultados já exigidos na LDO.

qual pressupõe o estabelecimento de vínculos longos entre o Poder Público e agentes privados – que, nos termos do art. 5º, inciso I, da Lei 11.079/04, podem chegar a 35 anos.

A limitação estabelecida pelo art. 28 foi criada com o objetivo de evitar que as PPPs fossem utilizadas como um instrumento de ocultação de endividamento dos entes contratantes.<sup>8, 9</sup> Tal preocupação decorre, em grande parte, do fato de que os contratos celebrados na forma de PPP, em regra,<sup>10</sup> não são classificados como operações de crédito (dívida), o que afasta comandos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 30 e 32, inciso III) e em resoluções editadas pelo Senado Federal estabelecendo limites de endividamento público (em especial as resoluções 40 e 43).<sup>11</sup>

Para tanto, estabeleceu-se que a extrapolação do limite percentual previsto no art. 28 por estados, municípios e Distrito Federal (DF) (“entes subnacionais”) acarretaria as seguintes consequências:

1. não receber garantias para realizar operações de crédito;
2. não receber transferências voluntárias.

---

<sup>8</sup> Em relação a isso, vale mencionar a lição de Lucas Navarro Prado. O autor destaca que o propósito do art. 28 foi o de “criar na Lei de PPP um limite objetivo, capaz de evitar manipulações contábeis, com a única finalidade de burlar os limites de endividamento, o que colocaria em risco o sistema de controle fiscal da LRF” [Prado (2011, p. 63)].

<sup>9</sup> É importante pontuar que essa mesma razão de ser está presente no art. 22 da Lei de PPP, que é aplicado exclusivamente para a União.

<sup>10</sup> A Portaria 614 da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) estabelece que as PPPs podem *excepcionalmente* ser consideradas operações de crédito quando ocorrer assunção de parte relevante dos riscos de construção, demanda e disponibilidade pelo Poder Concedente. A íntegra do texto do referido normativo pode ser acessado em: <[http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/legislacao/arquivos\\_down/060821\\_port\\_614.pdf](http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/legislacao/arquivos_down/060821_port_614.pdf)>.

<sup>11</sup> A Competência do Senado Federal para tratar do tema dos limites de comprometimento com operações de crédito aplicável aos entes federativos consta do art. 52, inciso VII, da Constituição da República.

Foram aventadas diversas controvérsias acerca da constitucionalidade do art. 28. Sinteticamente, aqueles que sustentam a invalidade da norma afirmam que a União, por meio do dispositivo, estaria instituindo normas gerais de Direito Financeiro por meio de Lei Ordinária – o que seria vedado, nos termos do art. 163, inciso I, da Constituição Federal.

A lógica do sistema constitucional é que estados, municípios e DF devem ter autonomia para gerir seus orçamentos, estabelecendo até os regramentos que lhes sejam específicos. O poder normativo da União se restringiria à edição de normas gerais, obrigatoriamente veiculadas por meio de lei complementar, espécie normativa que requer *quorum* de aprovação qualificado. O art. 28 seria, então, um subterfúgio para elidir a aplicação do comando normativo constante do art. 163, inciso I, da Constituição Federal.

Em sentido oposto, argumenta-se que o art. 28 da Lei de PPP não veda em absoluto a contratação de parcerias que extrapolem o limite de 5% da RCL. O comando estaria, na realidade, voltado apenas para a União, que ficaria impossibilitada de realizar transferências voluntárias e conceder garantias para os estados, municípios e DF. Em tese, as administrações desses entes poderiam livremente decidir por extrapolar ou não o limite, tendo em vista a significância das garantias e repasses federais para os respectivos orçamentos.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Sobre o tema da inconstitucionalidade do dispositivo, vale transcrever excerto do livro de comentários à Lei de PPP de Ribeiro e Prado (2007, p. 449): “Por fim, é necessário fazer uma última nota sobre o problema da constitucionalidade do dispositivo. Ele condiciona a outorga de garantias em operações de crédito e a realização de transferências voluntárias pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios ao cumprimento, por tais entes, dos limites de despesa com PPPs de 1% da RCL. A rigor, é ato discricionário da União a emissão das garantias e a realização das aludidas transferências de recursos, de maneira que não há qualquer impedimento a que a lei ordinária, como a Lei de PPP, estabeleça condições e limitações para tanto. [...] O problema é que o dispositivo utiliza

Independentemente dos argumentos aventados acima, o fato é que a realidade dos estados e municípios brasileiros não permite que estes abdicuem das transferências voluntárias e concessões de garantias realizadas a seu favor pela União. Dessa forma, embora o destinatário formal do artigo sob exame seja o administrador federal, os estados e municípios deverão, por absoluta necessidade, atender ao limite de 5% estabelecido na Lei de PPP.<sup>13, 14</sup>

---

um meio lícito (o condicionamento da realização de transferências e garantias em operações de crédito) para obter fins que, em face do art.163, I, da CF, só poderiam ser logrados diretamente por lei complementar (limitação de despesas de PPPs dos Estados, Distrito Federal e Municípios a 1% da RCL). Note-se que os entes subnacionais da Federação, em sua grande maioria, dependem, os mais pujantes, das garantias da União para renegociação das suas dívidas; os menores, das transferências voluntárias. A sanção, portanto, é extremamente contundente e força Estados e Municípios indiretamente a cumprir uma regra de finanças públicas que só poderia ser estipulada por lei complementar. Por essa razão, pensamos estar o dispositivo eivado de inconstitucionalidade”. Registre-se que, à época de tal edição, o limite da RCL estabelecido na Lei de PPP ainda era de 1%.

<sup>13</sup> Para que as sanções fixadas possam ser aplicadas, os entes públicos devem informar ao Senado e à STN sobre as parcerias que estejam estruturando, conforme o art. 28, parágrafo 1º, da Lei de PPP. A importância e o papel desempenhado pela STN serão abordados na seção “A atuação da Secretaria do Tesouro Nacional na interpretação do art. 28 da Lei de PPP” deste trabalho.

<sup>14</sup> No mesmo sentido do que já foi comentado, a par da correção ou incorreção das teses jurídicas aventadas, o ponto é que a eventual declaração da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de PPP faria o regramento legal das PPPs não contar com uma norma que evitasse, de modo eficiente, a contratação desenfreada de parcerias. Seriam incidentes apenas as regras de responsabilidade fiscal genéricas, entre as quais os artigos 4º, 29, 30 e 32 da LRF, aos quais se faz remissão no art. 10 da Lei de PPP e que tratam das metas de resultados fiscais e dos limites e das condições para endividamento e contratação de operações de crédito pelos entes federativos (observado o disposto na Portaria 614/2006, da STN). Seriam também incidentes as regras da LRF que tratam da majoração ou criação de despesas públicas, mas que não refletem necessariamente a preocupação com a assunção de compromissos financeiros de longo prazo de modo semelhante ao art. 28, da Lei de PPP.

A Tabela 1 mostra a sistemática de cálculo do comprometimento da RCL para efeito de cumprimento do comando previsto no art. 28 da Lei de PPP.<sup>15</sup>

Tabela 1

**Metodologia de cálculo do comprometimento de RCL com PPP (em R\$ milhões)**

Ano	Despesas com PPP			RCL (D)	Total /RCL (C/D) (%)
	Do ente (A)	De estatais dependentes* (B)	Total (C=A+B)		
Ano anterior	80	30	110	30.000	0,4
1	112	42	154	30.450	0,5
2	146	50	196	31.059	0,6
3	189	60	250	31.680	0,8
4	246	73	319	32.314	1,0
5	320	87	407	32.960	1,2
6	416	105	520	33.619	1,5
7	541	125	666	34.292	1,9
8	703	150	853	34.977	2,4
9	914	181	1.094	35.677	3,1
10	1.188	217	1.404	36.391	3,9
<b>Total</b>	<b>4.773</b>	<b>1.090</b>	<b>5.864</b>	<b>333.419</b>	<b>1,8</b>

Fonte: Elaboração própria, com base em Rocha (2011).

\* Os números inseridos na tabela são meramente aleatórios e ilustrativos, tendo o propósito de facilitar o entendimento acerca da metodologia de cálculo do limite previsto na Lei de PPP e não representam a realidade de nenhum ente federativo específico.

<sup>15</sup> A Tabela 1 se baseia em modelos apresentados em Rocha (2010). No trabalho mencionado, o autor expõe quadros esquemáticos semelhantes para diversos estados, preenchidos com informações referentes aos projetos de PPP que haviam sido contratados à época da elaboração de seu estudo.

Nesse contexto, por meio do disposto no art. 28 da Lei de PPP, enfatiza-se o dever de cumprimento das regras de responsabilidade fiscal, restringindo-se o estabelecimento de compromissos financeiros (despesas de caráter continuado) que podem obstaculizar a gestão orçamentária pelos mandatários subsequentes. Em síntese, a regra do art. 28 tem o objetivo de prevenir a contratação desenfreada de projetos, limitando a autonomia decisória dos governos sobre a aplicação dos escassos recursos públicos.

O modelo de parcerias público-privadas passou por um longo período sem aplicação efetiva, o que retardou a preocupação dos entes federativos com a restrição incidente sobre o comprometimento da RCL.<sup>16</sup> Entretanto, superado o imobilismo inicial, o que se verifica é que nos últimos anos a utilização desse instrumento vem se intensificando, tendo em vista, sobretudo: (1) a crescente necessidade de implementar vultosos investimentos públicos na área de infraestrutura; (2) a necessidade de contar com capital e *expertise* de parceiros privados; e (3) a percepção de que as PPPs viabilizam uma aplicação mais eficiente de recursos públicos. Dessa forma, em face do uso crescente das PPPs na concretização de políticas públicas, uma limitação excessiva da RCL como parâmetro para a utilização desses

---

<sup>16</sup> Diversas razões podem explicar por que o modelo de PPP não foi prontamente disseminado, entre elas: a necessidade de estruturação pelos entes federativos de garantias que viabilizem a assunção de riscos pelo Poder Público; a complexidade das modelagens de PPP, que envolvem diversos elementos técnicos, nem sempre supríveis pelos quadros de pessoal das administrações públicas ou facilmente contratáveis no setor privado; a necessidade de desenvolver estruturas regulatórias adequadas para acompanhar a prestação dos serviços delegados; a necessidade de criar uma cultura de associação e partilha de responsabilidades entre o Poder Público e os agentes de mercado.

instrumentos pode ser considerada uma restrição preocupante, em especial para os entes municipais.<sup>17</sup>

Nesse sentido, nota-se que recentes modificações na Lei 11.079/04 vêm constantemente aumentando o limite de RCL para PPP fixado naquela norma legal, o que parece constituir um reflexo da crescente necessidade de os entes federativos estruturarem projetos de parcerias público-privadas.

A primeira modificação no art. 28, *caput*, da Lei de PPP foi efetuada pela Lei 12.024, de 27 de agosto de 2009, que veiculou duas inovações:

1. aumentou o limite permitido de despesas dos entes públicos em pagamentos de contratos de PPP, de 1% para 3% da RCL; e
2. corrigiu o tratamento assimétrico decorrente do veto ao parágrafo 3º do art. 28 da lei, que havia afetado a incidência de tal limite em relação às empresas estatais.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> No trabalho “PPPs e responsabilidade fiscal: entrave ou cautela necessária?”, Andrade e Martins (2011, p. 5) sustentam que “não parece ser plenamente válida a afirmação de que o limite de 3% da RCL é um dos principais entraves para a utilização em maior medida dos contratos de PPP por Estados e Municípios”. Para fundamentar suas conclusões, os autores mostram dados financeiros dos entes federativos que já se valem de contratos de PPP, comprovando que o percentual de comprometimento da RCL desses entes é pequeno. Segundo os dados expostos, essa realidade é especialmente verdadeira para os estados da federação, tendo em vista que suas receitas são em geral elevadas. Por outro lado, no que concerne aos municípios, advertem que RCL pequena pode vir a ser um entrave para a contratação de projetos de PPP.

<sup>18</sup> A redação original da Lei de PPP já excepcionava que os recursos desembolsados por empresas estatais não dependentes, no bojo dos contratos de PPP por elas celebrados, fossem contabilizados no limite de RCL do ente controlador. Naturalmente, com a supressão do dispositivo, as despesas decorrentes das parcerias celebradas por estatais não dependentes também passaram a consumir o limite de RCL do ente político subordinante. Com o aludido veto, o tratamento dispensado às empresas estatais não dependentes se tornou assistemático, ten-

Ocorre que o motivo que ensejou a primeira majoração do limite de comprometimento da RCL retornou à pauta de discussões: tratava-se da perspectiva de extrapolação do limite por alguns entes, sobretudo em razão de as PPPs estarem se tornando paulatinamente mais atrativas como instrumentos para a viabilização de investimentos. Mesmo depois da alteração veiculada pela Lei 12.024/2009, alguns entes federativos brasileiros, que contavam com diversos projetos de parcerias já contratados e/ou em perspectiva, caminhavam progressivamente para exaurir seus respectivos limites.

Diante desse cenário, em agosto de 2012 foi editada a Medida Provisória (MP) 575 (posteriormente convertida na Lei 12.766/2012), que, entre outras inovações, majorou para 5% o limite de comprometimento da RCL de estados, municípios e DF com projetos de PPP. Vale destacar que essa nova modificação ocorreu apenas três anos depois da edição da Lei 12.024/09, que havia fixado o limite anterior, de 3%.

De acordo com a Exposição de Motivos da referida MP, corroborando os fatos aqui expostos, o aumento em questão visou “tornar possível que os entes que estão tendo parcerias exitosas por meio

---

do em vista que: (1) as receitas geradas por tais empresas, no mais das vezes significativas, não são contabilizadas na RCL do ente federativo controlador, conforme a dicção do art. 2º, inciso IV, da LRF (já comentado na seção “A restrição contida no art. 28 da Lei de PPP”); e (2) as estatais não dependentes são justamente aquelas que não necessitam da transferência de recursos financeiros do ente controlador para fazer frente a suas despesas de *custeio, com pessoal e de capital*, portanto, as PPPs por elas implementadas não representam ônus financeiro – e por consequência, risco fiscal – para seus respectivos controladores. O tratamento errôneo ora comentado foi corrigido pela Lei 12.024/09. Pela nova redação, as despesas contratadas por estatais não dependentes, em razão de seus projetos de PPP, ficam fora do limite estabelecido no *caput* do art. 28. Assim como qualquer empresa, a mais significativa das restrições para a assunção de qualquer compromisso de natureza financeira precisa ser a capacidade de gerar receitas que façam frente às obrigações assumidas.

do uso da Lei não tenham que ter frustrados seus planos de investimentos porque estão próximos dos limites existentes até então”.<sup>19</sup> Anote-se que a norma em questão veio enfim a ser incorporada permanentemente na Lei de PPP quando da conversão da aludida MP na Lei 12.766, de 27 de dezembro de 2012.

É importante destacar que a regra do art. 28 da Lei 11.079/04, se bem calibrada, é salutar e plenamente legítima. Não obstante os limites já estabelecidos nos normativos que versam sobre finanças públicas, há de fato a necessidade de serem criadas restrições específicas para a contratação de projetos de PPP, por conta dos longos prazos usualmente envolvidos nesses ajustes.

Entretanto, nos termos do que será apresentado nos itens seguintes, o que se verifica atualmente é uma interpretação jurídica equivocada acerca do comando previsto no art. 28 e que pode consubstanciar-se em um obstáculo não razoável à contratação de projetos de PPP. Tal situação se mantém, ainda que considerado o novo limite de 5% da RCL, que tende, em breve, a não ser suficiente em função da crescente propensão dos estados e municípios a utilizarem-se do instituto da PPP.

O entendimento hoje praticado pelos entes contratantes, e que se deve em muito à ausência de critérios normativos editados pelos

---

<sup>19</sup> Ainda de acordo com a referida exposição (p. 6), “passados mais de 6 (seis) anos da promulgação da Lei Federal de PPP, ainda não se materializou o risco fiscal temido quando da publicação desta, permitindo-se assim que se amplie o limite de modo a dar flexibilidade de setores a serem atendidos por esta importante inovação. Deve-se considerar ainda que a alteração do limite contribuirá, em boa medida, para a ampliação dos investimentos públicos, reforçando o esforço em curso na União e demais entes, fundamentais para minimizar os reflexos da crise financeira internacional no Brasil”. A íntegra do documento pode ser acessada em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=26C473BF956E12207D122855EBD1943A.node1?codteor=1039656&filename=Tramitacao-MPV+575/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=26C473BF956E12207D122855EBD1943A.node1?codteor=1039656&filename=Tramitacao-MPV+575/2012)>.

órgãos competentes, decorre da literalidade do art. 28. De modo resumido, os entes contratantes atualmente contabilizam a integridade das despesas continuadas referentes aos projetos de PPP no montante de 5% da RCL.

Já adiantando os argumentos que serão detalhados em tópico próprio, a interpretação que vem sendo tacitamente admitida não é a melhor forma de compreender o limite de comprometimento da RCL estabelecido na Lei 11.079/04.

O primeiro dado que se deve ter em vista é que não se pode desconsiderar a circunstância de que o Estado já incorre em gastos no custeio de determinados serviços que são prestados à população e que pode legitimamente optar por transferir tais atividades a particulares (concessionários) – sem que disso resultem necessariamente despesas novas. Nesse contexto, essa primeira questão refere-se ao tratamento jurídico que deve ser dispensado aos recursos que já são aplicados pelo Poder Concedente na prestação das atividades que serão concedidas, ou seja, se devem ou não ser contabilizados no limite de 5% da RCL levando em conta sua origem.

Além desse primeiro dado, a definição dos gastos que devem ser considerados no limite percentual em tela também é objeto de outra questão, que incide sobre a interpretação da expressão “caráter continuado”, contida no mesmo dispositivo legal. A controvérsia se refere à natureza das despesas provenientes dos contratos de PPP, e sua pacificação ofereceria importantes respaldo e segurança aos estados e municípios que vêm aperfeiçoando os mecanismos econômico-financeiros de estruturação e execução de parcerias.

Nas seções seguintes, ao se explorarem essas questões, procurar-se-á expor as interpretações que mais potencializam o instituto das parcerias público-privadas e que melhor se coadunam com as finalidades que inspiraram a edição das normas legais regedoras da matéria.

## A atuação da Secretaria do Tesouro Nacional na interpretação do art. 28 da Lei de PPP

Antes de analisar as diferentes interpretações possíveis para o art. 28 da Lei de PPP, mostra-se pertinente trazer algumas informações sobre o papel a ser desempenhado pela STN. Tendo em vista a atribuição institucional conferida a tal órgão, qualquer alteração na interpretação sobre limites de comprometimento da RCL em projetos de parceria público-privada carecerá da formalização de seu assentimento.<sup>20</sup>

No âmbito da Lei 11.079/04, afora a menção no art. 28, parágrafo 1º, já transcrito, a participação da STN no controle de legalidade e compatibilidade das PPPs à legislação de Direito Financeiro decorre também da combinação do art. 10, inciso I, alínea “c” e art. 25, transcritos a seguir.

**Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:**

---

<sup>20</sup> A STN vem exercendo sua competência regulamentar e editando atos normativos referentes aos contratos de PPP. É o caso da Portaria 614, de 21 de agosto de 2006, que “estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei 11.079, de 2004”. Outra iniciativa que pode ser mencionada, embora sem caráter normativo, é a publicação de materiais destinados a facilitar a atuação de gestores públicos, como o *Manual de Contabilidade do Setor Público* (que contém capítulo específico sobre PPP). O documento, que pode ser acessado por meio do endereço eletrônico <[http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/ParteIII\\_PCE.pdf](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/ParteIII_PCE.pdf)>, tem por destinatárias as administrações públicas das três esferas federativas e traz informações sobre procedimentos para contabilização e escrituração de informações financeiras dos entes – embora não aborde especificamente o assunto versado neste trabalho.

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

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 nº 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

**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;**

[...]

Art. 25. A Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada [grifos nossos].

Por meio da combinação das regras previstas nos arts. 10 e 25 da Lei de PPP, pode ser entendida a competência da STN, na condição de órgão central de contabilidade da União, para editar normas gerais acerca da consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPP. Nessa atribuição normativa, está a prerrogativa que a referida secretaria detém de editar normas interpretativas sobre o limite de endividamento de estados e municípios com projetos de PPP, estabelecendo entendimentos e procedimentos uniformes a serem observados por todos os entes federativos que pretendam delegar serviços por meio desse modelo.

## **A abrangência da limitação inscrita no art. 28 da Lei de PPP**

### **O traço comum entre as diferentes opções interpretativas: a maximização do princípio da eficiência**

Nas seções seguintes, serão explicitados diversos argumentos a fim de propiciar uma interpretação mais adequada das disposições legais que tratam do limite de RCL. Para tanto, o comando previsto no art. 28 da Lei de PPP será cotejado com alguns dos elementos tradicionais de interpretação já há muito consolidados na dogmática jurídica, em especial os elementos literal (usualmente designado também de gramatical ou semântico), teleológico e sistemático.<sup>21</sup> A ideia central é expor algumas possibilidades hermenêuticas diversas do entendimento atualmente praticado pelos gestores públicos, que, conforme já comentado, trata-se de uma interpretação restritiva em excesso.

Dessa forma, é importante destacar que as diversas opções interpretativas que enfoquem a gestão dos negócios públicos, sobretudo no âmbito do Direito Público Econômico, devem ser norteadas pela busca da maximização do princípio da eficiência. A finalidade última do Estado consiste em satisfazer da melhor forma possível o interesse público, o que implica deveres como o de alocar os recursos públicos da forma que revele maior economicidade e de, sempre

---

<sup>21</sup> Os elementos tradicionais da interpretação jurídica são: interpretação gramatical (literal ou semântica), interpretação histórica, interpretação sistemática e interpretação teleológica. Esses diferentes elementos não se excluem ou operam isoladamente, sendo a interpretação fruto da combinação e do controle recíproco entre eles. Conforme Barroso (2009, p. 291): “a interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)”.

que possível, promover a interpretação das leis e institutos jurídicos pragmaticamente voltada para a satisfação das necessidades sociais.

O princípio da eficiência foi previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, nos termos da redação conferida pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998. A previsão expressa da regra, ainda que salutar, é de todo modo desnecessária, visto que é impossível conceber a atuação estatal dissociada do dever de bem gerir os negócios públicos.<sup>22</sup> No âmbito federal, o princípio em questão já havia sido previsto, em sede infraconstitucional, no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784, de 20 de janeiro de 1999.

Como já adiantado, o princípio da eficiência, sempre que possível, deve abrir-se para considerações de ordem pragmática, ou seja, argumentos assentados nas consequências que podem ser extraídas da aplicação da norma jurídica.<sup>23</sup> Naturalmente, a margem de discricionariedade do intérprete na concretização do comando legal não é a mais ampla possível, visto que uma interpretação pragmaticamente

---

<sup>22</sup> A eficiência, nos dizeres de Aragão (2009, p. 297), “não deve ser entendida apenas como a maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”.

<sup>23</sup> Ainda na esteira da lição de Aragão (2009, p. 297): “Uma interpretação/aplicação da lei, que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada com a interpretação mais correta. Note-se que estas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, entre as diversas interpretações plausíveis existentes, deverá ser adotada, opção que posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade, que devam ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória”.

orientada tem, entre outros limites, o texto normativo e os demais elementos da interpretação jurídica.

Em conclusão, se a conjugação dos diferentes elementos de interpretação autorizar múltiplas possibilidades de aplicação da lei, caberá ao intérprete, tendo em vista a dicção constitucional que caracteriza a eficiência como princípio da Administração Pública, optar por aquela que importe na melhor gestão dos negócios públicos.

## **A questão da origem das despesas da PPP**

### **Interpretação meramente textual do limite previsto no art. 28 da Lei de PPP**

Conforme já adiantado no item anterior, a interpretação meramente textual é a que se prende na literalidade do texto legislativo. A esse respeito, qualquer interpretação jurídica parte necessariamente do exame de significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal. No caso, uma das possibilidades que pode ser extraída com base na interpretação literal é a necessidade de contabilizar no limite de 5% da RCL, sem qualquer temperamento, todas as despesas referentes aos projetos de PPP contratados pelo ente federativo. Trata-se do entendimento que vem sendo atualmente praticado e que tem como efeito adverso propiciar um exaurimento mais acelerado do limite de comprometimento da RCL previsto na lei.

Do ponto de vista meramente pragmático, os administradores estaduais e municipais tendem a optar por uma interpretação mais conservadora do dispositivo legal,<sup>24</sup> de modo a afastar o risco de que

---

<sup>24</sup> Lucas Navarro Prado (*Condições prévias (...)*, op. cit.) adverte que, em que pese sua opinião técnica, o entendimento aparentemente prevalecente na STN é de que os gastos decorrentes de contratos de PPP devem ser indistintamente contabilizados no limite percentual da RCL – independentemente de serem despesas novas ou despesas preexistentes. O fundamento do autor é a análise do

os entes por eles geridos sejam sancionados com a indisponibilidade de garantias ou transferências voluntárias da União.

Essa primeira interpretação, por razões que serão levantadas nas seções seguintes, parece não ser a melhor opção, nas perspectivas jurídica e econômica, por tolher acentuadamente muitas das potencialidades do instituto das parcerias público-privadas.

### Interpretação textual e finalística do art. 28

A redação do art. 28 da Lei de PPP destaca que, para fins de cálculo do montante de recursos comprometidos em face da RCL, serão considerados apenas os gastos que sejam **derivados** dos contratos de PPP. Nesse contexto, parece que a primeira providência para mensurar o real alcance da norma jurídica é identificar o sentido dicionarizado do adjetivo “derivado”, para o qual são comumente apontados como sinônimos os vocábulos “apartado”, “desviado”, “proveniente”, “oriundo”, “originário”, “resultante”.<sup>25</sup>

De acordo com o entendimento defendido no presente artigo, uma leitura mais atenta do art. 28 leva a crer que o emprego do vocábulo “derivados” implica – nas hipóteses em que a PPP venha a substituir a prestação de serviços já disponibilizados pelo Estado – que sejam

---

Demonstrativo Constante do *Manual técnico de demonstrações fiscais vigente* (aprovado pela Portaria STN 577/2008), elaborado e publicado pela Secretaria. Os modelos de demonstrações apresentados no manual não fazem a distinção comentada, qual seja, a distinção entre despesas novas e preexistentes. Concorde-se aqui com o entendimento do autor quanto a ser mais apropriada a adoção de uma posição prudente, consistente na não segregação entre os dois tipos de despesas, mas também parece que o modelo veiculado no manual não representa a construção de um consenso no âmbito da STN sobre a exegese do art. 28 da Lei de PPP. O documento em comento foi elaborado em 2008, quando poucos projetos de PPP haviam sido contratados e o tema da metodologia de cálculo não havia se inserido efetivamente na pauta de discussão.

<sup>25</sup> Cf. Ferreira, A. B. H. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 7.0.2.*

consideradas no limite de RCL apenas as despesas efetivamente novas, ou seja, as que onerem adicionalmente o Estado a partir da concessão da atividade.

Portanto, ainda no campo da interpretação meramente semântica, parece que o real alcance da norma, diferentemente do que vem sendo praticado, é o de fazer a distinção entre despesas já incorridas e despesas efetivamente geradas com a delegação, via contratos de PPP, do serviço público ou da atividade administrativa.

Cabe observar que, caso o objetivo da lei fosse incluir, na contabilização da limitação em tela, todo o universo de despesas que guardasse alguma ligação com as PPP, o texto legal não teria adotado o vocábulo “derivadas”, mas sim um como “envolvidas”, “relacionadas”, “relativas”, “correspondentes” etc., que são termos dotados de uma acepção muito mais abrangente e genérica do que aquele eleito pelo dispositivo em questão, cuja semântica remete à restrita ideia de origem.

Nos termos desse entendimento, tem-se que o objetivo da lei foi fazer tacitamente a diferenciação entre, de um lado, a categoria das despesas originalmente criadas pelo contrato de PPP e, de outro, a categoria das despesas já existentes antes da contratação da parceria, as quais passam a ser meramente incorporadas em tal contrato. Ao fazer tal distinção, a norma legal incluiu apenas a primeira categoria na contabilização para fins de verificação do comprometimento da RCL.

Dessa forma, a primeira das ideias aventadas neste artigo diz respeito à diferenciação entre despesas preexistentes e despesas efetivamente criadas a partir dos contratos de PPP. Consoante o ponto de vista aqui desenvolvido, para atender à norma legal, é necessário que se contabilize como “despesas de caráter continuado decorrentes de contratos de PPP” apenas a eventual diferença entre: os pagamentos

a serem efetuados para o parceiro privado (concessionário do serviço), no âmbito da concessão, em remuneração a seus investimentos em infraestrutura e à operação dos serviços prestados; e o valor que o ente federativo já aplicava no custeio dos serviços transferidos, no momento anterior à delegação.

No que toca à remuneração do concessionário, vale destacar que ela cobre despesas de duas naturezas. A primeira corresponde à cobertura dos investimentos efetuados pelo parceiro privado a suas expensas. De modo genérico, trata-se de gastos de capital, que abrangem obras (construção, reconstrução, reforma etc.), aquisição de equipamentos e todo tipo de intervenção que é pressuposto para a disponibilização e continuidade do serviço.<sup>26</sup> O segundo elemento da contrapartida pública trata da remuneração do concessionário pela execução dos serviços abrangidos pela concessão,<sup>27</sup> ou seja, destina-se ao custeio dos gastos operacionais envolvidos no projeto.

Do exposto, é importante notar que a remuneração pelos investimentos (ou gastos de capital), efetuados pelo parceiro privado, tem nítida origem no contrato de PPP. Trata-se de um elemento novo de despesas, até então inexistente, cujo surgimento figura como consequência direta da estipulação contratual em questão.

De forma diversa, a parcela da remuneração referente aos serviços prestados pelo agente privado não segue automaticamente a mesma caracterização quanto a sua origem, pois se faz necessário verificar se a despesa em questão já era total ou parcialmente incorrida pelo Poder Concedente no custeio daquelas atividades.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Na terminologia técnico-financeira, corresponde ao Capital Expenditures (CAPEX), ou gastos de capital.

<sup>27</sup> Trata-se da parcela referente ao Operational Expenditures (OPEX), ou gastos operacionais.

<sup>28</sup> Vale destacar que a distinção entre despesas operacionais (correntes) e de capital será retomada mais adiante, quando da exposição de outra tese jurídica

Em geral, grande parte das despesas com custeio envolvidas nos contratos de PPP já se incluem no rol de despesas usuais da Administração.<sup>29</sup> Assim, partindo-se da interpretação sustentada no presente artigo, apenas devem ser contabilizadas no limite de comprometimento da RCL, previsto no art. 28 da Lei 11.079/04, as despesas de custeio envolvidas em contratos de PPP que excederem as despesas já anteriormente praticadas pelo ente concedente.

Isso porque apenas as despesas excedentes às usualmente praticadas pelo Estado são aquelas autenticamente originadas em contratos de PPP, dando origem a um novo comprometimento do orçamento público. As despesas que já eram realizadas pelo Poder Concedente com a prestação dos serviços não podem ser consideradas originadas (ou, melhor, “derivadas”) do contrato de PPP. Estivessem sendo elas praticadas diretamente pelos servidores estatais ou por terceiros contratados na forma tradicional, tais despesas já se encontravam inicialmente previstas e inscritas no orçamento.

Por essa perspectiva, a alteração no tipo de instrumento jurídico que viabiliza a prestação dos serviços faz-se irrelevante para os motivos e as finalidades do art. 28 da Lei de PPP. As atenções do dispositivo em destaque se voltam para o aspecto financeiramente substancial daquela alteração: o aumento do comprometimento da despesa pública.

---

envolvendo a contabilização das despesas para efeito de incidência do limite de 5% da RCL.

<sup>29</sup> A própria definição de despesas de *custeio*, inscrita no art. 12, parágrafo 1º, da Lei 4.320/64, já traz a ideia de perpetuação para conservar algo originado no passado: “dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis”. Anote-se que tais gastos abrangem tanto a remuneração dos próprios servidores públicos quanto os pagamentos pelos serviços prestados por particulares à Administração Pública.

A interpretação aqui defendida é reforçada ao se tomarem como referência os contratos de PPP versando sobre execução de obras e serviços nas áreas de saúde e educação, as quais têm despesas constitucionalmente vinculadas, ou seja, que devem ser despendidas independentemente da configuração jurídica do modelo adotado para sua viabilização.<sup>30</sup>

Portanto, de acordo com a tese ora articulada, a contabilização de gastos para fins de verificação do comprometimento da RCL deverá considerar apenas as despesas que efetivamente derivem do contrato de PPP, quais sejam: (1) as despesas que visem remunerar os investimentos do parceiro privado; e (2) o excedente às despesas de custeio já normalmente incorridas pelos entes federativos.

O entendimento acima, que foca em uma interpretação não apenas textual, mas também lógica, do dispositivo, deve ser complementado com um argumento adicional – o elemento de interpretação teleológico (ou finalístico).

O limite previsto no art. 28 da Lei de PPP toma por fundamento o problema do risco fiscal, ou seja, o comprometimento não razoável de receita pública gerado pela formalização de seguidos contratos de PPP. Essa, portanto, é a finalidade do dispositivo.

Em tal contexto, não faz sentido aplicar a norma contida no art. 28 para coibir que a Administração Pública simplesmente troque despesas que ela já pratica. Via de regra, os recursos orçamentários aplicados pelo Estado no pagamento de contratos vigentes (sobretudo os de terceirização de serviços formalizados em conformidade à legislação de licitações e contratos públicos) podem ser mais bem

---

<sup>30</sup> Conforme é cediço, existem diversos projetos de “infraestrutura social” em fase de implantação ou mesmo já implantados no Brasil, entre os quais podem ser citados: o Hospital do Subúrbio (Salvador), o Hospital Metropolitano do Barreiro (Belo Horizonte), o Projeto de Expansão da Rede Municipal de Educação (Belo Horizonte).

utilizados nos contratos de PPP, que enfatizam, entre outras vantagens: a repartição de riscos entre as partes contratantes; e a remuneração do parceiro privado escorada na efetiva disponibilidade do serviço e na observância dos indicadores de desempenho previstos no contrato de concessão.

Quanto a isso, a teleologia do dispositivo adverte que apenas o efeito líquido da operação, que consiste no incremento da despesa pública, deve ser entendido como risco fiscal. O entendimento contrário pode incentivar que os gestores públicos optem por não celebrar contratos de PPP que tenham por objeto atividades estatais já disponibilizadas pelo Estado, mesmo que a concessão do serviço propicie inegáveis vantagens do ponto de vista de eficiência na gestão de recursos, compartilhamento de riscos e satisfação do interesse público.

Naturalmente, o eventual acolhimento dessa interpretação pela STN ensejará a necessidade, no âmbito da modelagem dos projetos de PPP, de se identificar o montante de recursos então aplicado pelo Poder Público na atividade a ser concedida – tarefa que tende a não ser comezinha, na medida em que a contabilidade pública nem sempre disponibiliza<sup>31</sup> informações financeiras com elevado grau de clareza, sistematicidade e desagregação de dados.

Não obstante os desafios envolvidos, a interpretação ora proposta, que pressupõe a contabilização no limite de RCL apenas das despesas adicionais decorrentes de projetos de PPP, decerto prestigia a vontade do legislador e se mostra plenamente viável com base no texto normativo.

---

<sup>31</sup> Por exemplo, no âmbito de serviços como saúde e educação – que pressupõem a atuação do estado em vários níveis de atendimento –, é comum a celebração de contratos que cubram o fornecimento de bens e serviços para a integralidade das redes e serviços disponibilizados à população, o que gera a dificuldade de mensurar a real onerosidade de cada segmento da ação estatal.

## Despesas de caráter continuado: identificação do real sentido da expressão

O presente tópico envolve uma análise mais detalhada acerca da expressão “despesas de caráter continuado”, contida no art. 28 da Lei 11.079/2004. Conforme será exposto, a correta definição do alcance dessa expressão pode consistir em um elemento importante para a diferenciação de quais despesas devem ser consideradas no limite de 5% da RCL.

Por meio dos contratos de PPP, transferem-se ao parceiro privado as obrigações de executar investimentos (em especial obras) e prestar serviços.<sup>32</sup> Uma racionalidade inerente ao modelo está justamente na associação entre as duas atividades: sendo o concessionário usuário das próprias estruturas por ele edificadas, criam-se incentivos para que as inversões sejam executadas de modo eficiente – no prazo, sem sobre custos e na qualidade especificada.

O formato mais usual de remuneração do concessionário prevê que os valores aplicados em investimentos são continuamente ressarcidos ao longo da vigência do contrato, depois da efetiva disponibilização dos serviços, sendo um dos componentes abarcados na contraprestação pública.

Entretanto, a prática da estruturação de projetos de PPP revelou que, por vezes, quando houvesse disponibilidade de recursos públicos, seria conveniente<sup>33</sup> que o Poder Concedente fizesse desembol-

---

<sup>32</sup> O alinhamento de interesses propiciado pela atribuição ao mesmo agente do dever de executar os investimentos e operar não é encontrado apenas nas PPPs, mas também está presente no modelo de concessão tradicional regido pela Lei 8.987/95.

<sup>33</sup> Imprescindível observar que o modelo aqui exposto tem diversas vantagens. Entre elas, cabe citar as principais: (1) maior atratividade do contrato ao parceiro privado – que receberá um montante maior logo ao término das obras –, o que pode viabilizar maior competitividade no processo licitatório; (2) menor

os logo depois da fase inicial de investimentos, em um ou alguns momentos contratualmente predefinidos. Essa, por assim dizer, “sofisticação” modelo tradicional de pagamento por contraprestação fixa foi posteriormente incorporada na Lei de PPP por obra da MP 575/2012 – e será designada no presente trabalho como “aporte”, tal como mencionado no art. 6º da Lei de PPP.

De acordo com essa inovação na estrutura de pagamento, agora incorporada na Lei de PPP, assim que as obras tiverem sido encerradas e estiverem em condições de fruição pelo Poder Público, o parceiro privado pode ser reembolsado do valor integral (ou parcialmente) aplicado.<sup>34</sup>

Discutir as vantagens desse mecanismo não é o foco do presente trabalho. Entretanto, podem ser suscitadas algumas considerações sobre o comando do art. 28, da Lei de PPP, na medida em que é possível advogar a não contabilização dos recursos relacionados ao aporte no limite de comprometimento da RCL.

A conclusão acima decorre do postulado de que, da perspectiva do Direito Financeiro, o capital associado ao aporte não se confundiria com as contraprestações periódicas pagas pelo parceiro público durante a vigência do contrato (que se caracterizam por “despesas de caráter continuado”).

---

comprometimento do orçamento futuro, eis que o valor das contraprestações periódicas diminuirá, passando a remunerar apenas a prestação dos serviços; (3) possibilidade de que o parceiro público reduza, de maneira mais célere ao longo do tempo, a garantia a ser prestada por ele ao parceiro privado, diminuindo de forma drástica e antecipada a quantidade de recursos públicos que devem ficar “gravados”, isto é, dados em garantia ao Concessionário.

<sup>34</sup> É essencial observar que esse modelo não retira as vantagens que a contratação por PPP apresenta sobre a contratação nos moldes tradicionais, tais como: (1) ganhos de eficiências na repartição de riscos com o parceiro privado; (2) maior facilidade de gestão e de fiscalização contratual; (3) melhor controle do desempenho do concessionário na prestação dos serviços; (4) maior concentração das atenções do Poder Concedente na prestação dos serviços indelegáveis.

A primeira consideração (e mais elementar) diz respeito ao tempo do pagamento. O aporte pode ocorrer em um ato único ou pode ser desembolsado em momentos específicos, em atenção ao cronograma de investimentos do projeto e ao regramento contido no contrato de concessão. Abrange, assim, apenas um ou alguns poucos marcos temporais, e por isso não é dotado de continuidade e de regularidade, características inerentes às demais contraprestações.

O segundo elemento diferenciador consiste no fato de que a contrapartida inicial a ser paga à concessionária seria destinada a resarcir exclusivamente os investimentos por ela incorridos na execução das obras ou aquisição de bens reversíveis. Como consequência, as contraprestações periódicas a serem pagas durante todo o prazo da concessão remunerariam primordialmente a operação dos serviços prestados no decorrer desse tempo.

Feitas tais considerações, cabe repisar o que dita o art. 28 da Lei de PPP:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar 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 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício** ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios [grifos nossos].

Conforme a dicção do texto legal, as únicas despesas derivadas da PPP que devem ser contabilizadas no percentual de comprometimento da RCL são aquelas de caráter continuado.

Importa, levando em conta que a Lei de PPP não define o que sejam “despesas de caráter continuado”, examinar o disposto na Lei Complementar 101/2001, cujo art. 17, *caput*, adverte:

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

É possível entender, partindo-se de uma interpretação sistemática dos dispositivos transcritos, que a intenção do legislador não foi restringir a contabilização, para fins de verificação de comprometimento da RCL, de todas e quaisquer despesas originárias das PPP, mas sim especificamente das despesas originárias que tenham a característica de permanência – ou seja, despesas que na classificação da LRF são designadas como continuadas.

O legislador parece ter sido correto e coerente em tal previsão, já que, considerando sua preocupação com a responsabilidade fiscal ao longo do tempo, apenas faz sentido que a limitação ao comprometimento da RCL incida sobre as despesas que perdurem durante todo o prazo do contrato.

Nunca é demais ressaltar que a Lei 11.079/2004 não impediria que a execução das obras, embora finalizada em curto espaço de tempo, também fosse remunerada no decorrer de todo o prazo do contrato, tal como o é a prestação dos serviços. Entretanto, nesse caso, tal remuneração obviamente também se tornaria periódica, regular e contínua, razão pela qual seria questionável não contabilizá-la para fins de verificação do limite de comprometimento da RCL.

A figura do “aporte” não implica comprometimento fixo e permanente da receita orçamentária futura do ente federativo concedente no decorrer do prazo total da concessão, uma vez que o que se compromete, em verdade, é apenas o orçamento do exercício em que ocorrerá o pagamento pela disponibilização das obras. A preocupação do legislador com a edição da norma em questão resta, dessa forma, protegida: não há continuidade daquele ônus a macular por vários anos as peças orçamentárias do parceiro público.

Portanto, não tendo natureza de despesas de caráter continuado, os recursos transferidos a título de aporte, conforme o entendimento aqui exposto, não devem ser contabilizados no limite de 5% da RCL previsto no art. 28, da Lei de PPP.

## **Conclusões**

Tendo em vista a opção de diversos estados e municípios de utilizar as PPP como um instrumento de concretização de políticas públicas, o limite de 5% para o comprometimento da RCL, previsto no art. 28 da Lei 11.079/04, tende, em um futuro próximo, a caracterizar-se mais uma vez como um relevante óbice para a continuidade desse modelo de contratação – sobretudo para os entes municipais.

Nesse contexto, surge a necessidade de que a STN, com arrimo na competência regulamentar que lhe foi atribuída pela Lei de PPP, edite atos normativos que tratem, de forma mais detalhada, da contabilização das despesas decorrentes de contratos de PPP para efeito de comprometimento do limite da RCL.

Atualmente, podem ser aventadas pelos menos duas teses factíveis acerca da contabilização do limite, desenvolvidas nos tópicos “Interpretação textual e finalística do art. 28” e “Despesas de caráter continuado: identificação do real sentido da expressão”, que podem ser aplicadas cumulativa ou separadamente. Ambas as propostas usam como vetor de interpretação o princípio da eficiência administrativa e trabalham com os elementos clássicos de hermenêutica jurídica.

A primeira consiste na formalização de uma interpretação que propugne a contabilização, no limite de 5%, previsto no art. 28 da Lei de PPP, apenas das despesas efetivamente decorrentes de contratos de

PPP. Por despesas decorrentes de contratos de PPP devem ser entendidos apenas os gastos incrementais, ou seja, aqueles que extrapolam os valores que já vinham sendo aplicados diretamente pelo Poder Público antes da delegação das atividades aos parceiros privados.

Conforme examinado, essa tese enseja o desafio de quantificar os valores que já eram aplicados diretamente pelo Poder Concedente antes da delegação dos serviços. Esse exercício tende a ser difícil, pois os dados financeiros e orçamentários dos entes nem sempre apresentam um nível de detalhamento suficiente para que a mensuração seja precisa.

A segunda tese jurídica sustenta que não constituem despesa de caráter continuado, para efeito de contabilização no limite de RCL, os valores transferidos a título de “aporte”, nos termos dos arts. 6º e 7º da Lei de PPP, referentes ao ressarcimento dos investimentos executados pelo parceiro privado na execução de obras ou aquisição de bens reversíveis.

Ainda que a proposta não seja complexa da perspectiva teórica, sua implementação não pode prescindir de uma regulamentação mais detalhada que venha a responder a questões ainda em aberto. Por exemplo: como serão feitas as comprovações dos investimentos a serem ressarcidos? O aporte tomará como base a estimativa feita pelo Poder Concedente quando da estruturação do projeto, ou os gastos efetivos do concessionário quando da execução concreta do investimento?<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Outra questão que poderia ser levantada e que revela a necessidade de pacificação do tema: assumindo-se como premissa que o aporte toma como referência a estimativa elaborada pelo Poder Concedente, poderá o concessionário se apropriar de eventuais ganhos decorrentes da gestão mais eficiente da obra ou concepção de melhores projetos, recebendo o valor integral do aporte, conforme definido em contrato? É importante notar que essa questão traz repercussões práticas relevantes, em especial no que concerne à eventual comprovação de gastos.

É importante que ambas as interpretações ora noticiadas, ou outras que venham a tratar do tema, sejam devidamente materializadas em atos normativos editados pela STN – o que inegavelmente conferiria segurança jurídica e previsibilidade para as administrações que já se valeram do modelo ou têm em vista se aproveitar dele. Esse tratamento não teria apenas o propósito formalista de autorizar a aplicação das duas interpretações exibidas, mas seria funcionalmente útil ao trazer esclarecimentos necessários.

Por fim, a título de arremate, é importante frisar o seguinte: pouco antes de alteração legislativa decorrente da edição da MP 575/2012, havia considerável mobilização de alguns entes (sobretudo municipais) a favor do aumento do limite de RCL. De fato, não se tem notícia de que o limite atual de 5% permaneça como um óbice para alguma Administração Pública brasileira. Entretanto, essa situação de tranquilidade tende a ser temporária, pois a necessidade de novos projetos e a relevância das PPPs como instrumento de gestão<sup>36</sup> tendem a incentivar cada vez mais o uso desse modelo. Enxerga-se, portanto, uma perspectiva de surgir, em um futuro breve, novamente esse problema.

## Referências

ANDRADE, M. E. M. C.; MARTINS, V. A. *PPPs e responsabilidade fiscal: entrave ou cautela necessária?* Texto publicado no Observatório das PPPs. Disponível em: <[http://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/RCL\\_vfinal.pdf](http://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/RCL_vfinal.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2013.

---

<sup>36</sup> Aqui nos remetemos às vantagens mencionadas em “As parcerias público-privadas como forma de implementação de projetos”, neste trabalho.

ARAGÃO, A. S. Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO JR., J. T.; REIS, H. C. *A lei 4.320 comentada*. 32.ed. Rio de Janeiro: Ibam, 2008.

PRADO, L. N. *Condições prévias para a licitação de uma PPP*. In: MARQUES NETO, F. A.; SCHIRATO, V. R. (Coord.). *Estudos sobre a lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N. *Comentários à Lei de PPP: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, C. A. O Controle das Parcerias Público Privadas. In: MENEGUIN, F. B. (Coord.). *Agenda legislativa para o desenvolvimento nacional*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/194088>>. Acesso em: 31 jan. 2013.